



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Direito
Processual Penal

MARIA LETÍCIA NASCIMENTO GONTIJO

A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL

Brasília – DF
Fevereiro/2016

MARIA LETÍCIA NASCIMENTO GONTIJO

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Doutor Eugênio Pacelli de Oliveira

Brasília – DF
2016

MARIA LETÍCIA NASCIMENTO GONTIJO

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Doutor Eugênio Pacelli de Oliveira

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __/__/____, com menção ____.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Eugênio Pacelli de Oliveira

À minha amada família, simplesmente por tudo.
Faltam palavras que traduzam a intensidade
dos sentimentos que me unem a vocês.
Agradeço a Deus, Ele sabe o porquê...

RESUMO

Este trabalho destina-se a apresentar a crise vivenciada pelo modelo atual de Investigação Preliminar regido pelo Direito Processual Penal Brasileiro. Para tanto, realiza-se uma análise contextual do Inquérito Policial no âmbito do Processo Penal, explorando-se o problema jurídico-processual como um todo. Assim, é feita uma análise da importância do instituto e sua aplicação jurídica no contexto atual, para em seguida explorar-se os elementos de sua crise, sob o enfoque de três vertentes principais, de forma sistemática: o órgão encarregado de realizar a instrução preliminar (sujeito), os fatos narrados na *notitia criminis* ou obtido *ex officio* pelos órgãos de investigação estatal (objeto) e a forma dos atos que constituem a investigação preliminar propriamente dita. Conclui-se que a Investigação Preliminar é um instrumento essencial para o Processo Penal, mormente no Estado Democrático de Direito em seu viés moderno, estruturado em princípios, direitos e garantias inegociáveis à condição humana presentes nas esferas constitucionais legais. Entretanto, é certo que o Inquérito Policial, em seu formato atual, está em crise, carecendo de imediata reformulação normativa e prática, para que possa fielmente servir ao Processo Penal e às garantias constitucionalmente asseguradas, de forma que atenda aos interesses do Ministério Público, enquanto titular da Ação Penal, bem como ao Juiz e à Defesa do investigado.

Palavras-chave: Investigação Preliminar, Inquérito Policial, crise, princípios constitucionais, Promotor-Investigador.

ABSTRACT

This paper intended to present the crisis experienced by the current model of Preliminary Investigation ruled by the Brazilian Criminal Procedural Law. The study presents up a contextual analysis of the Police Investigation under the Criminal Procedure by exploiting the legal and procedural issue as a whole. Thus, an analysis is made of the importance of the institute and its legal application in the present context, and then is explored up the elements of its crisis, with a focus on three main aspects in a systematic way: the institution responsible for implementing the primary investigation (subject), the facts described in the *notitia criminis* or obtained *ex officio* by the state institutions of investigation (object) and the form of the acts of the preliminary investigation. In conclusion, the present study affirms that the Preliminary Investigation is an essential tool for criminal procedure, especially in the democratic rule of law in its modern bias, structured on principles, rights and guarantees non-negotiable of human condition, present in the constitutional legal spheres. However, it is certain that the Police Inquiry, in its current form, is in crisis that requires immediate redesign of its rules and practice, so it can faithfully serve the Criminal Procedure and the constitutionally ensured guarantees, and, in the and, it can also serves the interests of the prosecutors, the judges and the attorneys.

Keywords: Preliminary Investigation, Police Inquiry, crisis, constitutional principles, Prosecutor-Investigator.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1- A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL | 4 |
| 1.1 – ORIGEM E CONCEITO | 4 |
| 1.2 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS | 9 |
| 1.3 – ÓRGÃO ENCARREGADO | 15 |
| 1.4 – A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO | 17 |
| 1.5 – A ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL | 20 |
| 2- O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS PRATICADOS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR – PONTOS CONTROVERSOS | 23 |
| 2.1 – AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INERENTES À PRODUÇÃO DE PROVAS | 23 |
| 2.2 – A FALSA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E O MITO DA VERDADE REAL | 28 |
| 2.3 – AS PROVAS REPETÍVEIS E IRREPETÍVEIS – O INCIDENTE DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS..... | 35 |
| 3- A CRISE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL | 43 |
| 3.1 – UM SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO EM CRISE | 43 |
| 3.2 – A BUSCA POR UM SISTEMA IDEAL: ANÁLISE SISTEMÁTICA | 48 |
| 3.2.1 – VANTAGENS E DESVANTAGENS A DEPENDER DO ÓRGÃO ENCARREGADO | 48 |
| A) INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR POLICIAL | 48 |
| B) INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR JUDICIAL – O JUIZ INSTRUTOR | 52 |
| C) INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – O PROMOTOR-INVESTIGADOR | 55 |
| 3.2.2 – OBJETO E GRAU DE COGNIÇÃO | 59 |
| 3.2.3 – FORMAS DOS ATOS | 61 |
| 3.3 – CONTORNOS DE UM SISTEMA IDEAL | 63 |
| CONCLUSÃO | 81 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 86 |

INTRODUÇÃO

A investigação preliminar constitui peça fundamental para o processo penal, mormente no Estado Democrático de Direito em seu viés moderno, estruturado em princípios, direitos e garantias inegociáveis à condição humana presentes nas esferas constitucionais legais. Em que pese seu caráter essencial ao processo penal, no Direito Brasileiro a investigação preliminar, consubstanciada principalmente sob a forma do Inquérito Policial, vem perdendo considerável espaço, sendo por vezes posta em segundo plano. Isso porque esse modelo de investigação vem enfrentando profunda crise, de forma que não tem atendido aos interesses das partes envolvidas – Acusação, Defesa e Órgão Julgador.

Trata-se, inequivocamente, de atividade prévia ao processo, com conotação instrumental e preparatória, que constitui em um conjunto de atividades desenvolvidas de forma concatenada por órgãos do Estado – atualmente, no Brasil, principalmente pela Polícia Judiciária – a partir de uma notícia-crime, que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar a propositura ou não da futura ação penal.

Atualmente, os juristas brasileiros têm defendido que o Inquérito Policial está em crise, carecendo de imediata reformulação normativa e prática. A crítica é consenso: o Inquérito Policial, em seu formato atual, não serve ao Ministério Público, tampouco ao Juiz e, muito menos, à Defesa do sujeito passivo no âmbito do processo penal brasileiro.

Os membros do Ministério Público criticam a falta de coordenação entre a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, e as suas próprias necessidades enquanto titular da ação penal. Para os Magistrados, o cerne do problema encontra-se na demora e na pouca confiabilidade do material produzido pelas Autoridades Policiais, que não serve como elemento de prova na fase processual. A Defesa, por sua vez, questiona o modo inquisitivo de conduzir as investigações, em que a Polícia Judiciária nega o mínimo de contraditório e direito de defesa ao investigado, embora assegurados constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Nada obstante quaisquer problemas advindos do Inquérito Policial, é certo que essa fase pré-processual é imprescindível, sob pena de termos um processo

penal irracional, sem um mínimo de justificação, inconcebível nos termos da instrumentalidade garantista, que constitui os fundamentos de existência do processo penal brasileiro. É certo que a instrução preliminar, aliada à fase instrutória do processo penal, em que há o contraditório e ampla defesa assegurados, constituem verdadeiro filtro processual, apenas permitindo a inserção no mundo jurídico-processual de condutas que tenham aspecto de delito que justifique o custo do processo tanto para o Estado, quanto para o sujeito passivo.

Nessa esteira, o tema se torna matéria de reflexão tão importante quanto o próprio processo penal brasileiro, tendo sido debatido por diversos trabalhos jurídicos, que buscam analisar o problema jurídico-processual em tela, a fim de encontrar soluções plausíveis para a crise vivenciada pelo modelo de investigação preliminar consubstanciada no Inquérito Policial.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isso porque, ao mesmo tempo em que está no cerne do debate do próprio processo penal, está ligado ao contexto de atuação tanto do Ministério Público, quanto dos Advogados, da Polícia Judiciária e dos próprios Magistrados, visivelmente insatisfeitos com a sistemática atual.

O objeto do presente estudo é, justamente, a crise vivenciada pelo modelo atual de investigação preliminar no Direito Processual Penal Brasileiro. Isto é, pretende-se analisar o Inquérito Policial enquanto problema jurídico-processual de forma ampla, analisando desde a importância da investigação preliminar no contexto do processo penal até a sua crise. Essa análise será feita sob o enfoque de três vertentes, de forma sistemática: o órgão encarregado de realizar a instrução preliminar (sujeito), os fatos narrados na *notitia criminis* ou obtido *ex officio* pelos órgãos de investigação estatal (objeto) e a forma dos atos que constituem a investigação preliminar propriamente dita.

É certo que os elementos que podem ser indicados como responsáveis pela crise do modelo atual de Inquérito Policial, conduzido pela Polícia, são tanto de ordem jurídica, quanto extrajurídica. Em um primeiro momento, podem-se citar: (i) a discricionariedade de fato de que dispõe a Polícia Judiciária, podendo selecionar as condutas a serem perseguidas, violando sobremaneira o ideal de igualdade jurídica; (ii) a eficácia da atuação policial condicionada ao grupo social em que atua – mais efetiva quando atua contra determinados escalões da sociedade (notadamente os inferiores); (iii) a susceptibilidade da Polícia Judiciária de sofrer influências políticas e

pressões da imprensa; (iv) a credibilidade de sua atuação, constantemente colocada em xeque em razão de constantes denúncias de corrupção e de abuso de autoridade.

Nesse sentido, a partir de um exame amplo do tema, utilizando-se principalmente a doutrina de Aury Lopes Junior como marco teórico da pesquisa, será buscada uma possível solução para a problemática. Assim, será proposta a substituição da Polícia Judiciária enquanto órgão encarregado de conduzir as investigações preliminares, que passará a atuar como órgão auxiliar na investigação, bem como a modificação da forma dos atos de investigação. Como será visto, a função de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime deveria ser exercida pelo Ministério Público, na figura do Promotor Investigador, que poderá exercer tal atribuição pessoalmente, ou através da Polícia Judiciária, tendo a figura do Juiz da instrução como garante, a fim de controlar a legalidade dos atos praticados pelo Promotor na investigação preliminar.

Cabe ressaltar que não se pretende no presente estudo testar a legitimidade ou validade de posicionamentos contra ou a favor do modelo atual de Inquérito Policial. Em verdade, a pretensão se traduz na análise detalhada da crise vivenciada atualmente pelo Inquérito Policial frente aos órgãos envolvidos, a fim de buscar soluções que permitam ampliar a sua efetividade enquanto instrumento de um processo penal que atenda verdadeiramente aos preceitos do sistema acusatório, de forma que efetivamente respeite os Direitos Fundamentais e os princípios garantistas.

1 – A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL

1.1 – ORIGEM E CONCEITO

A investigação preliminar, consubstanciada no Brasil principalmente sob o modelo de Inquérito Policial, insere-se no âmbito do Processo Penal, instrumento utilizado pelo Estado para a solução de conflitos decorrentes da violação às leis penais. Nesse contexto, importa destacar alguns dos objetivos do processo penal: a pacificação social, a proteção dos direitos individuais dos envolvidos e a coibição de comportamentos contrários à ordem e ao bem comum, através da aplicação de sanções legalmente previstas.

Em uma análise mais objetiva, o processo penal destina-se à comprovação da real ocorrência de determinado ato humano que viole bem jurídico tutelado pela lei penal. Por certo, somente será possível atingir os objetivos acima destacados através da realização de uma investigação preliminar eficaz, pautada pelos preceitos legais e princípios constitucionais.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os legisladores ao redor do mundo criaram diversas terminologias para essa atividade prévia ao processo, com nítido caráter instrumental. No Brasil, a sua forma principal é o Inquérito Policial, em referência ao órgão encarregado da atividade, enquanto em outros países denomina-se inquérito preliminar (Portugal), procedimento preparatório ou fase de averiguação (Alemanha), dentre outros.

Para parte da doutrina¹, o vocábulo mais acertado seria “instrução preliminar”, em alusão ao fundamento e à natureza da atividade desenvolvida, isto é, a própria obtenção de elementos fáticos e de convicção que sirvam à *opinio delicti* do acusador e à justificação do processo ou do não processo. Essa expressão – “instrução preliminar” – refletiria, também, a existência de um procedimento, de atos concatenados, abrangendo tanto a atividade policial, como a atividade judicial – do juiz instrutor.

Entretanto, em atenção à preferência da doutrina brasileira por utilizar o termo instrução para a fase processual, a expressão “investigação preliminar” parece ser a

¹ LOPES JR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

mais adequada para esse procedimento prévio e preparatório ao processo penal. Nesse contexto, a investigação preliminar para Aury Lopes Junior é assim conceituada:

Concluindo, a partir da análise das definições legais, 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 em 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).²

É certo que a investigação preliminar constitui peça fundamental para o processo penal brasileiro, sobretudo ao considerar-se o Estado Democrático de Direito em que vivemos, estruturado em princípios, direitos e garantias inegociáveis à condição humana presentes nas esferas constitucionais legais. Em que pese seu caráter essencial ao processo penal, a investigação preliminar no contexto jurídico-processual brasileiro – consubstanciada fundamentalmente no Inquérito Policial – vem perdendo considerável espaço, sendo por vezes desconsiderada pelos atores principais do Processo Penal, em razão da profunda crise que vem enfrentando.

Sem dúvidas, a existência do processo penal é fundamentada na instrumentalidade garantista, não sendo possível que a investigação preliminar se afaste desse marco teórico. Assim, em definitivo, a fim de evitar equívocos de ordem legal ou fática, a função da investigação preliminar não deve ser sinônimo de mero ato preparatório à fase processual – o procedimento definitivo – mas, ao contrário, deve ser compreendida como um obstáculo a ser superado antes da abertura da ação penal.³

Desta feita, colocando em relevo a finalidade de proteção, a investigação preliminar tem duas finalidades: (i) assegurar a máxima legitimidade das provas; (ii) evitar que o investigado inocente seja submetido a um gravoso processo penal que, tão somente pela sua existência, já estigmatiza o sujeito passivo e constitui causa de grave descrédito e humilhação. Nesse ínterim, a atividade pré-processual deve obter elementos e fazer uma filtragem do material obtido, que deverá servir para os fins do processo penal.

² Id. ibid., pp. 90-91.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, México, Episa, 1997, p. 338 e 346.

No presente estudo, será analisada especificamente a questão atinente ao Inquérito Policial, forma mais substancial da investigação preliminar no Brasil, que constitui atualmente um instrumento em crise, cabendo análise crítica e garantista do tema. Assim, urge que se faça uma leitura crítica do Código de Processo Penal, para adequá-lo aos preceitos da Constituição Federal, sendo imprescindível que o sujeito passivo não seja considerado mero objeto da investigação, em nome das garantias constitucionais e princípios de valorização do indivíduo.

Nesse contexto, cumpre trazer à baila as origens do Inquérito Policial no Brasil, que remonta aos tempos do Império. O procedimento investigatório intitulado Inquérito Policial surgiu com a reforma processual penal ocorrida em 1871, pelo advento da Lei nº 2.033, de 24 de setembro de 1871, e do Decreto-lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que o regulamentou. Referido decreto assim conceituava o objeto principal desse estudo em seu artigo 42, *in verbis*:

Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito, observando-se nele o seguinte: (...) ⁵

Na legislação processual penal vigente, o conceito de Inquérito Policial está encartado no Título II, do Código de Processo Penal, que o define de forma indireta a partir dos artigos 4º e 6º. Senão vejamos:

Art. 4º. **A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.**

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

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

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

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

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

IV - ouvir o ofendido;

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

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

⁵ Decreto-lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm>, acesso em 25.11.2015.

- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Destaque-se que no Direito Brasileiro, as infrações penais de menor potencial ofensivo – assim denominadas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos – dispensam a instauração de inquérito policial, sendo suficiente a lavratura de simples termo circunstanciado, conforme dispõe a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em seus artigos 61 e 69⁶.

Em que pese não exista um dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro que defina de forma clara e satisfatória o conceito de Inquérito Policial, a doutrina o conceitua a partir dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal. Todavia, os doutrinadores ainda se dividem quanto ao seu conceito e natureza jurídica, tornando-se uma definição jurídica polêmica.

Nesse contexto, para parte da doutrina, trata-se de um conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, com a finalidade de servir como base para a propositura da ação penal, como Fernando Capez, *in verbis*:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para 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.⁷

Damásio de Jesus⁸ defende ser o Inquérito Policial atividade preliminar do Estado, com o fim de garantir o exercício do *jus puniendi*, a partir da busca de

⁶ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72.

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

elementos aptos à apuração da prática de uma infração penal e determinação de sua autoria.

Por certo, a natureza jurídica da Investigação Preliminar como um todo é complexa, tendo em vista a diversidade de atos praticados, de distinta natureza (administrativos, judiciais). Sendo assim, deve ser definida pela análise da natureza jurídica dos atos predominantes, sua função, estrutura e órgão encarregado.

Nesse contexto, a Investigação Preliminar será de natureza administrativa quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, ou seja, o Inquérito Policial levado a cabo pela Polícia Judiciária, vinculada à Administração Pública, desenvolve tarefas de natureza administrativa. Quando a investigação preliminar estiver a cargo de um órgão pertencente ao Poder Judiciário – juízes ou promotores –, terá natureza jurídica de procedimento judicial pré-processual, como é o caso das investigações conduzidas na Itália e em Portugal⁹.

Por outro lado, nada obstante o entendimento acima destacado, há quem entenda faltar ao Inquérito Policial a característica essencial de um procedimento administrativo, não podendo ser assim conceituado, como entende Antonio Scarance Fernandes, Procurador de Justiça aposentado e Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nesse contexto, defendem não se tratar de um procedimento formado por atos que obedecem a uma sequência preestabelecida por lei, numa ordem a ser necessariamente observada. Nesse contexto, Scarance afirma:

Sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer a uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passe-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.¹¹

De tal modo, essa parte da doutrina entende que não há que se falar que o Inquérito Policial tem a natureza jurídica de procedimento administrativo, vez que não segue um conjunto de atos concatenados em sucessão itinerária. Pelo contrário, defendem que o Inquérito Policial será instaurado após a ocorrência da infração penal,

⁹ Nesse ponto, o autor é assertivo: “Em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso. Não resta dúvida de que a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual.” (LOPES JR., Aury. Op. Cit. 2014, p. 222.)

¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62

com o objetivo de investigar a prática do crime e procurar informações sobre o seu autor. Para tanto, serão praticados atos de inquirição que não seguem uma sequência pré-definida em lei, a fim de buscar a maior quantidade de informações possível sobre o ocorrido.

Assim, com base em tais ensinamentos, entendemos que a definição que parece mais adequada para o Inquérito Policial é aquela que o determina como procedimento administrativo pré-processual, a cargo da Polícia Judiciária, que se consubstancia num conjunto de atividades realizadas de natureza investigatória, informativa, instaurado a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal, a fim de apurar a autoria e as circunstâncias do fato aparentemente delitivo, com o objetivo de fornecer ao titular da ação penal subsídios que justifiquem o exercício da ação penal ou o não processo.

1.2 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Nesse ponto, importante se faz destacar as principais características que permeiam o Inquérito Policial, principal instrumento da investigação preliminar adotada no processo penal brasileiro, a fim de compreendê-lo em sua inteireza. Assim, deve-se analisar como o Inquérito Policial *deveria* ser, segundo os preceitos legais, e como é verdadeiramente na prática corriqueira das Delegacias de Polícia.

O Inquérito Policial poderá ter início por diversos meios, a depender da natureza do tipo penal a ser investigado, conforme preleciona o artigo 5º, do CPP. Essa definição está intimamente relacionada aos preceitos legais que regem a futura ação penal correspondente ao delito a ser investigado, a depender de seu caráter público ou privado, em uma análise quanto à titularidade da ação penal.

Assim, quando for cabível a ação penal pública para o delito a ser apurado, isto é, quando a propositura da ação penal couber diretamente ao Ministério Público, independentemente de qualquer condição, o Inquérito Policial poderá ter início: (i) de ofício, quando a autoridade policial tomar conhecimento diretamente da notícia-crime; (ii) mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público; ou (iii) a partir de requerimento do ofendido ou de quem puder representá-lo, em caso de inércia dos órgãos oficiais.

Nos crimes em que a ação penal pública depender de representação – ação penal pública condicionada – o inquérito somente poderá ser iniciado mediante a manifestação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, informando a autoridade policial que deseja o início da persecução penal mediante a instauração de Inquérito Policial. Nos crimes de ação penal privada, a autoridade policial somente poderá proceder a instauração do inquérito mediante requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la, isto é, o próprio ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Quanto à forma, o Inquérito Policial deve obedecer a forma escrita – artigo 9º, do CPP – e deve constituir procedimento célere, devendo ser concluído com a maior brevidade possível, atendendo à limitação temporal imposta por lei. Entretanto, a prática nos mostra que essa não é uma realidade nas Delegacias de Polícia, deficientes em contingente especializado e estrutura disponível. O que de fato ocorre são sucessivos pedidos de dilação de prazo pelas Autoridades Policiais, tornando o Inquérito Policial procedimento moroso e, muitas vezes, ineficaz sob vários aspectos, mormente no que tange à pretensão punitiva estatal, que acaba não se realizando de forma legal e eficaz, e quanto ao anseio por Justiça emanado da população vitimada.

Ainda que não sejam estritamente seguidos, por vários motivos, os limites temporais impostos para a conclusão do Inquérito Policial pelo CPP variam de acordo com determinadas circunstâncias, como: a existência ou não de prisão cautelar do indiciado (10 dias para indiciado preso; 30 dias se solto, prorrogáveis a critério do juiz competente), ante aos processos de competência da Justiça Federal (15 dias para indiciado preso, prorrogáveis por mais 15; 30 dias se estiver em liberdade), crimes de tráfico de entorpecentes (30 dias para indiciado preso; 90 dias para indiciado em liberdade, ambos prorrogáveis por igual período mediante autorização judicial).

Quanto a objeto do Inquérito Policial, este será o fato constante da própria notícia-crime, que informará da existência de uma possível ação criminosa, ou o fato que vier ao conhecimento da autoridade policial através de investigação realizada de ofício. Isto é, o objeto do Inquérito Policial – e da própria Investigação Preliminar – será o *fumus commissi delicti*, que dá início à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase. A investigação deve ter por objetivo esclarecer o fato e a autoria, a serem apurados no curso das atividades investigativas, não sendo necessário que a autoria seja conhecida já no início dos trabalhos.

Ao concluir as diligências necessárias, cabe à Polícia Judiciária elaborar relatório apontando tudo o quanto apurado durante as investigações, podendo indicar testemunhas que eventualmente não tenham sido ouvidas durante o Inquérito Policial. Pode, inclusive, representar pela prisão preventiva ou temporária, que será analisada pelo Ministério Público e pelo Juiz. Nesse relatório, não cabe à Autoridade Policial fazer qualquer juízo de valor, devendo limitar-se a apontar o quanto apurado nas investigações destinadas a apurar a autoria e a materialidade. Elaborado o relatório, o Inquérito Policial será remetido ao juízo competente com os instrumentos do crime e os objetos que interessarem à prova, conforme disposto no artigo 11, do CPP, cabendo ao Ministério Público a decisão acerca da propositura ou não da ação penal.

Entretanto, a prática demonstra que muitas vezes essa limitação cognitiva, essencial às investigações preliminares por sua própria natureza, não é respeitada pelos órgãos envolvidos – Polícia Judiciária, Ministério Público e Magistrado. O que se vê é a recorrente e indevida busca pela condenação a qualquer custo do investigado no bojo de inquéritos policiais – principalmente de alguns grupos específicos –, que se propõem a formar não a *opinio delicti* do titular da futura ação penal, mas sim o próprio juízo de valor acerca do investigado, que já carrega o estigma de “culpado” ao fim do Inquérito Policial.

Nesse contexto, imperioso destacar que a finalidade do Inquérito Policial – e da investigação preliminar, *lato sensu* –, é, e assim deve ser, a de servir como instrumento para a propositura de eventual ação penal pelo seu titular – o Ministério Público, nos casos em que a ação penal tiver natureza pública, ou pelo ofendido, nas hipóteses em que se tratar de ação penal privada. Este é o teor do artigo 12, do Código de Processo Penal, que dispõe “*o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra*”.

Esta é a principal característica do Inquérito Policial (e da investigação preliminar, como um todo): a sua instrumentalidade, vez que tem por finalidade fornecer subsídios ao titular da ação penal, com grau de cognição limitado – sumário –, vez que não pretende a conclusão final quanto ao juízo de culpa do investigado, que apenas será analisado em eventual e futura ação penal¹². Em que pese a doutrina

¹² A esse respeito, cumpre destacar a posição de Aury Lopes Jr.: “Consideramos **a instrumentalidade a nota predominante da investigação preliminar**. O processo é um meio para chegar à satisfação jurídica da pretensão acusatória, à pena e ao injusto reparo judicial. **A investigação é uma fase prévia, mas não tem como fundamento a pena, tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão**. Não faz – em sentido próprio – *justiça*, senão *que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da Justiça*. Pode, sim, ser um instrumento para formar ou mesmo introduzir elementos necessários para o exercício da pretensão, isto é, instrumentalizar a própria pretensão acusatória” (LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, pp. 96-97)

divirja quanto ao conceito do Inquérito Policial, o seu caráter instrumental é tema pacífico e unânime. É evidente: se assim não for, a investigação preliminar perde a sua própria razão de ser, tornando a sua função esvaziada de sentido.

Exatamente por essa razão o Inquérito Policial tem por definição consistir em um conjunto de atos, cuja principal finalidade é investigar autoria e materialidade, a fim de que esses elementos autorizem o titular da ação penal a requerer a sua instauração. Trata-se, portanto, de situação intermediária, responsável pela conexão entre a *notitia criminis* e o processo penal.

Por outro lado, deve-se também levar em consideração que ao fornecer elementos que não ensejam a instauração de ação penal, o Inquérito Policial exerce a importante função de evitar a procedência de uma imputação e futura ação penal infundadas. Em consequência, evita-se a indevida estigmatização social do imputado, de forma que prospere o objetivo maior de se realizar a Justiça, assegurando a eficácia dos direitos fundamentais, além de economizar gastos públicos com a indevida utilização da estrutura estatal sem o necessário *fumus commissi delicti*.

Assim sendo, além de fornecer elementos para a propositura de ação penal, seja ela pública ou privada, o caráter instrumental dessa fase processual, cuja finalidade é dar subsídios ao titular da ação penal, serve para a formação da *opinio delicti* do acusador e, simultaneamente, para demonstrar a existência de provas suficientes para que a futura ação penal tenha justa causa.

A justa causa é, pois, em sentido amplo, o motivo lícito, o motivo previsto em lei e que pode ser invocado para justificar alguma coisa, ou seja, diz respeito aos motivos que tornam legítimo um caso, trata-se de situação fática que fundamenta uma situação jurídica a fim de assegurar, inclusive, o direito constitucional à ampla defesa do acusado. Nesse sentido, cumpre trazer à baila a acertada posição doutrinária de Eugênio Pacelli de Oliveira:

A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, **exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*. (...)**

Sempre admitimos a existência da justa causa como condição da ação, seja como *quarta condição* (da ação), inserida no contexto da demonstração do

interesse (utilidade) de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida.¹⁴

Apesar de não estar legalmente definida, a justa causa para a ação penal, considerada ora como requisito de procedibilidade da ação penal, ora até como própria condição da ação, deve necessariamente estar presente, sob pena de ensejar o pronto trancamento da ação penal. Ademais, é sabido que se exige, não apenas para a instauração da ação penal, mas também para o início da investigação criminal, a comprovação da necessária justa causa, a qual se consubstancia em indícios mínimos de materialidade e autoria, sem os quais é impossível a persecução penal, acarretando situação de coação ilegal, que desafia a impetração de *Habeas Corpus*, nos termos do artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal.

É exatamente nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE CORRUPÇÃO ELEITORAL (CE, ART. 299) - **FORMULAÇÃO DE DENÚNCIA SEM APOIO EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS - IMPUTAÇÃO CRIMINAL DESVESTIDA DE SUPORTE MATERIAL IDÔNEO** - INADMISSIBILIDADE - CONTROLE JURISDICIONAL PRÉVIO DA PEÇA ACUSATÓRIA - NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICTÃO MÍNIMOS QUE AUTORIZEM A ABERTURA DO PROCEDIMENTO PENAL EM JUÍZO - AUSÊNCIA, NO CASO, DE BASE EMPÍRICA QUE DÊ CONSISTÊNCIA À ACUSAÇÃO CRIMINAL - DENÚNCIA REJEITADA. –

A imputação penal - que não pode constituir mera expressão da vontade pessoal e arbitrária do órgão acusador - **deve apoiar-se em base empírica idônea, que justifique a instauração da "persecutio criminis", sob pena de se configurar injusta situação de coação processual, pois não assiste, a quem acusa, o poder de formular, em juízo, acusação criminal desvestida de suporte probatório mínimo.** - O processo penal condenatório - precisamente porque não constitui instrumento de arbítrio e de opressão do Estado - representa, para o cidadão, expressivo meio de conter e de delimitar os poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da atividade de persecução penal. O processo penal, que se rege por padrões normativos consagrados na Constituição e nas leis, qualifica-se como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu, a quem não podem ser subtraídas as prerrogativas e garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico do Estado. Doutrina. Precedentes. –

NÃO HÁ JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL, SE A ACUSAÇÃO NÃO TIVER, POR SUPORTE LEGITIMADOR, ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, QUE POSSAM REVELAR, DE MODO SATISFATÓRIO E CONSISTENTE, A MATERIALIDADE DO FATO DELITUOSO E A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA DO CRIME. Não se revela admissível, em juízo, imputação penal destituída de base empírica idônea, ainda que a conduta descrita na peça acusatória possa ajustar-se, em tese, ao preceito primário de incriminação. - Impõe-se, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado, notadamente sobre a admissibilidade da acusação penal, **em ordem a impedir que se instaure, contra qualquer acusado, injusta situação de coação processual.**

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 112.

(Inquérito 1.978 - 0, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Plenário, DJ de 17 de agosto de 2.007). (Grifamos)

Desta feita, para além de formar a *opinio delicti* do acusador, o Inquérito Policial tem por finalidade também demonstrar ao Magistrado a presença da justa causa para o recebimento da denúncia ou queixa, ocasião em que analisará os elementos obtidos durante a investigação e analisará as razões e os fundamentos para a propositura ou não da ação penal.

A relação entre a justa causa essencial ao Inquérito Policial e à Ação Penal é esclarecida por Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Ministra do Superior Tribunal de Justiça:

Tanto é que o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito se entender que não há base para a formulação da denúncia. Sob determinado ângulo, **tal procedimento dá-se porque reconhecida a falta de justa causa para o processo criminal, que atinge o *status dignitatis* do indivíduo.** (...) Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm aceitado o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa, quando o fato investigado não seja relevante para o Direito Penal ou quando haja possibilidade, em tese, de não ser o investigado o autor da infração.¹⁵

Nesse contexto, cumpre destacar outra característica determinante da Investigação Preliminar como um todo: a autonomia. Esta manifesta-se nos casos em que a fase de processo penal pode ter início sem a prévia investigação preliminar, sendo pressuposto que o sistema jurídico aceite o Inquérito Policial em caráter facultativo e, igualmente, manifesta-se nos casos em que a investigação preliminar não gera um processo penal, como visto acima.

É importante destacar o caráter não obrigatório que o Inquérito Policial assume em nosso sistema processual penal. Ele poderá ser dispensado quando a notícia-crime ou a representação (conforme artigo 39, §5º, do CPP) for dirigida ao Ministério Público e dispuser de elementos suficientes para a propositura da ação penal. Por outro lado, será obrigatório para a Polícia Judiciária que, ciente de uma infração ou notícia-crime que informe sobre tipo penal de ação penal pública, está obrigada a investigar e, uma vez instaurado o Inquérito Policial, não poderá arquivá-lo. O Inquérito Policial é autônomo e tem como função servir de instrumento ao titular

¹⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. In: *Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 5, p. 243.

da ação penal, para que forme a sua convicção quanto ao cabimento ou não de sua propositura.

A autonomia da investigação preliminar pode ser constatada a partir da análise dos sujeitos, objeto e atos praticados durante o seu desenvolvimento. Dessa forma, há que se destacar que não há partes na investigação, mas apenas sujeitos. Sob a ótica dos sujeitos que intervêm na investigação, é certo que estes não necessariamente serão os mesmos a atuar em eventual processo, bem como o conteúdo de sua atuação será manifestamente distinto.

Igualmente, no que diz respeito ao órgão jurisdicional, este desempenha na investigação atividade qualitativamente distinta daquela realizada em fase processual. Por fim, no que concerne ao investigado, sujeito passivo, há que destacar que a investigação pode, nos moldes atuais, se desenvolver praticamente sem a sua participação ativa, diferente da fase processual, além da evidente diferença de *status* jurídico.

Evidentemente, o objeto deverá ser distinto na fase de investigação preliminar e na fase processual, em que configurará a pretensão acusatória. No que concerne aos atos praticados na instrução preliminar, é certo que estes também deverão ser distintos daqueles realizados em sede processual, com valoração e eficácia probatória distintas.

Assim, a investigação preliminar – consubstanciada principalmente sob a forma de Inquérito Policial no Brasil – é fase intermediária, de caráter instrumental e autônomo, sendo possível a instauração de processo penal sem a sua realização e, por outro lado, também a sua realização sem que seja necessariamente instaurada ação penal.

1.3 – ÓRGÃO ENCARREGADO

Por definição legal, conforme artigo 4º, do CPP, a Polícia Judiciária é encarregada para realizar o Inquérito Policial. Vale lembrar que se trata de determinação prevista por uma legislação de 1941, sendo a mais adequada à época, tendo em vista as grandes dimensões territoriais e as dificuldades de transporte. A opção por um sistema de instrução preliminar judicial não era viável, vez que não seria possível uma atuação célere do juiz instrutor em locais mais distantes.

É certo que o modelo definido em 1941 já não cumpre satisfatoriamente a sua função. A Defesa questiona o modo inquisitivo de conduzir as investigações, em que a Polícia Judiciária nega o mínimo de contraditório e direito de defesa ao investigado, embora assegurados constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna. Para os Magistrados, o cerne do problema encontra-se na imprestabilidade do material angariado, tendo em vista a o valor probatório em si mesmo e a pouca confiabilidade do material produzido pelas Autoridades Policiais. Os membros do Ministério Público, por sua vez, criticam a falta de celeridade e coordenação entre a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, e as suas próprias necessidades enquanto titular da ação penal.

Entretanto, a Lei nº 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, reafirmou a competência policial para conduzir o Inquérito Policial, senão vejamos:

Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§1º **Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.**

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

§3º (VETADO).

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

§5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

§6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Ocorre que a investigação preliminar não é necessariamente presidida pela Autoridade Policial, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 4º, do CPP, que determina: “*A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*”. Evidente, portanto, ser possível que outras autoridades realizem a investigação dos fatos noticiados e, com base nessa apuração, seja proposta ação penal pelo Ministério Público.

Assim, há também a possibilidade de que o Ministério Público realize atividade investigativa, conforme será visto a seguir, além da possibilidade de averiguação de fatos possivelmente delituosos atribuídos a funcionários públicos em sindicâncias e processos administrativos, bem como a instauração de Inquérito Policial Militar pela autoridade militar para apurar eventual delito praticado por um militar. Outrossim, a investigação de fatos delituosos também pode ser realizada por membros do Poder Legislativo, no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, conforme dispõe o artigo 58, §3º, da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...)

§ 3º As **comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Em que pese a possibilidade – e necessidade – de que outras autoridades realizem investigações, o presente capítulo limita-se à análise do Inquérito Policial, conduzido pela Polícia Judiciária, com autonomia e controle dos atos de investigação preliminar. Todavia, é certo que a autoridade policial não está autorizada a realizar atos de investigação que restrinjam direitos fundamentais sem a necessária requisição ministerial e a respectiva intervenção judicial, conforme será visto a seguir.

1.4 – A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É certo que, de acordo com a legislação vigente no Brasil, pode o Ministério Público não só participar ativamente da realização do Inquérito Policial, requerendo diligências e acompanhando a atividade policial durante as investigações, mas também está legalmente autorizado a realizar investigações sob sua responsabilidade. Todavia, sendo o foco do presente capítulo o estudo do Inquérito Policial, cumpre esclarecer a atuação no Ministério Público neste procedimento conduzido pela Polícia Judiciária, ponto mais emblemático da relação promotor-polícia.

Como pode se observar na prática, em muitos casos, há atuação completamente desarmônica entre os dois polos, acarretando prejuízos à eficácia da investigação criminal, uma das razões pelas quais o Inquérito Policial se encontra em crise na atualidade, conforme será analisado posteriormente. Assim, a relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária é, por vezes, conflituosa, embora haja casos em que atuem em perfeita sintonia, conduzindo as investigações a um mesmo fim: o *fumus commissi delicti*.

Nesse ínterim, insere-se a competência do Ministério Público para a realização do controle externo da atividade policial, em defesa dos interesses coletivos e difusos. A esse respeito, dispõe a Lei Complementar nº 75/93 quanto aos mecanismos de controle de legalidade a serem adotados pelo Ministério Público, sem adentrar propriamente à atuação do órgão ministerial como controlador externo das atividades policiais, senão vejamos:

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

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

(...)

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

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

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

Como visto, dentre as funções institucionais do Ministério Público, há o controle externo da atividade policial, que se insere justamente no tema da sua participação no Inquérito Policial. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 confiou

à legislação complementar a regulamentação do tema, que ainda não definiu os exatos termos desse controle.

Contudo, deve-se destacar que não há no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo legal que afirme expressamente a dependência funcional da Polícia Judiciária em relação ao Ministério Público, de forma a possibilitar que o órgão ministerial forneça instruções gerais – linhas de investigação preliminar, de forma genérica e abstrata – e específicas – intervenção em casos específicos, definindo diretrizes para determinadas circunstâncias – à Polícia Judiciária, a fim de obter melhor condução do Inquérito Policial¹⁶.

Em que pese não haja previsão legal quanto ao controle externo da atividade policial, é evidente que o Ministério Público constitui instituição essencial à administração da Justiça, com plena liberdade funcional e independência, além de ser dotado das mesmas garantias asseguradas à Magistratura, o que assegura – ou assim deveria ser – a sua imparcialidade.

Por certo, no âmbito do Inquérito Policial, poderá o Ministério Público acompanhar a sua realização, bem como participar da investigação conduzida com atuação conjunta com a Polícia Judiciária, acompanhando a atividade policial e requisitando as diligências que entender cabíveis, como preleciona o artigo 13, do CPP e o artigo 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 75/93:

CPP:

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

IV - representar acerca da prisão preventiva.

Lei Complementar nº 75/93:

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: (...)

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

Sendo assim, o Ministério Público exerce papel essencial no Inquérito Policial, enquanto agente público corresponsável pela apuração das infrações penais. Nesse contexto, exerce não só a função de acompanhamento e coordenação da atividade-

¹⁶ LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, pp. 246-247.

fim da Polícia Judiciária, realizando o próprio exercício do controle externo da atividade policial, mas também detém poderes para instaurar investigação criminal em seu próprio âmbito de atuação, dentro dos limites legais do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionalmente asseguradas aos acusados.

1.5 – A ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

No atual Estado Democrático de Direito, a efetiva proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal somente é possível ao assegurar-se uma efetiva prestação jurisdicional. No que tange à posição do juiz diante do Inquérito Policial, é preciso consignar, inicialmente, que deve o magistrado assumir posição de garantidor dos direitos fundamentais assegurados aos acusados e, jamais, de investigador, assumindo a posição de um “juiz da instrução”.

Desta feita, o juiz assume importante função enquanto “garante”, que não pode quedar-se inerte frente a violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais consagrados. Assim, quando for chamado a atuar no Inquérito Policial mediante prévia invocação do Ministério Público, da própria Polícia Judiciária ou do sujeito passivo, deve o juiz atuar em consonância aos direitos constitucionais, a fim garantir a sua efetividade a partir da tutela do indivíduo e da reparação das injustiças eventualmente cometidas.

Isso porque, no processo penal brasileiro, a atuação do juiz no Inquérito Policial deve ser bastante limitada, apenas para fins de controle de legalidade e para que seja efetivo garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo, e não como investigador ou instrutor. Nesse contexto, o Juiz deve limitar-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorização das medidas restritivas de direito requisitadas pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público – medidas cautelares, busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilos bancário e fiscal, etc.

Outra hipótese de atuação excepcional do Magistrado nessa fase pré-processual é quando o sujeito passivo se sentir lesado em seu direito à ampla defesa, como nos frequentes casos em que não conseguir acesso aos autos ou quando estiver sofrendo algum tipo de restrição ilegal por parte do investigador. Assim, cabíveis os remédios constitucionais da ordem de *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança,

mecanismos aptos a impugnar atos policiais ou do promotor de justiça realizados no curso do Inquérito Policial.

É essa relativa “distância” do magistrado em relação ao Inquérito Policial que deverá assegurar a imparcialidade do procedimento, vez que no sistema brasileiro não existe a figura do juiz instrutor e, nos moldes atuais, não há a distinção entre o juiz da instrução e o juiz julgador. Logo, não é cabível ao Magistrado orientar a investigação policial ou acompanhar as diligências realizadas, mas tão somente realizar o papel de garantidor da eficácia das garantias constitucionais previstas ao sujeito passivo da investigação.

Cumprido destacar que além de ser limitada, a intervenção do órgão jurisdicional deve ser também excepcional, vez que o Inquérito Policial pode ser inteiramente realizado pela Polícia Judiciária, com o acompanhamento do Ministério Público, sem qualquer intervenção do Juiz. Portanto, o Juiz não é sujeito necessário na fase pré-processual e apenas será invocado a participar quando a característica da excepcionalidade do ato exigir a sua autorização ou o controle jurisdicional.

Todavia, a realidade tem demonstrado que, não raro, o Magistrado atua de forma incisiva na investigação, em prática veementemente contrária à limitação de sua atuação. Para além disso, a própria legislação brasileira tem caminhado muitas vezes em direção oposta ao sistema acusatório, almejado pelo Estado Democrático de Direito, atribuindo ao Juiz atos tipicamente investigatórios, característicos do superado modelo de juiz instrutor. Como exemplo, cite-se o artigo 156, inciso I, do CPP, incluído pela Lei nº 11.690/2008, que dá a possibilidade ao Juiz de determinar, de ofício, a produção de provas durante a investigação.

Exatamente a esse respeito, deve ser feita importante crítica correlacionada a atuação jurisdicional na investigação preliminar: o problema da prevenção como critério definidor da competência. Isso porque caberá ao magistrado a definição quanto aos incidentes que necessitem de sua autorização – medidas restritivas de direito – e, igualmente, caberá também a atuação enquanto órgão de controle de legalidade dos atos da Polícia Judiciária e do Ministério Público no âmbito do Inquérito Policial, nos termos do artigo 83¹⁸, do CPP.

¹⁸ Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).

Assim, o juízo criminal que atuará como garante e terá a competência para definição de tais demandas, passará então a ser o juiz prevenido – aquele que tiver antecedido aos demais na prática de algum ato do processo ou de medida a ele concernente – para atuar em eventual ação penal concernente a esse Inquérito Policial. Nesse sentido, a prevenção coloca em xeque a principal garantia dos sujeitos no processo penal: a imparcialidade, vez que inevitavelmente terá prévio acesso aos elementos da investigação, que posteriormente servirão de arrimo à eventual ação penal que será julgada por esse mesmo Magistrado. Trata-se de contradição lógica que deve ser modificada com urgência na legislação brasileira.

Por óbvio, constitui problema crucial existente no atual modelo de processo penal brasileiro e que eiva de nulidades a ação penal, vez que viola frontalmente um dos direitos mais básicos dos acusados: a imparcialidade do julgador. Ora, não há que se admitir que o mesmo juiz que decidiu as demandas inerentes à investigação preliminar – que, como será visto, não tem se restringido ao *fumus commissi delicti*, como deveria ser – julgue a causa, ao final, posto que este Magistrado já terá ciência das diligências investigativas realizadas, contaminando a sua imparcialidade ao definir pela condenação ou não do acusado¹⁹.

A prevenção, portanto, pode configurar pré-julgamento por parte do órgão jurisdicional e comprometimento de sua imparcialidade, enquanto deveria ser, pois, causa de exclusão de competência para julgamento de eventual ação penal. Ora, um dos pilares essenciais do sistema acusatório é a nítida distinção entre as funções de acusar e julgar, confundidas indevidamente com tal previsão legal pela prevenção do juízo chamado a atuar excepcionalmente durante o Inquérito Policial.

Sobre o prisma da teoria garantista, a intervenção judicial durante a fase pré-processual configura, em sentido amplo, uma forma de acusação, pois acaba por representar um prejulgamento de caráter imputativo, sendo a prevenção deste juízo para atuar no julgamento de eventual ação penal absolutamente incompatível com o sistema acusatório.

¹⁹ Acertadamente, aduz Aury Lopes Junior nesse sentido: “A nosso ver, no processo penal brasileiro, o juiz prevenido, ainda que não atue como um instrutor, inegavelmente tem comprometida sua imparcialidade objetiva, entendida como aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas, sim, de sua relação com o objeto do processo. Principalmente se levamos em consideração que a prevenção vem dada por um prejulgamento que se realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.). São esses processos psicológicos anteriores que levam a um “pré-juízo” sobre condutas e pessoas. O problema é definir se o juiz chamado a atuar no inquérito tem condições de proceder ao que se chama de uma ideia sobre a pequena história do processo, sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente – e ainda que seja certamente – a posição de neutralidade interior que se exige para que comece e atue no processo.” (Id. *ibid.*, pp. 262-263.)

2 – O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS PRATICADOS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR – PONTOS CONTROVERSOS

2.1 – AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INERENTES À PRODUÇÃO DE PROVAS

Como visto, o Processo Penal é o meio utilizado pelo Estado para a solução de conflitos decorrentes da violação às leis penais. Alguns de seus objetivos são: a pacificação social, a proteção dos direitos individuais dos envolvidos e a coibição de comportamentos contrários à ordem e ao bem comum, através da aplicação de sanções legalmente previstas. Em uma análise mais objetiva, o Processo Penal destina-se à comprovação da real ocorrência de determinado ato humano que viole bem jurídico tutelado pela lei penal.

No Brasil, predomina o Sistema Penal Acusatório, em que o Juiz que decide a causa não é responsável pela investigação do fato criminoso noticiado, sendo o poder de instruir provas, em regra, conferido às partes, assegurado o pleno contraditório, a oralidade e a publicidade. Assim, deve ser conduzido por um Juiz imparcial, em procedimento determinado por lei, com o objetivo de se assegurar a observância aos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo mister que se contemple nesse íterim o Princípio do Devido Processo Legal.

O direito fundamental ao Devido Processo Legal é previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que dispõe: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Tal princípio assegura que ninguém terá sua liberdade ou seus bens privados a não ser através de processo que ocorra na forma prevista em lei. No que tange ao Processo Penal, pode-se denominá-lo “direito ao devido processo penal”, como aduz Antonio Scarance Fernandes²¹, em que devem estar incluídos os Princípios da Proporcionalidade, da Igualdade e do Contraditório.

Trata-se de princípio que sintetiza outros, também previstos constitucionalmente e que são igualmente imprescindíveis ao processo penal, como: a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, o contraditório, a publicidade, o juiz natural, a imparcialidade do julgador, a proibição da *reformatio in*

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit., pp. 42-44.

pejus, o respeito à coisa julgada, a proibição das provas ilícitas, a necessidade de motivação das decisões judiciais, a celeridade processual, a retroatividade da lei penal benigna, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a liberdade e a igualdade²².

O Princípio da Ampla Defesa é também essencial ao processo penal brasileiro, sendo condição imperiosa para que se ateste a legitimidade e licitude das decisões judiciais. É previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que garante aos acusados todos os meios de defesa e recursos a ela inerentes: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por certo, a Ampla Defesa sintetiza os direitos à autodefesa, à defesa técnica, à manifestação quanto aos atos e aos termos do processo, a recorrer de injustas decisões – através da garantia ao duplo grau de jurisdição – e a acompanhar a produção de provas, podendo não só postular pela produção de determinada prova, como também contraditar as provas produzidas.

A garantia ao Contraditório, também prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, a seu turno, é fundamental a todo processo e, especialmente, ao processo penal. Isso porque constitui garantia à proteção do cidadão frente ao aparato persecutório penal, sendo consubstanciado na essencial existência de relação dialética entre as partes durante o processo, condição para que as decisões sejam as mais acertadas diante das normas jurídicas e da realidade dos fatos. E, no âmbito da produção de provas, é também condição indispensável para que as provas sejam consideradas aptas e válidas para fundamentar a decisão proferida pelo órgão jurisdicional.

Nesse ponto, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

De outro lado, e para além do interesse específico das partes e, de modo especial, do acusado, é bem de ver que o contraditório põe-se também como método de conhecimento do caso penal. Com efeito, uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão.²³

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18ª ed., rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44.

Enquanto no Direito Processual Civil o contraditório constitui garantia disponível de defesa, não sendo uma obrigatoriedade imposta às partes – sendo a sua ausência, em regra, causadora de presunção relativa de veracidade das alegações do autor da demanda –, no processo penal o contraditório não permite omissões à Defesa, sendo imperioso que seja pleno e efetivo, sob pena de nulidade absoluta, como prevê, por exemplo, o artigo 564, inciso III, alíneas “c”, “e”, “g”, “h”, “l” e “o”, do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

(...)

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

(...)

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

(...)

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

m) a sentença;

(...)

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

No âmbito da produção de provas no Processo Penal, o Princípio do Contraditório diz respeito à necessidade de manifestação das partes quanto às provas que serão apresentadas e valoradas pelo órgão jurisdicional. Nesse ínterim, o contraditório pode ser real ou diferido. O contraditório real ocorre nas ocasiões em que acusação e defesa são convocados para participarem do ato de realização da prova, normalmente perante a autoridade judicial, sendo-lhes concedido o direito a exercer o contraditório em tempo real. É o caso, por exemplo, da participação durante o interrogatório do acusado, ou da oitiva de testemunhas, tanto na fase processual, como nos incidentes de produção antecipada de provas.

O contraditório diferido, por sua vez, ocorre nas situações em que a presença do acusado ou de seu defensor seja inviável durante o ato de produção da prova. É o caso das perícias sobre vestígios que desaparecem em tempo exíguo e que exigem exame urgente, determinadas durante a investigação e sem a participação da defesa. Nessa hipótese, a observância ao contraditório é feita em momento posterior, já

durante a fase processual, em que ao acusado é conferida a possibilidade de contestar a diligência restrita ou de combater a prova pericial realizada durante a fase de investigação preliminar.

Entretanto, cumpre asseverar que a Constituição Federal não confere validade às provas que violem o direito ao contraditório em hipótese alguma. Assim, todas as provas devem submeter-se à participação dialética das partes, ainda que em momento posterior em situações excepcionais, para que sejam efetivamente válidas.

No que tange às garantias constitucionais inerentes à produção de provas, cumpre destacar também o Direito ao Livre Convencimento Motivado, previsto no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, que reza: “*todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade*”.

Deve-se fazer a leitura de referido dispositivo constitucional concomitante ao artigo 155, do código de Processo Penal, que aduz: “*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*”.

Desta feita, o Direito ao Livre Convencimento Motivado diz respeito à permissão concedida ao órgão jurisdicional responsável pelo julgamento da causa para decidir livremente com base no material probatório válido acostado aos autos, sendo obrigatória a fundamentação das razões que o levaram a proferir determinada decisão.

Com efeito, não são todos os elementos angariados aos autos a respeito do fato objeto do processo que serão admitidos para formar o convencimento motivado do julgador. Somente serão válidas, para efeito de fundamentar a decisão, as provas legalmente obtidas, isto é, aquelas produzidas com estrita observância aos princípios constitucionais e demais normas do ordenamento jurídico.

Trata-se da essencial vedação à utilização da prova ilícita, que não pode servir ao convencimento motivado do órgão julgador. Destaque-se que as provas ilegais poderão ser: ilegítimas, quando infringirem normas de direito processual; e ilícitas, quando violarem princípios e garantias constitucionais e demais normas de direito material.

À cada uma das espécies de provas ilegais corresponde uma sanção específica, embora o artigo 157, do Código de Processo Penal, não faça distinção

entre elas ao prever: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. Entretanto, é pacífico na doutrina e jurisprudência que as provas obtidas mediante violação das normas processuais serão consideradas apenas nulas, incapazes de produzir efeitos no processo, podendo ser refeitas com observância aos requisitos exigidos legalmente, a fim de reaproveitar-se a fonte de prova.

As provas obtidas em patente violação aos princípios e garantias constitucionalmente assegurados, por sua vez, serão inadmissíveis no processo e devem ser desentranhadas dos autos, assim como as provas dela decorrentes, as chamadas provas ilícitas por derivação, em nome da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Apenas excepciona-se à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada as provas ilícitas por derivação quando não demonstrado nexos de causalidade com a prova obtida originariamente de forma ilícita, em situações em que possam surgir de fontes independentes, conforme previsão no artigo 157, §§1º e 2º, do CPP:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Cumprido destacar, nesse ponto, o acertado posicionamento de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.²⁴

²⁴ Id. *ibid.*, p. 345.

Assim, as decisões proferidas em sede de processo penal devem ser necessariamente fundamentadas, não podendo ser amparadas em provas ilegalmente obtidas e, tampouco, podem fundamentar-se exclusivamente naquelas obtidas em sede de investigação, que assumem apenas papel subsidiário em relação às provas produzidas durante a fase de instrução processual.

2.2 – A FALSA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E O MITO DA VERDADE REAL

Importa destacar, de início, que a valoração probatória dos atos praticados e dos elementos amealhados no âmbito do Inquérito Policial é tema bastante polêmico e problemático no Processo Penal brasileiro. Há doutrinadores que afirmam serem os atos do Inquérito Policial válidos enquanto não houver prova em contrário, estabelecendo presunção de veracidade não prevista no ordenamento jurídico. Trata-se, indubitavelmente, de falsa presunção de veracidade atribuída aos atos produzidos nessa fase, fruto de criação equivocada por parte da doutrina, que contraria a principal característica da investigação preliminar: a sua instrumentalidade.

Isso porque, como visto, a teor do artigo 12, do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial acompanha a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra. Isso significa tão somente que serve ao juízo de pré-admissibilidade da acusação, que decidirá pelo processo ou pelo não processo, exercendo função endoprocedimental, e produzindo apenas atos de investigação, e não provas propriamente ditas, capazes de justificar um juízo condenatório na sentença.

Na fase instrutória, no curso processual da ação penal, é que serão produzidas as provas passíveis de valoração e sobre as quais o magistrado formará sua convicção para proferir sentença fundamentada, observando-se os requisitos formais inerentes à estrutura processual penal e os princípios e garantias constitucionalmente asseguradas às partes, sobretudo o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade. Excepcionalmente, como será visto a seguir, poderá ocorrer a produção de provas durante a fase de investigação preliminar, desde que presentes os requisitos essenciais.

Ora, tal presunção de veracidade dos atos de investigação, atribuída por parte da doutrina, acaba por fulminar a própria natureza e razão de ser do Inquérito Policial,

prejudicando sobremaneira seu caráter instrumental e sumário. Mostra-se criação ainda mais absurda quando se considera que, assim sendo, todos os atos praticados em procedimento de natureza administrativa, em que inexistente o direito ao contraditório em sua plenitude e, ainda, atos eventualmente praticados a partir de coação e maus tratos ao investigado – realidade recorrente no Brasil –, seriam admitidos como verdadeiros e serviriam de fundamentação para a futura condenação.

A presunção de veracidade deriva de um vício histórico, vez que em alguns códigos estaduais, antes da promulgação do atual CPP, havia a previsão de que o Inquérito Policial acompanha a denúncia ou queixa e merecia valor até prova em contrário, isto é, passava o inquérito a integrar o processo, apresentando elementos sobre os quais o magistrado pode formar o seu convencimento²⁶.

Nesse ínterim, cumpre destacar o quanto aduzido pelo artigo 155, do CPP, alterado em 2008 pela Lei nº 11.690/08, que dispõe não ser possível que o magistrado fundamente sua decisão exclusivamente com base nos elementos obtidos pelo Inquérito Policial, que podem ser utilizados apenas subsidiariamente para o seu convencimento. *In verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Ocorre que a alteração promovida pela Lei nº 11.690/08, em verdade, acabou por reforçar espécie de prática recorrente e de caráter inquisitorial realizada pela maioria dos magistrados brasileiros: o cotejo de elementos angariados pelo Inquérito Policial com os elementos obtidos durante a fase de produção de provas na ação penal – a instrução criminal.

Isso porque o artigo 155, do CPP, aduz que a fundamentação da decisão não pode se dar com fulcro **exclusivamente** nos “*elementos informativos colhidos na investigação*”, de modo a permitir que provas obtidas no curso da investigação independentemente do respeito às garantias fundamentais do sujeito, sejam utilizadas subsidiariamente para convencimento do juiz, validadas na fase instrutória – e, muitas vezes, tomadas como verdade –, ocasionando graves violações a direitos

²⁶ LOPES JR, Aury. Op. Cit, p. 301.

fundamentais, enquanto o que deveria ocorrer seria a produção de provas no âmbito do contraditório judicializado, justamente em que são devidamente assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Trata-se de grave problema existente no Processo Penal brasileiro, vez que a fase processual instrutória acaba servindo à mera confirmação de elementos angariados durante a investigação, independentemente da forma como foram obtidos, em vez de servir, realmente, como fase de produção de provas, em que o contraditório e a ampla defesa sejam plenamente respeitados às partes envolvidas para a justa solução do caso.

A esse respeito, aduz Marcos Zilli que o artigo 155, do CPP, concedeu ao magistrado autorização para utilizar os elementos obtidos em sede de investigação preliminar como reforço para as provas produzidas na fase instrutória, podendo inclusive realizar um cotejo entre as informações eventualmente contraditórias obtidas. Senão vejamos:

(...) buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante das provas divergentes, não superável pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente.²⁷

Assim, o que se vê atualmente são investigações cada vez mais parciais e, muitas vezes, direcionadas a determinados “alvos”, em que as Autoridades Policiais e o *Parquet* realizam diligências não com o objetivo de investigação do fato criminoso noticiado, mas sim o objetivo de garantir a condenação do investigado, já que na fase instrutória o Magistrado irá apenas validar os elementos angariados pelo Inquérito Policial e transformá-los em provas suficientes para proferir a sentença condenatória.

Ocorre que tal realidade distancia-se, e muito, do Sistema Acusatório adotado pelo sistema processual penal brasileiro. O valor atribuído aos elementos obtidos no curso do Inquérito Policial deve ser apenas o de servir para a fundamentação de medidas de natureza endoprocedimental, como medidas cautelares que se façam necessárias – busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, prisão cautelar etc. – e no momento em que haja a definição quanto a admissão da acusação, para justificar a instauração ou não de ação penal.

²⁷ ZILLI, Marcos Antonio Coelho. *O pomar e as pragas*. In: Boletim do IBCCRIM, ano 16, nº. 188, jul/2008, p. 02.

A restrita valoração atribuída aos elementos coligidos na investigação preliminar, consubstanciados nas provas passíveis de repetição na fase processual (“provas repetíveis”), se deve justamente à forma como são produzidos. Significa dizer: perante autoridade administrativa e sem intervenção do órgão jurisdicional, em estrutura de caráter inquisitivo como o é o Inquérito Policial, caracterizada, dentre outros, pelo sigilo das diligências investigativas, pela ausência ou limitação exacerbada ao contraditório e ampla defesa.

Para serem utilizados como elementos de convicção aptos a justificar eventual condenação pelo Magistrado, devem ser, necessariamente, repetidos na fase processual, perante o Juiz, Acusação e Defesa, observando-se estritamente a forma que rege a produção de provas no âmbito do processo penal e as garantias asseguradas ao acusado.

Nesse contexto, compete ressaltar que ao Inquérito Policial não é exigida a estrita observância a diversos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal, como o direito ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e Ampla Defesa, bem como à Publicidade, previstos no artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI, bem como no artigo 93, inciso IX²⁸. Dessa forma, esse procedimento jamais poderá gerar subsídios valoráveis para o convencimento do Juiz ao justificar uma condenação.

Diante disso, imperioso se faz compreender a clara distinção entre atos de investigação e atos de prova, divergentes por sua natureza jurídica e valoração que recebem no âmbito jurídico, embora possam ser originados das mesmas fontes e meios. A partir dessa análise, será também demonstrada a necessidade de se limitar a eficácia probatória dos atos praticados durante a fase de investigação preliminar.

Atos de investigação são aqueles produzidos no curso de investigação preliminar – fase pré-processual –, conduzida pelo Ministério Público ou pela

²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

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

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

autoridade policial, como visto anteriormente, e servem aos seus objetivos preliminares, de forma que não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese sob investigação, não sendo imperioso que se observe princípios fundamentais como a publicidade e o contraditório. Têm por finalidade a formação de um juízo de probabilidade, e não de certeza, ou seja, a *opinio delicti* do acusador.

Por certo, os atos e investigação não são direcionados à fundamentação da sentença, sendo sua incumbência demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar ou não a admissão da acusação, além de servirem para fundamentação de medidas cautelares que se façam necessárias para a investigação. Desta feita, cumpre atribuir-lhes limitada eficácia probatória, apenas sendo passíveis de valoração probatória mediante repetição em juízo, diante das partes envolvidas e em estrito cumprimento aos preceitos legais e garantias constitucionais.

Os atos de prova, por sua vez, são produzidos na fase processual, ante o Magistrado que irá julgar a causa e integram o próprio processo penal, servindo ao cumprimento de seus objetivos, a fim de formar um juízo de certeza destinado ao convencimento do juiz da veracidade de uma afirmação. Portanto, são destinados à sentença e devem observar estritamente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e da publicidade, sob pena de nulidade absoluta.

Nesse contexto, ao analisar-se a fundamentação das decisões judiciais ao fim do processo penal, está-se verificando também “qual verdade” foi buscada e alcançada por aquele ato decisório. Certamente, as questões relativas aos métodos de prova em processo penal passam pela análise da espécie de modelo processual adotado, sobretudo quanto às definições das funções investigatórias e acusatórias.

O modelo atual brasileiro, consolidado a partir da Constituição Federal de 1988, está bem mais próximo ao modelo acusatório, embora ainda tenha alguns traços do sistema inquisitório. O Código de Processo Penal de 1941, por óbvio, ainda não se ajustava totalmente ao modelo acusatório, pois, dentre outros aspectos, permitia a ampla iniciativa acusatória ao próprio Magistrado, além de reservar a ele poderes probatórios, em nome do denominado “Princípio da Verdade Real” que, como será visto a seguir, não passa de um mito histórico.

O denominado “Princípio da Verdade Real”, segundo o qual o Processo Penal deve buscar a verdadeira realidade dos fatos, acabou por legitimar diversos desvios das autoridades públicas em nome de um único propósito: a verdade. Assim, a própria gravidade das questões penais permitiria uma busca ampla e intensa da verdade, o

que legitimava também a iniciativa probatória reservada ao Juiz – não mais autorizada após o advento da Constituição de 1988.

A esse respeito, cumpre destacar acertado posicionamento de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal.²⁹

De tal modo, tal princípio não passa de um mito, vez que toda verdade obtida a partir de um processo judicial será meramente processual, não apenas por ter sido produzida no curso do processo, mas principalmente por ser uma certeza de natureza eminentemente jurídica, reconstruída e dependente da atuação das partes para a determinação de sua certeza.

Cumpre destacar também a posição de Luigi Ferrajoli³⁰, que corrobora ao afirmar em sua obra “Direito e razão: Teoria do garantismo penal” (versão traduzida) que a verdade processual não tem a pretensão de ser “a verdade”, vez que é obtida de forma condicionada pelos procedimentos e garantias asseguradas à defesa no curso do processo, mais reduzida e controlada pelo método de obtenção que qualquer verdade real.

Assim sendo, o Sistema Acusatório deve ser, e é, uma limitação à busca pela verdade real, de forma a impedir as mais diversas técnicas ilegais – que remontam ao sistema inquisitorial da Idade Média – de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da Defesa em nome de um objetivo obsessivo de busca pela sua realização. No Sistema Acusatório, a verdade real não deve ser o objetivo final da prova no processo penal, sendo incumbência das partes o convencimento do Magistrado a partir da atividade probatória de mera reconstituição de fatos passados ora sob julgamento.

Por outro lado, o Princípio da Verdade Material, esse sim, deve continuar vigente no Processo Penal e é importantíssimo em se tratando de provas,

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., 2012, p. 323.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 57.

principalmente para a exclusão de determinados meios de prova. Diversamente do que pode ocorrer em outros ramos do Direito, como no Direito Processual Civil, em que se aceita como certos os fatos trazidos aos autos pelas partes e não impugnados³¹ – chamados de verdade formal, pois decorrem de presunção legal – no Processo Penal não se admite tal modalidade de certeza, sendo necessária a materialização da prova, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, é a chamada verdade material.

Desta feita, o Processo Penal não pode ter como finalidade, através da prova, a obtenção da verdade real, que só existe verdadeiramente no passado, como visto acima. Assim, o objetivo-fim da prova produzida no Processo Penal é a própria reconstrução, no curso do processo, de um fato passado, mediante determinados procedimentos preestabelecidos. Por certo, a reconstituição de um fato histórico, isto é, o próprio ato criminoso, sempre será imperfeito, pois condicionado a determinados métodos e dependente da atuação dos envolvidos.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a sentença não é necessariamente um instrumento de revelação da verdade, mas sim um ato de convencimento do julgador, delegado às partes envolvidas no processo a partir da reconstituição de fatos passados. Assim, a “verdade” não deve ser um objetivo, um fundamento para o julgamento, justamente por ser contingencial e fruto de uma reconstrução, dependente de métodos utilizados para tanto e da participação das partes. Sobre esse assunto, aduz Aury Lopes Junior em interessante excerto de sua obra “Investigação preliminar no processo penal”:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, onde, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. Ou seja, o poder do juiz não precisa da “verdade” para se legitimar, até porque, sendo ela impossível de ser obtida no processo, teríamos de assumir que o poder é ilegítimo. Logo, diante do excesso epistêmico da “verdade”, importa é o convencimento, formado a partir do que está e ingressou legalmente no processo (significa dizer, com estrita observância das regras do *due process of law*, vedando-se, por primário, as provas ilícitas contra o réu e coisas do gênero), regido pelo sistema acusatório, devidamente evidenciado pela motivação da sentença (para permitir o controle pela via recursal).³²

³¹ Código de Processo Civil. Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: (...).

³² LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, p. 316.

Nesse contexto, o Inquérito Policial, enquanto procedimento que possui grande liberdade de forma, deve ter valor probatório bastante limitado, pois a garantia do sujeito passivo também é limitada nesse momento. Logo, deve-se reforçar a natureza instrumental da investigação preliminar, que deve ser utilizada não para angariar elementos de prova para o processo penal, mas para reconstruir o fato passado sob investigação e promover a individualização da conduta dos possíveis autores, a fim de permitir tão somente o exercício da ação penal.

O valor probatório dos elementos obtidos no Inquérito Policial deve findar-se com a admissão da denúncia, apenas fornecendo informações úteis para a produção de provas durante a fase instrutória. Assim, os atos de investigação realizados na fase pré-processual exercem função endoprocedimental ao processo penal, não podendo servir para justificar um juízo condenatório na sentença, em que apenas deverão ser levados em consideração os atos praticados durante a fase processual, com a inarredável observância às garantias e direitos fundamentais dos envolvidos.

Concluindo, é certo que o Código de Processo Penal não confere qualquer presunção de veracidade aos atos praticados e aos elementos angariados durante o Inquérito Policial – que são apenas atos de investigação – e, ainda, não há que se admitir o chamado Princípio da Busca pela Verdade Real, como acima esposado. Pelo contrário, tendo em vista a natureza jurídica instrumental e sua estrutura enquanto procedimento administrativo, os dados obtidos durante a investigação preliminar devem acompanhar a ação penal, nos termos do artigo 12, do CPP, apenas e tão somente para justificar a necessidade de proceder-se ao processo ou não processo, e o próprio recebimento da acusação.

2.3 – AS PROVAS REPETÍVEIS E IRREPETÍVEIS – O INCIDENTE DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Ainda que os elementos obtidos em sede de Inquérito Policial sejam somente atos de investigação, é certo que se revestem de importância essencial para o deslinde do feito, vez que podem fundamentar medidas cautelares pessoais – prisão cautelar –, reais ou outras restrições de caráter provisório, bem como servem muitas vezes para justificar uma condenação, em valoração equivocadamente feita pelo magistrado, posto ser incompatível com a sua natureza, como visto acima. De tal

modo, apenas com base nos elementos coligidos pelo Inquérito Policial, pode o magistrado determinar gravosas medidas, como restringir a liberdade pessoal ou a disponibilidade de bens do sujeito passivo, o que por si só denota a inequívoca importância dos elementos coligidos durante a investigação preliminar.

Como visto, as chamadas provas repetíveis ou renováveis, isto é, aquelas cuja fonte mantém-se íntegra, tal como o era à época do fato criminoso, até a fase instrutória, enquanto constantes da investigação preliminar, têm apenas valor informativo – constituem os atos de investigação – devendo ser repetidas em juízo, na fase instrutória do processo penal, observando os critérios competentes e a todas as garantias asseguradas às partes, para que sirvam como justificativa para eventual decreto condenatório. Por outro lado, em que pese não possam servir de alicerce ao veredito condenatório, não há qualquer impedimento para que sirvam de subsidio à absolvição do sujeito passivo.

Deve-se destacar que a “repetição em juízo” não pode ser tão somente a leitura ou a ratificação de um depoimento prestado em sede de Inquérito Policial, por exemplo. Isto configuraria mera reprodução, e não a efetiva repetição da prova. Há que se repetir, efetivamente, o mesmo ato praticado durante a fase de investigação, perante o órgão jurisdicional e as partes processuais, permitindo a plena *cognitio* do Magistrado e das partes, a quem são asseguradas as respectivas garantias constitucionais.

Entretanto, não raras vezes, o que tem acontecido é a confrontação do depoimento prestado pela vítima, réu ou testemunha, na fase de investigação preliminar com o quanto aduzido na fase judicial, a fim de forçar a mera ratificação dos termos de depoimento prestados em sede de Inquérito Policial, o que evidentemente não se coaduna com o sistema acusatório vigente – ou ao menos almejado – pelo Processo Penal brasileiro.

Há que mencionar, ainda, a diferenciação feita pela doutrina entre prova repetível perfeita – aquela que produzida na fase processual – e a prova repetível imperfeita – aquela não produzida durante a fase instrutória por razão unicamente atribuível à vontade humana. Esta diz respeito às situações em que a prova, a princípio repetível, não se realiza plenamente por vontade humana, seja porque a testemunha, consciente e voluntariamente de seus deveres processuais, deixa de comparecer à audiência de julgamento deliberadamente, seja porque algum terceiro

se utiliza de subterfúgios para influenciar a testemunha a se eximir de suas obrigações.

Ocorre que apenas se admite a mera reprodução na fase processual das chamadas provas irrepitíveis, derivadas de um incidente de produção antecipada de provas. Por sua própria natureza, estas provas devem ser realizadas na ocasião em que forem descobertas, sob pena de perecimento ou impossibilidade de se fazer uma análise posterior, já na fase processual, em razão de significativa alteração de suas características peculiares ou mesmo de sua extinção.

Em geral, trata-se de provas técnicas que necessitam ser realizadas no curso do Inquérito Policial, como o exame de corpo de delito e demais perícias técnicas, por exemplo, que não poderiam ser repetidos nas mesmas condições na fase processual. Ou, ainda, o depoimento de testemunha que se encontre no leito de morte, de que se tenha fundado receio de que ao tempo da instrução criminal já tenha falecido, por enfermidade ou velhice, caso em que a reprodução na fase processual deverá ser a mais fiel possível, especialmente através de filmagens e gravações.

O Código de Processo Penal foi alterado em 2008 e, uma das modificações, possibilitou a regulamentação e a aceitação de provas não repetíveis – e outras produzidas durante as investigações – para o convencimento do julgador. Embora não tenha especificado como tais provas seriam produzidas ou mesmo compatibilizadas com o Princípio Constitucional do Contraditório, tal previsão consubstancia-se nos artigos 155 e 156, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Embora o instituto da produção antecipada de provas não esteja definido detalhadamente no Código de Processo Penal, é certo que se trata de uma

excepcionalidade. Assim, somente pode ser admitido quando devidamente demonstrada não só a relevância da prova para a solução do caso, mas também a necessidade e proporcionalidade da medida, além da essencial fundada probabilidade de que será absolutamente inviável a repetição durante a fase processual diante do risco de perecimento e do grave prejuízo que representaria a perda irreparável de algum dos elementos coligidos no Inquérito Policial.

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina o instituto do incidente da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil, artigos 846 a 851, e no artigo 225, do Código de Processo Penal:

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

O grande ponto do instituto, que carece de regulamentação específica no âmbito processual penal, consiste na complexidade em avaliar-se a real urgência existente à época da investigação preliminar para a produção antecipada de algumas provas. Ademais disso, é imperioso também analisar-se a relevância e a imprescindibilidade de seu conteúdo para o processo, em razão do fundado receio da impossibilidade de se conservar a fonte de prova, seja esta constituída em um objeto ou em uma pessoa.

Nesse contexto, em razão da impossibilidade de se repetir o ato posteriormente sob as mesmas circunstâncias, a solução encontrada pelo ordenamento jurídico é jurisdicionalizar a atividade probatória no curso da investigação preliminar. Isso se dá através de um incidente em que se pratica ato perante uma autoridade jurisdicional e com observância do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, sendo possível limitar a publicidade do ato para fins de se evitar prejuízos para a investigação e a própria estigmatização social antecipada do investigado.

Desta feita, justamente por configurarem atos de prova – provas definitivas e, em maioria, incriminatórias – as provas irrepetíveis devem ser obtidas com plena observância ao direito ao contraditório e sob a égide da ampla defesa. Isso significa que o ato deve ocorrer na presença das partes (futuras) e de seus defensores,

presidido por autoridade jurisdicional, observando-se os mesmos requisitos formais para a produção de prova na fase processual, sendo a publicidade do ato a regra.

A esse respeito, defende a doutrina: “*se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito, em que o contraditório é diferido)*”³⁴.

Para além disso, deve-se – ou deveria, tendo em vista que muitas vezes não é o que ocorre – permitir o mesmo grau de intervenção da Defesa que seria permitido em sede processual, inclusive para que requeira outras provas ou outro tipo de análise, além de poder formular quesitos aos peritos a fim de buscar o esclarecimento do fato ou da autoria.

A esse respeito, merece destaque a questão das perícias realizadas em sede de investigação preliminar. O Código de Processo Civil dispõe que a prova pericial será realizada após a notificação das partes sobre a data e o local em que terá início, de forma a possibilitar aos interessados que participem da produção da prova, indicando assistentes técnicos e valendo-se dos meios necessários ao bom desenvolvimento da produção da prova.

Entretanto, tais normas não são adotadas inteiramente no processo penal. Efetivamente, as regras que asseveram a participação dos interessados no ato de concretização da prova pericial não são afiançadas de forma ampla no processo penal, nem sequer no que tange às perícias produzidas durante a fase de instrução processual.

Nesse contexto, apesar de os artigos 159, §3º e 176, ambos do CPP, facultarem às partes a formulação de quesitos – até a prática da diligência pericial – e a indicação de assistentes técnicos, o artigo 159, §4º, do CPP, prevê que estes somente atuarão mediante a “*admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais*”, *in verbis*:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (...)

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

³⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

Dessa forma, a função desempenhada pelos assistentes técnicos apenas ocorre mediante a autorização da autoridade jurisdicional e após a emissão de parecer sobre perícia já realizada e após a elaboração do respectivo laudo pelo perito oficial. Evidente que tal situação limita a atuação do assistente técnico, que se vê restrito apenas à análise dos elementos contidos no laudo e à idoneidade da equipe de peritos oficial.

Nas perícias realizadas durante a fase de inquérito a questão é ainda mais problemática, sendo impossível a atuação de assistentes e, muito menos, a apresentação de quesitos pelas partes antes da realização da diligência, vez que nesse momento ainda não há partes, de forma que não há relação processual instaurada. Nesse ponto, a prova é produzida em mitigação dos direitos do investigado ao contraditório e à ampla defesa. A esse respeito, a doutrina brasileira é bastante crítica quanto à impossibilidade de o sujeito passivo apresentar quesitos antes da produção de prova pericial, principalmente nas situações de urgência moderada, em que seria plenamente possível a notificação da Defesa sobre a realização da diligência.

Assim criticam os juristas Antonio Scarance Fernandes, Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, **a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de defesa.**³⁵

É evidente que durante a investigação policial o indiciado não é considerado parte, nem tem direito à produção de prova, pois o procedimento é inquisitivo. Mas, por outro lado, não se deve perder de vista que muitas provas são pré-constituídas, isto é, não serão novamente realizadas durante a instrução judicial, tornando-se definitivas. Nesse caso, como se poderia evitar que o indiciado participasse de sua produção, sem ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa? Caso lhe seja retirada tal oportunidade, cremos que o exame pode ser feito durante a instrução, a seu pedido. Entretanto, há determinadas perícias que não mais podem ser realizadas com sucesso, caso decorra muito tempo, de maneira que é preciso adaptar o processo penal à nova

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit., p. 64.

Constituição Federal, que deixou bem clara a existência dos princípios processuais mencionados. **Defendemos, pois, que o indiciado, por seu defensor, pode apresentar quesitos na fase extra-judicial, quando se tratar de prova pericial pré-constituída.**³⁶

A despeito dos termos peremptórios do dispositivo, **poderia ter o legislador avançado mais ainda, a fim de permitir a presença, na fase inquisitorial, do assistente técnico. Afinal, é sabido que a prova pericial, em razão de suas peculiaridades, na maioria das vezes não admite repetição em juízo.**³⁷

Diante de tal problemática, Scarance defende a validade dos elementos obtidos em sede de diligências periciais absolutamente urgentes e impossíveis de repetição em juízo, desde que assegurado o respeito à Ampla Defesa, ainda que em fase processual. Assim, a prova pericial apenas teria validade e eficácia na possibilidade de ser confrontada posteriormente – em sede processual – pelo órgão jurisdicional e pelas partes. Nesse momento, deve estar assegurado o contraditório diferido, sendo possível a nomeação e atuação dos assistentes técnicos, que poderiam até mesmo impugnar o exame pericial realizado na fase pré-processual e requerer nova produção de prova pericial ou esclarecimentos complementares. Senão vejamos:

Maior problema existe quanto à prova pericial produzida na fase policial. Admite-se a sua realização como prova definitiva quando há urgência, postergando-se o contraditório para o momento posterior, em que as partes poderão contestar o laudo, elaborar quesitos suplementares, pedir esclarecimento aos peritos. É o que ocorre quando há perigo de desaparecer o corpo de delito, como acontece com a lesão produzida no corpo da vítima, que normalmente só permanece por determinado tempo. **Não se justifica, contudo, prova pericial sem contraditório prévio na fase policial se inexistir perigo de os vestígios desaparecerem.** Caso venha a ser realizada, as partes têm o direito de requererem, em juízo, nova perícia.³⁸

Sendo assim, resta claro que os elementos obtidos mediante incidente de antecipação de provas, que em regra deveriam ter natureza de ato de investigação, sendo posteriormente repetido na fase processual, passarão a ter valor probatório de atos de prova. Assim, passíveis de valoração e utilização pelo Magistrado como fundamento para eventual condenação, por serem realizados uma única vez durante

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed., rev., ampl., e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 395.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 291-292.

³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. Cit.*, p. 83.

o curso do inquérito, com os necessários requisitos formais legalmente estabelecidos e as garantias constitucionais.

Desta feita, embora tais elementos coligidos no Inquérito Policial tenham limitado valor probatório, justamente pela forma como são obtidos, é preciso ressaltar que, em alguns casos, é impossível que se aguarde a ação penal para a produção de provas, sob pena de graves prejuízos ao sujeito passivo e à própria solução da lide.

Nessas situações excepcionais, a solução encontrada pelo ordenamento jurídico é fornecer ao Inquérito Policial os subsídios e requisitos existentes na estrutura do processo penal, com as garantias fundamentais asseguradas aos sujeitos, para que se produza as provas antecipadamente. Assim, somente é possível a produção de provas durante a fase de investigação através do instituto do incidente de produção antecipada de provas, justificado pela relevância da prova pelo fundado receio de provável perecimento.

Destaque-se que essa é situação excepcional à valoração dos atos produzidos durante a fase de investigação preliminar, que apenas detêm eficácia probatória na fase processual mediante o preenchimento dos estritos requisitos legais específicos e em caráter extraordinário. Quanto aos atos que não atendem a esse caráter de exceção, que compreendem a maioria dos atos produzidos durante a fase pré-processual, é evidente que devem ter eficácia probatória limitada tão somente à formação da *opinio delicti* da Acusação, não servindo de provas aptas a fundamentar eventual condenação penal do investigado. Trata-se, mais uma vez, do inarredável respeito à instrumentalidade da investigação preliminar.

3 – A CRISE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL

3.1 – UM SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO EM CRISE

É certo que a investigação preliminar constitui peça fundamental para a realização do processo penal, mormente no Estado Democrático de Direito em seu viés moderno, estruturado em princípios, direitos e garantias inegociáveis à condição humana presentes nas esferas constitucionais legais. Em que pese seu caráter essencial ao processo penal, no Direito Brasileiro a investigação preliminar, consubstanciada principalmente no Inquérito Policial, vem perdendo considerável espaço, sendo por vezes posta em segundo plano, em razão de deficiências concernentes a esse sistema de investigação.

A ineficiência do modelo de investigação preliminar adotado no Brasil pode ser justificada pela patente desatualização do Código de Processo Penal com a sociedade atual e, sobretudo, com os postulados trazidos pela Constituição Federal de 1988. Isso porque o Inquérito Policial, essencialmente, não sofreu mudanças legislativas relevantes, permanecendo nos moldes adotados em 1941.

Embora a legislação tenha passado por algumas releituras e adequações constitucionais e infraconstitucionais, não foi possível dotá-lo de objetividade e eficiência. Nesses termos, defende Rômulo de Andrade Moreira:

O atual código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado, olvidando-se da vítima, refém de um excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos.³⁹

A insatisfação em relação a esse sistema não é nova. Há muito se fala que o Inquérito Policial, forma máxima da investigação preliminar no Brasil, encontra-se em crise. Tal insatisfação já é antiga, como noticia Eduardo Espínola Filho, em sua obra “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”:

(...) já em 1924 o presidente da Comissão redatora do anteprojeto que se converteu no Código de Processo Penal para o Distrito Federal, Candido

³⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2572>>, acesso em 20.01.2016.

Mendes, informava da preocupação com a fase preliminar e a necessidade de restringir as funções da polícia aos seus verdadeiros fins: a vigilância, a prevenção, a manutenção da ordem e auxílio à justiça. Este auxílio, porém, deve começar pelo aviso imediato às autoridades judiciais sempre que houver notícia de alguma infração penal.⁴⁰

Como se observa, trata-se de problemática apontada pelos juristas há algum tempo. Já naquela época havia a preocupação em restringir-se as funções das autoridades policiais aos seus “verdadeiros fins”, sem qualquer efeito no âmbito judiciário, a fim de tornar a sua intervenção a mínima possível. Trata-se de clara intenção em incentivar o Ministério Público a intervir nas investigações policiais desde o início do procedimento, cuja função preponderante seria fornecer elementos para o esclarecimento da autoridade jurisdicional.

Nesse contexto, destaque-se que conforme prevê o artigo 144, *caput* e § 7^o⁴¹, da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado, exercida para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e patrimônios, sendo necessárias leis que disciplinem os órgãos responsáveis por tal ofício para garantir a eficiência de suas atividades. Assim, conclui-se que a investigação criminal eficiente é dever do Estado, sendo uma das obrigações estatais no tocante à segurança pública.

Sendo assim, o Estado deve promover a segurança pública de forma eficiente e, o Inquérito Policial, enquanto atribuição estatal e principal forma de investigação no Direito Brasileiro, conseqüentemente, também deve ser realizado com observância ao Princípio da Eficiência. Exatamente nesse sentido é a posição defendida pelo Promotor Valter Foletto Santin, *in verbis*:

A Constituição Federal instituiu claramente o princípio da eficiência da segurança pública, no seu art. 144, dispondo sobre a obrigação estatal de prestação de serviços de segurança pública, com a finalidade de proteger a vida e incolumidade do cidadão e do seu patrimônio, por meio das polícias, no exercício das atividades de prevenção, repressão, investigação, garantia constitucional de eficiência das atividades dos órgãos de segurança pública e do serviço da segurança pública decorre da interpretação do referido dispositivo, acrescido da configuração da segurança pública como direito social (art. 6º, CF) e do princípio genérico da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*, CF).⁴²

⁴⁰ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, pp. 224-225.

⁴¹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

⁴² SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 148.

É inequívoco que se trata de grave problema que permeia todo o processo penal brasileiro: o inquérito policial está em crise e urge que se faça uma reestruturação normativa e prática, capaz de atender aos interesses e aos preceitos legais do processo penal. Esse entendimento é consensual na doutrina, sendo irrisório os níveis de elucidação das notícias-crime denunciadas, além da baixa qualidade técnica dos elementos produzidos pelas Autoridades Policiais e a demora em concluir o procedimento.

O criminalista Aury Lopes Junior é um dos críticos mais severos do Inquérito Policial enquanto atual modelo de instrumento de investigação preliminar, senão vejamos trecho de seu artigo denominado “A crise do Inquérito Policial”, publicado já em 1999:

Com muito atraso, começa a discutir-se no âmbito dos Estados, a regulamentação do controle externo da atividade policial, previsto pelo art. 129, VII da Constituição Federal. É um primeiro passo para debater um grave problema do processo penal brasileiro: a crise do inquérito policial e a necessidade do controle externo da atividade policial por parte do MP. O problema é antigo e a necessidade de uma modificação há muito vem sendo apontada pelos juristas. A investigação/instrução preliminar (no Brasil - inquérito policial) é fundamental para o processo penal, pois não se deve julgar de imediato. Primeiramente, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo.⁴³

No mesmo sentido, aduz Heraldo Gomes, Delegado de Polícia e Ex-Secretário de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro:

O atual procedimento preliminar de repressão na apuração de crimes, denominado “inquérito policial”, é hoje, diante da escalada criminal e da audácia dos marginais, um instrumento de defesa social superado, porque lento e, apenas com valor informativo, não dá pronta resposta à agressão criminal; servindo, ainda, para ensejar contradição em benefício do acusado, pela não confirmação na Justiça dos atos formalizados na Polícia.⁴⁴

Álvaro Lazzarini, então desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, igualmente critica o Inquérito Policial, em citação feita por Cláudio Fonteles no artigo “Investigação preliminar: significado e implicações”, senão vejamos:

Vale concluir que não tem mais sentido a existência de um verdadeiro fosso entre o entendimento policial da ocorrência e a sua comunicação à Justiça

⁴³ LOPES JR, Aury. *A crise do Inquérito Policial*. In: Revista Consultor Jurídico, 25.08.1999. Disponível em <http://www.conjur.com.br/1999-ago-25/investigacao_controlada_ministerio_publico>, acesso em 31.01.2016.

⁴⁴ GOMES, Heraldo. *Inquérito Policial*. In: Revista de Direito da Defensoria Pública, nº 8, p. 70. Disponível em <http://www.sinpefpe.org.br/Princpal/Pagina_Default.asp?COD_NOTICIA=10650>, acesso em 31.01.2016.

Criminal. Isso se deve ao anacrônico inquérito policial, que é procedimento inquisitorial de reconhecida inutilidade jurídica. Sendo mera peça informativa, o que nela se contém deve ser repetido perante o Juiz. Elaborado sem a participação do Ministério Público e do advogado de defesa, o inquérito não raro cria situações constrangedoras para suspeitos, vítimas e testemunhas.⁴⁵

Como se observa, as principais críticas apontam para a morosidade do Inquérito Policial, bem como a sua incompletude nos casos mais complexos – que exigem a realização de novas diligências posteriores – e a própria inadequação ao Sistema Acusatório. Esse modelo de investigação preliminar a cargo da Polícia Judiciária carece de um eficaz controle externo, sendo, na atualidade, muitas vezes apenas uma fonte de corrupção das instituições que o circundam e fonte de descrédito da Justiça Criminal capaz de vulnerar direitos constitucionais dos investigados.

Para além disso, como visto ao longo do presente estudo, não raras vezes, há enorme concentração no Inquérito Policial de atos que deveriam ser praticados na fase processual, mormente a equivocada valoração probatória conferida aos atos de investigação, em que não há observância às garantias constitucionais asseguradas e requisitos formais legalmente estabelecidos. Tal realidade culmina em condenações indevidas, injustas e baseadas em acervo probatório produzido não durante a fase processual competente, mas sim durante a investigação, sendo realidade absolutamente inadmissível ao Processo Penal brasileiro que se almeja.

A realidade vivenciada pelo Inquérito Policial atualmente é de procedimento utilizado não para chegar-se à probabilidade do mero *fumus commissi delicti* – necessário à decisão pelo processo ou pelo não processo –, mas sim como procedimento que visa a obter a condenação do investigado a qualquer custo, principalmente dos investigados de perfil típico “visado” pela Polícia Judiciária, como visto anteriormente.

Dessa forma, o que tem ocorrido é, em verdade, a própria produção de provas durante a fase de investigação, em flagrante desrespeito às garantias constitucionais dos acusados e às normas processuais, para além da absurda prevenção do juiz que atua nesse momento preliminar para julgar eventual processo penal. Trata-se de situação absolutamente inconcebível e inaceitável para o Direito Processual Penal brasileiro.

⁴⁵ LAZZARINI, Álvaro. *apud* FONTELES, Cláudio Lemos. *Investigação Preliminar: significado e implicações*. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2011, Ano 9, v. 17, pp. 52-62. Disponível em <http://www.escolamp.org.br/arquivos/17_03.pdf>, acesso em 31.01.2016.

A insatisfação é geral: o Inquérito Policial, em seu formato atual, não serve ao Ministério Público, tampouco ao Juiz e, muito menos, à Defesa do sujeito passivo. O modelo está falido e carece de mudanças, imprescindíveis para que se possibilite a realização do processo penal em sua inteireza e, sobretudo, no que tange aos princípios constitucionais a ele inerentes.

Como muita propriedade, o jurista Aury Lopes Junior⁴⁶ explica: os membros do Ministério Público criticam a falta de coordenação entre a investigação conduzida pela Polícia Judiciária, e as suas próprias necessidades enquanto titular da ação penal. Para os Magistrados, o cerne do problema encontra-se na demora e na pouca confiabilidade do material produzido pelas Autoridades Policiais, que não serve como elemento de prova na fase processual. A Defesa, por sua vez, critica o modo inquisitivo de conduzir as investigações, em que a Polícia Judiciária nega o mínimo de contraditório e direito de defesa ao investigado, embora assegurados constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Nada obstante quaisquer problemas advindos do Inquérito Policial, é certo que a fase pré-processual de investigação é imprescindível, sob pena de termos um processo penal irracional, sem um mínimo de justificação, inconcebível nos termos da instrumentalidade garantista, que constitui os fundamentos de existência do processo penal brasileiro. É certo que a instrução preliminar, aliada a fase instrutória do processo penal, em que há o contraditório e ampla defesa assegurados, constituem verdadeiro filtro processual, apenas permitindo a inserção no mundo jurídico-processual de condutas que tenham aspecto de delito que justifique o custo do processo tanto para o Estado, quanto para o sujeito passivo, que é estigmatizado a partir de mero indiciamento.

Em que pese a enorme quantidade de trabalhos jurídicos sobre a crise vivenciada pelo Inquérito Policial e suas possíveis soluções, é preciso que se faça uma análise ampla da questão, de forma sistemática, analisando-se o trinômio: órgão encarregado de realizar a instrução preliminar (sujeito), fatos narrados na *notitia criminis* ou obtido *ex officio* pelos órgãos de investigação estatal (objeto) e forma dos atos que constituem a investigação preliminar propriamente dita. A partir dessa análise sistemática, será possível concluir qual a melhor alternativa para o sistema de investigação preliminar brasileiro, conforme será visto a seguir.

⁴⁶ LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 51-52.

3.2 – A BUSCA POR UM SISTEMA IDEAL: ANÁLISE SISTEMÁTICA

3.2.1 – VANTAGENS E DESVANTAGENS A DEPENDER DO ÓRGÃO ENCARREGADO

A investigação preliminar está a cargo do Estado, que pode promover a sua realização através da Polícia Judiciária, do Juiz ou do Ministério Público. Todos os três órgãos apresentam vantagens e desvantagens, devendo se considerar os aspectos estruturais e da política interna de um país. Indubitavelmente, o início da busca por um sistema ideal consubstancia-se na escolha do órgão encarregado de conduzir a investigação preliminar.

a) INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR POLICIAL

O Brasil é um dos poucos países que ainda adota o sistema de investigação preliminar policial, em que se atribui legalmente à Polícia Judiciária a missão de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime, sem o controle externo da atividade policial a cargo do Ministério Público. Trata-se, como visto, de um modelo ineficiente, que não serve aos juízes, tampouco aos promotores e muito menos à Defesa.

Nesse modelo, a autoridade policial atua como titular da investigação preliminar, com autonomia para definir as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, sem que o exercício de sua função esteja subordinado ao controle externo dos órgãos jurisdicionais e do Ministério Público. Como visto, esse sistema já não serve à realidade brasileira, de forma que se impõe a realização de reforma legislativa e prática, para que tenhamos uma fase de investigação preliminar realmente eficaz, não só para toda a comunidade jurídica, mas também aos anseios populares, que vislumbram no Processo Penal a realização da Justiça.

Os principais problemas no inquérito a cargo das autoridades policiais, como já destacado, concentram-se na excessiva demora para a realização da investigação, prejudicando-se sobremaneira a celeridade e a eficácia da persecução penal. Para além disso, nos casos mais complexos, há sempre uma incompletude na investigação,

sendo necessária a realização de novas diligências complementares. É certo que a Polícia Judiciária no Brasil não dispõe da totalidade de profissionais necessários para cumprir a enorme demanda pela realização das investigações, além de não contar com estrutura adequada em muitas das regiões mais precárias do Brasil. Esses fatores, por si só, tornam inviáveis a execução das investigações perfeitamente adequada aos preceitos legais.

Entretanto, é preciso ressaltar que esse modelo tem também pontos positivos, embora os pontos negativos se sobreponham, tornando-o ineficiente. A investigação preliminar a cargo da autoridade policial traz como vantagem a atuação intensa e abrangente da Polícia, capaz de atuar em todo o território nacional, conferindo eficácia à perseguição, diferente de uma investigação preliminar a cargo do Juiz ou do Ministério Público, que não dispõem de tamanha amplitude⁴⁸. Outrossim, a proximidade das autoridades policiais com os cidadãos é também uma vantagem, pois possibilita meios mais rápidos e eficazes para conduzir uma investigação.

Ademais disso, é certo que se trata de sistema de investigação mais econômico para o Estado, vez que os provimentos concedidos às autoridades policiais são bem menores do que os vencimentos dos juízes e promotores. A investigação a cargo Polícia Judiciária ainda se apresenta vantajosa ao Estado tendo em vista que o Poder Executivo exerce poder de mando sobre esse órgão, sendo bastante ameaçador o alcance negativo desse poder para a sociedade.⁴⁹

Como inconvenientes ao sistema de investigação conduzido pela Polícia, deve-se ter em mente em primeiro lugar a discricionariedade de que dispõe esse órgão para realizar seleção de condutas a serem perseguidas, de cunho evidentemente parcial e no limbo da licitude. Sob esse aspecto, é inequívoco que é preciso atribuir-se função auxiliar à Polícia, vez que havendo real controle de sua atuação, menores são as chances dessa discricionariedade.

Outro ponto que constitui desvantagem na escolha da Polícia Judiciária como titular da investigação preliminar é o fato de a eficácia de sua atuação estar diretamente associada a grupos sociais específicos. Isto é, quando atua contra determinadas classes sociais – notadamente, as mais baixas – a atuação policial é mais ativa e intensa, ao contrário do que acontece em relação aos altos escalões, em que há patente impunidade no Brasil. Infelizmente, a investigação preliminar no Brasil

⁴⁸ Id. ibid., pp. 48-52.

⁴⁹ Id. ibid., pp. 49-50.

sofre os efeitos da pressão midiática, que pretende a “Justiça a qualquer custo”, relegando a segundo plano as normas legais do Processo Penal.

Nesse íterim, há clara confusão quanto ao objeto da investigação, que muitas vezes recai sobre o próprio sujeito, enquanto deveria ater-se aos fatos noticiados ao órgão estatal persecutório. A principal consequência é a ineficácia dos direitos constitucionais ao contraditório e à defesa, que deveriam ser assegurados aos acusados durante a fase de investigação preliminar ainda que minimamente. O sujeito passivo do Inquérito Policial tem situação jurídica absolutamente desfavorável e confusa, muitas vezes sendo objeto de medidas cautelares gravosas e desnecessárias, que violam sobremaneira as garantias fundamentais.

Além disso, há uma cultura enraizada na atuação policial de que os criminosos têm estereótipos específicos, bem como as vítimas e os próprios crimes investigados – aqueles que podem ou não serem desvendados. A partir desses critérios inventivamente estabelecidos, o tratamento conferido ao investigado e à vítima pode variar, sendo ele mais rigoroso ou mais brando, ou até mesmo negligente. O tratamento mais rigoroso conferido a determinados investigados é constantemente divulgado pela mídia brasileira, em que a autoridade policial atua inclusive ilícitamente, cometendo injustiças e barbáries desmedidas em busca da suposta “verdade real”.

A esse respeito, esclarece Eugenio Raúl Zaffaroni, jurista e magistrado argentino, em entrevista concedida à Revista Brasileira de Segurança Pública:

A seletividade da justiça penal tem que ser respondida institucionalmente com racionalidade e não ser negada, porque isso seria como querer para o Sol. Se o exercício do poder punitivo é seletivo, essa seleção tem que ser feita segundo uma certa política do Ministério Público e não segundo interesses das burocracias ou pagos pela corrupção.⁵⁰

Há que se considerar como ponto negativo também o fato de que a Polícia Judiciária é órgão muito mais suscetível às imposições do Estado, em clara contaminação política, e à pressão realizada pelos meios de comunicação. Tal realidade tem por consequência a possibilidade: (i) de que a Polícia seja utilizada como meio para a perseguição política; e (ii) que cometa graves injustiças, no desejo de solucionar-se rapidamente casos emblemáticos e de maior repercussão na imprensa.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública*. Entrevistadora: Julita Lemgruber. Entrevista concedida à Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 1, Edição 1, 2007. Brasília: SENASP, p. 130-139. Disponível em < <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/36/34>>, acesso em 30.01.2016.

Para além da susceptibilidade às pressões políticas e midiáticas, há que se considerar que a polícia é também facilmente pressionável pelas classes sociais mais abastadas da sociedade. Tal realidade faz com que a Polícia se consubstancie em órgão que despreza cada vez mais os direitos fundamentais dos suspeitos, que já são prévia e precipitadamente considerados culpados. Nesse contexto, a credibilidade de sua atuação é constantemente questionada, justamente pelas notícias de abuso de autoridade e corrupção. Logo, não é raro que os materiais produzidos pelas Autoridades Policiais sejam dotados de pouca confiabilidade, sendo imprestáveis, nesse ponto, ao órgão jurisdicional.

Destaque-se, a esse respeito, o posicionamento de Vinícius de Andrade e Gleick Oliveira:

A desconfiança dos juízes é compreensível, os inquéritos e investigações conduzidos até pouco mais de duas décadas tinham como requisito básico o uso da tortura, o cenário mudou significativamente. Mas a herança dos métodos da Ditadura Militar e da própria mentalidade autoritária é ainda muito danosa às corporações policiais. Todavia, devemos ressaltar que a culpa não reside só na atuação da polícia, aliás, as polícias civis trabalham em regra sob misto de precariedade e improviso, mas na estrutura desse modelo de investigação.⁵¹

Todos esses inconvenientes constantes da investigação preliminar a cargo da Autoridade Policial levam ao inevitável descrédito probatório dos elementos obtidos no curso do inquérito e à necessidade de completa repetição na fase processual. Ainda mais grave, esse sistema de investigação preliminar não cumpre a função primordial de esclarecer a notícia crime, em grau de probabilidade, capaz de fundamentar a decisão pelo processo ou pelo não-processo.

Sendo assim, trata-se de modelo falido e amplamente rechaçado na comunidade jurídica brasileira. Não serve ao Ministério Público, pois não é realizado pelo órgão titular da ação penal, de modo que a atuação da Polícia, em geral, não é concertada com os interesses do *Parquet*. Igualmente, não atende aos interesses da Defesa, pois a Polícia não confere ao sujeito passivo a participação na investigação, tampouco a possibilidade de requisitar diligências, além da patente arbitrariedade do órgão ao negar o mínimo de contraditório e direito de defesa. Da mesma forma, não

⁵¹ ANDRADE, Vinícius Lúcio de; OLIVEIRA, Gleick Meira. *Inquérito Policial: um modelo em colapso*. In: Revista Jurídica A Barriguda, vol. 1, nº. 1, 2011, pp. 99-116. Disponível em <http://www.ojs.abarriguda.org.br/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/10>>, acesso em 30.01.2016.

serve ao julgador, tendo em vista a própria forma de atuar do órgão policial, que leva ao descrédito do material recolhido.⁵²

b) INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR JUDICIAL – O JUIZ INSTRUTOR

Nesse modelo, a titularidade da investigação preliminar é conferida ao Juiz Instrutor, que receberá direta ou indiretamente a notícia-crime e a quem pertence todos os poderes necessários para buscar as fontes de informação da notícia-crime e investigar os fatos indicados, de forma a realizar a investigação que terá por objetivo obter os elementos essenciais para proceder-se ao processo ou ao não-processo. A prova nesse sistema não é produzida perante o juiz instrutor, mas sim diretamente por ele colhida e produzida, em função de investigador, atuando de ofício e sem qualquer subordinação ou vinculação aos pleitos do Ministério Público ou da Defesa, que atuam meramente como colaboradores.

Aqui, cabe ao Juiz Instrutor definir a relevância das diligências solicitadas em prol dos objetivos da investigação, e denegar aquelas que não considerar úteis. Nos crimes de ação penal pública, poderá o juiz atuar de ofício, inclusive determinando medidas cautelares reais ou pessoais, ainda que haja discordância do titular da futura ação penal, o Ministério Público. Para a realização desse tipo de atividade de investigação, é imprescindível que a Polícia Judiciária esteja à disposição do Juiz Instrutor, que terá suas funções completamente subordinadas a ele.

Evidentemente, o maior problema da investigação preliminar a cargo do Juiz Instrutor diz respeito à imparcialidade conferida ao Magistrado que conduz a investigação, sendo impedido de julgar a causa. Hoje em dia, em grande parte dos países que adotam esse sistema, há a presunção absoluta de parcialidade do Juiz Instrutor, que não poderá, em hipótese alguma, julgar a causa. Isso porque os vários juízos de valor que cabe a ele durante a investigação culminam na prevenção como causa de exclusão de sua competência para julgar futura ação penal.

São consideradas vantagens do sistema de instrução preliminar judicial a imparcialidade quanto ao interesse em investigar o fato supostamente criminoso e a

⁵² LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 51-52.

independência de atuação do Juiz Instrutor, que se traduz numa garantia de que a investigação preliminar não será suscetível a pressões políticas pelo Poder Executivo. Além disso, há que se destacar também como ponto positivo o fato de a investigação ser conduzida por um órgão superior às partes – Acusação e Defesa.

Outro ponto a ser mencionado é a possibilidade de se conferir maior efetividade e credibilidade do material angariado durante a investigação, vez que tais elementos podem ser utilizados pela Acusação e pela Defesa, justamente por ser proveniente de um órgão cujo único intuito é esclarecer os fatos noticiados, a partir da busca por provas que sirvam tanto à condenação quanto à inocência do sujeito passivo. Ademais, nesse modelo há ainda a garantia de que ao Juiz Instrutor é vedado que julgue a causa, além do essencial atendimento ao princípio de que não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*)⁵³.

Sobre esse ponto, destaque-se a explicação do Professor MSc. Felipe Novaes:

Não se deve esquecer que o juiz é um ser humano suscetível às influências psicológicas e pressões sociais. Sua imparcialidade deve ser mantida a qualquer preço. O sistema misto com a presença de resquícios inquisitoriais causa influência direta sobre a imparcialidade; as provas chegam por intermédio da acusação já apreciadas pelo juiz-instrutor, colega de classe do juiz que irá julgar o litígio, aumentando a credibilidade que merecem. Por outro lado, as provas da defesa são produzidas, em regra, pelos próprios defensores, sem a participação do magistrado da primeira fase, sendo que a credibilidade dessas provas será, portanto, menor do que a deferida àquelas angariadas pelo juiz-instrutor.⁵⁴

Por fim, é também uma vantagem do sistema de investigação preliminar judicial o fato de que ao ser necessário decretar medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais – como a busca e apreensão, ou a prisão cautelar – no curso da investigação, estas já serão determinadas por órgão com poder jurisdicional, independentemente de requisição a outra autoridade estatal.

Em contrapartida, é mister evidenciar também os pontos negativos desse sistema. É certo que se trata de modelo superado e intimamente relacionada aos tempos remotos da inquisição, à figura do juiz inquisidor, posto que sua estrutura confere a um mesmo órgão a incumbência de investigar o fato noticiado e,

⁵³ LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 53-54.

⁵⁴ NOVAES, Felipe. *Sistemas de Investigação Preliminar: A (Im)Possibilidade dos Juizados de Instrução*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>, acesso em 22.01.2016.

simultaneamente, proceder à imputação formal ou à defesa do acusado. Trata-se do modelo mais distante do Sistema Acusatório vigente no processo penal brasileiro, vez que gera evidente confusão entre as funções de acusar e julgar, em claro prejuízo ao processo penal.

É exatamente nesse sentido o posicionamento de Cláudio Lemos Fonteles, ex-Procurador-Geral da República, senão vejamos:

Por outra perspectiva, a menos que se altere a Constituição Federal, a instituição do “juizado de instrução” por reforma na legislação codificada é flagrantemente inconstitucional!

Com efeito, o inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, que consagra o sistema acusatório, expressamente conferindo ao Ministério Público, como função institucional sua, vale dizer, como sua razão de ser, a prerrogativa de ser titular, privativamente, da ação penal pública; assim, separando a função de acusar da função de julgar, e cometendo-as a “agentes políticos” – sujeitos – diversos e inconfundíveis, por certo não autoriza que o Juiz ponha-se a investigar, para preparar acusação suficiente do Ministério Público, para que depois outro Juiz receba, ou rejeite, dita acusação.⁵⁵

Outro grave inconveniente é o fato de caber ao Juiz Instrutor decidir sobre a necessidade de se proceder a determinado ato de investigação e, também, realizar juízo de valor sobre a sua legalidade. Tal realidade pode culminar em transgressões ao ordenamento jurídico, utilizando-se do subterfúgio de ser o órgão responsável pela definição das estratégias de investigação.

A investigação preliminar judicial também constitui evidente disparidade de armas entre todos os envolvidos: o investigado, o *Parquet* e a Polícia Judiciária, de forma que o Juiz Instrutor não tem sua atuação voltada às garantias, mas sim à própria finalidade da investigação. Ademais, dada a sua própria estrutura, consubstancia-se em modalidade bastante morosa, vez que deixa de lado a natureza de instrução sumária para ser uma instrução plenária.

Deve-se apontar também a patente contradição encontrada nesse sistema: o juiz investiga para que o órgão ministerial, titular da ação penal, acuse. Mais grave ainda é a absurda possibilidade de o Juiz Instrutor poder proceder a atos de investigação muitas vezes contrário às convicções do Ministério Público. Com efeito, se a investigação preliminar deve ser atividade preparatória para a formação da *opinio*

⁵⁵ FONTELES, Cláudio Lemos. *Investigação Preliminar: significado e implicações*. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2011, Ano 9, v. 17, p. 58. Disponível em <http://www.escolamp.org.br/arquivos/17_03.pdf>, acesso em 31.01.2016.

delicti do acusador, não faz o menor sentido que esteja a cargo do Juiz, a quem não compete o dever de acusar⁵⁶.

Ademais disso, é extremamente grave a conversão automática da fase de investigação preliminar em uma fase capaz de gerar provas valoráveis em eventual sentença condenatória. Nesse sentido, sendo os atos praticados pelo Juiz Instrutor detentores de maior credibilidade, isso pode levar à mera ratificação das provas na fase processual, o que não se coaduna com os princípios constitucionalmente assegurados aos acusados no processo penal brasileiro, como visto anteriormente.

Trata-se de modelo inaceitável no sistema acusatório, justamente em razão da natureza inquisitiva dos atos e, sobretudo, das provas produzidas. Sem dúvidas, é modelo superado e que apresenta graves problemas, tanto quanto a investigação a cargo da Polícia Judiciária, imprestável à realidade almejada pelo Processo Penal Brasileiro.

c) INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – O PROMOTOR-INVESTIGADOR

Chegamos assim ao modelo de investigação preliminar a cargo do Ministério Público, em que o promotor é o titular da investigação, isto é, atua como investigador. A investigação preliminar em que se vislumbra a figura do Promotor-Investigador tem sido adotada em países europeus com grande êxito. Nesse modelo, a principal característica é a subordinação funcional da Polícia Judiciária ao órgão ministerial, por manter-se à disposição do *Parquet*, diretor da investigação.

O modelo de investigação a cargo do Ministério Público parece ser “uma luz no fim do túnel” para a crise do modelo de investigação preliminar vigente no Brasil. Sobre esse ponto, destaque-se o quanto aduzido por Marcos Kac, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

Nos países com legislação investigativa mais avançada, a investigação penal preliminar é conduzida pelo Ministério Público. É inaceitável que nos dias de hoje no Brasil a investigação fique a cargo exclusivo da Autoridade Policial,

⁵⁶ Esse é exatamente o posicionamento de Aury Lopes Jr.: “Representa uma gravíssima contradição lógica, pois o juiz investiga para o promotor acusar, e o pior, muitas vezes contra ou em desacordo com as convicções do titular da futura ação penal. Em definitivo, se a instrução preliminar é uma atividade preparatória que deve servir, basicamente, para formar a opinião *delicti* do acusador público, deve estar a cargo dele e não de um juiz, que não pode e não deve acusar.” (LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 54-55.)

seja ela estadual ou federal, sem que haja qualquer ingerência do destinatário final do lastro probatório mínimo na fase pré-processual a permitir a correta formação da *opinio delicti* e conseqüentemente a deflagração da *persecutio criminis in iudicio*.⁵⁸

Nesse modelo, cabe ao promotor a titularidade da investigação, a quem compete o recebimento da notícia-crime direta ou indiretamente (através da Polícia) e a realização da investigação dos fatos ali presentes. É possível que o Promotor- Investigador realize diretamente as diligências investigativas ou que determine que a polícia as concretize, segundo critérios estabelecidos de acordo com as convicções do *Parquet*. Desta feita, será possível a formação da *opinio delicti* do órgão acusador que irá decidir entre o processo – proceder-se à acusação do investigado – e o não-processo – ocasião em que irá solicitar o arquivamento do procedimento investigativo.

O Promotor-Investigador ainda depende de autorização judicial – do juiz da instrução, chamado de “juiz garante” – para proceder a determinadas medidas restritivas de direitos fundamentais, como as cautelares já citadas nesse estudo, em nome das garantias constitucionais asseguradas ao acusado. A atuação do Juiz nesse modelo deve ser *supra partes*, posto que não investiga, mas apenas intervém quando solicitado para exercer o controle de legalidade dos atos de investigação requeridos pelo Ministério Público.

As vantagens da atuação do Ministério Público como titular da investigação preliminar são patentes, demonstrando ser o modelo mais adequado para a superação da crise do sistema de investigação brasileiro e do modelo de juiz instrutor. Os principais pontos positivos desse modelo dizem respeito à própria natureza da instrução preliminar, enquanto atividade pré-processual de caráter instrumental que, pela lógica, deve estar a cargo do titular da ação penal. Logo, deve ser atividade administrativa dirigida pelo Ministério Público e para a realização de seus interesses, sendo descabido que outro órgão investigue para o promotor acusar.

Assim, é certo que esse modelo configura maior proximidade à estrutura dialética do processo, embora possa haver algumas restrições aos princípios da publicidade e do contraditório em nome do interesse da investigação. Tal modelo se coaduna com os princípios norteadores do Sistema Acusatório, sendo a sua adoção medida que se impõe para o Processo Penal que se pretenda ser efetivamente acusatório. Isso porque afasta a figura do juiz inquisidor e garante a sua imparcialidade

⁵⁸ KAC, Marcos. *O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 166.

como julgador, além de assegurar a atuação da Polícia Judiciária em concerto com os interesses e a atuação do titular da ação penal.

Desta feita, afiança a realização dos princípios garantistas da inexistência de processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*) e da vedação à atuação do juiz de ofício (*ne procedat iudex ex officio*). Com efeito, esse sistema possibilita o fortalecimento do órgão jurisdicional, cuja atividade durante a fase de investigação preliminar fica restrita apenas – e como deve ser – à decisão quanto as medidas restritivas e quanto a admissão ou não da acusação⁵⁹.

Outrossim, a imparcialidade do Ministério Público, desinteressado do resultado da investigação – em tese – confere credibilidade à sua atuação, de forma que tentará medidas para fins de real esclarecimento dos fatos. Assim, ordenará a realização de diligências que busquem igualmente elementos que favoreçam a defesa e acusação, amparadas na lei, sempre em busca de solução justa e legal para definir a necessidade de se proceder à acusação do investigado.

Nesse modelo, a investigação preliminar tende a ser, verdadeiramente, atividade de cognição sumária – e não plenária, como tem ocorrido indevidamente no atual modelo a cargo da Polícia Judiciária – evitando-se não só a morosidade dos sistemas policial ou judicial, mas também que elementos obtidos durante a investigação tenham valor probatório que não se coadune com a sua natureza. Significa dizer que a investigação nesses moldes se restringirá, verdadeiramente, à probabilidade do *fumus commissi delicti*, a fim fornecer elementos apenas e tão somente à formação do juízo do titular da ação penal quanto a necessidade de processo ou não processo.

Outra vantagem relevante é a melhor distribuição do poder, que no modelo de investigação judicial concentra-se sobre o Juiz Instrutor, sendo possível o estabelecimento da figura do juiz garante da instrução, como órgão responsável pelo controle de legalidade dos atos de investigação pretendidos pelo Ministério Público. Por óbvio, representa benefícios aos sujeitos passivos, sendo-lhes asseguradas as respectivas garantias constitucionais, além de evitar-se qualquer abuso de poder, como na investigação a cargo do juiz instrutor.

Todavia, é certo que não se trata de um modelo de investigação infalível, posto que também tem suas desvantagens. Em primeiro lugar, não se pode olvidar

⁵⁹ LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 56-57.

que esse modelo é típico do utilitarismo judicial, em que deve se combater a criminalidade a qualquer custo, característico de um Estado de Polícia, e não de Direito, como se propõe a ser o Estado brasileiro. Desta feita, o que aparentemente seria a supremacia da lei, pode passar a ser o “império” do Ministério Público, sendo possível a existência de elevados casos de abuso de autoridade, perseguição política, estigmatização social desnecessária e toda sorte de arbitrariedades.

Ademais disso, com a transferência de poderes ao *Parquet*, este passa a ser temido – em contrapartida ao Juiz Instrutor –, dando espaço para a absurda possibilidade de um promotor-inquisidor. A imparcialidade do órgão ministerial também é questionável, posto ser igualmente uma parte e, ainda, direcionada à realização dos postulados do Sistema Acusatório, para fins de ser a parte apta a contradizer o sujeito passivo. Isto é, não é possível afirmar-se que o *Parquet* seria, com certeza, imparcial ao conduzir determinada investigação em casos emblemáticos, em que houvesse claro interesse na condenação dos investigados.

Ainda, não é possível assegurar-se a não suscetibilidade do Ministério Público aos agentes políticos e ao Poder Executivo, em última análise. Para além disso, nesse sistema corre-se o risco de que, na prática, o órgão ministerial atue de forma parcial e inclinado a angariar apenas provas contra o sujeito passivo, desprezando eventuais elementos a seu favor, acentuando-se ainda mais a disparidade entre as futuras partes, com sérios prejuízos aos direitos do imputado.

Há que se mencionar ainda a possibilidade de que atribuir ao *Parquet* a direção da investigação preliminar não signifique que ela será efetivamente realizada pelo Ministério Público. Isso porque pode o promotor ficar ciente da notícia-crime apenas após a realização de atividades conduzidas pelas autoridades policiais. E, assim, pode acabar conformando-se com o material angariado pela Polícia, sem realizar qualquer ato investigatório a mais⁶⁰.

Por fim, há que se destacar como ponto negativo da investigação preliminar comandada pelo Ministério Público a precária estrutura do órgão no Brasil para proceder à realização de atos investigatórios, culminando em evidente diminuição da

⁶⁰ Nesse sentido, Aury Lopes Jr. corrobora: “Como foi constatado em um estudo realizado pelo Instituto Max-Planck de Freiburg em 1978, nos países cuja instrução preliminar está nas mãos do MP – como na Alemanha – na grande maioria dos casos ela realmente havia sido realizada inteiramente pela Polícia Judiciária, sem qualquer intervenção do MP. O promotor só toma conhecimento depois que as atuações policiais já estão conclusas, e como já está acabado o trabalho – caráter inibitório – ele não investiga e se conforma com o material apresentado. Como aponta ARMENTA DEU, constitui uma prática habitual que a investigação recaia exclusivamente sobre a polícia, limitando-se o MP a uma mera revisão formal posterior. Em definitivo, representa uma volta ao famigerado sistema de instrução preliminar policial” (LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 58-60).

eficiência da investigação. Nesse ponto, importante a lição de Bruno Calabrich, Procurador Regional da República no Distrito Federal:

Como um entrave à investigação direta pelo Ministério Público, Valter Foletto Santin aponta a falta de estrutura do órgão, no Brasil, para a realização de medidas investigatórias, o que decerto acarreta uma perda de eficiência nessa atividade. **Todavia, o defeito, corretamente apontado, tende a ser corrigido com a ampliação e com o gradual incremento dos meios disponíveis ao parquet. Trata-se, portanto, de uma desvantagem apenas circunstancial, que tende a ser superada com o natural aprimoramento da instituição.** Ademais, é pertinente ressaltar que a apuração de ilícitos criminais não deve ser uma atribuição exclusiva do Ministério Público – atuando este apenas quando, no caso concreto, outras formas de investigação não se revelarem mais eficientes -, de modo que não se deve exigir que suas estruturas de investigação correspondam às mesmas das polícias, a quem continua a ser confiada, de modo precípua, essa atividade.⁶²

Com efeito, ao realizar a análise das vantagens e desvantagens da investigação preliminar a cargo do Ministério Público, conclui-se que este configura o modelo menos problemático e mais próximo aos postulados do Sistema Acusatório, adotado pela Constituição Federal. Isso porque, nesse sistema, o Juiz atua como garante da investigação preliminar, estando plenamente separadas as funções de acusar e julgar, além de garantir a imparcialidade do Magistrado e todos os demais pontos positivos acima destacados.

3.2.2 – OBJETO E GRAU DE COGNIÇÃO

Conforme exaustivamente asseverado ao longo do presente trabalho, o objeto da investigação preliminar deve limitar-se aos fatos constantes da própria notícia-crime ou obtidos de ofício pelos órgãos de intervenção estatal. Isto é, o objeto deverá restringir-se ao *fumus commissi delicti*, que dá início à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase. Assim, a investigação deve ter por objetivo esclarecer o fato e a autoria, a serem apurados no curso das atividades investigativas, não sendo necessário que a autoria seja conhecida já no início dos trabalhos.

⁶² CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. Dissertação de Mestrado, 236 f. Faculdade de Direito de Vitória, 2006, p. 114. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp075353.pdf>>, acesso em 31.01.2016.

Em que pese o modelo atual não venha respeitando essa característica principal, é certo que a finalidade da investigação preliminar é servir como instrumento para a propositura de eventual ação penal pelo seu titular – o Ministério Público, nos casos em que a ação penal tiver natureza pública, ou pelo ofendido, nas hipóteses em que se tratar de ação penal privada. Em breve síntese, demonstra-se a principal característica da investigação preliminar: a sua instrumentalidade, vez que tem por finalidade fornecer subsídios ao titular da ação penal, e não a conclusão final quanto ao juízo de culpa do investigado, que apenas será analisado em eventual e futura ação penal.

Nesse ponto, importante destacar a distinção entre os diferentes níveis de grau de cognição que podem existir na investigação preliminar, consubstanciados nos conceitos de sumariedade e celeridade. Por sumariedade, entende-se uma limitação no grau de cognição, ao passo que celeridade diz respeito ao menor ou maior tempo com que devem ser praticados os atos em questão.

Em alguns sistemas, não há limitação do grau de cognição, o que transforma em plenária a fase de investigação preliminar, como no caso do modelo à cargo do Juiz Instrutor e, como tem sido com certa frequência no sistema à cargo da Polícia Judiciária, embora contrário ao seu propósito. Nestes, a fase pré-processual é plenária, no sentido de que se exige dessa fase verdadeira coleta exaustiva de todos os elementos de convicção, sem limitar-se ao fato e aos indícios de autoria⁶³.

Dessa forma, os elementos angariados na investigação preliminar nesses moldes constituem atos de prova, têm valor probatório e servem à fundamentação do julgador na fase processual, ocasião em que é possível realizar-se uma verificação desses materiais e, ainda, quando o julgador irá decidir sobre eventual condenação do investigado. Logo, nesses casos, a fase de investigação não constitui mera fase preparatória e instrumental para o processo penal, mas sim encerra um fim em si mesma, vez que fornece elementos definitivos para fundamentar a sentença, ficando a cargo da fase processual apenas a imposição de eventual sanção penal.

No que tange aos sistemas em que o grau de cognição é sumário, como se pretende na investigação preliminar no Brasil, o criminalista Aury Lopes Junior, um dos maiores expoentes nessa análise da busca pelo sistema ideal, ainda faz uma diferenciação entre limitação qualitativa e quantitativa, de forma que defende um

⁶³ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Op. Cit., p. 55.

sistema em que coexistam ambas as classificações. Assim sendo, é possível limitar a fase de investigação preliminar tanto quanto ao grau de cognição – sumário –, quanto no tocante ao tempo de duração da atividade. Assim, defende o autor:

A limitação qualitativa pode se operar em dois planos (vertical e/ou horizontal). No processo penal, entendemos que no *plano horizontal* está o campo probatório, ou seja, os dados acerca da situação fática descrita na notícia-crime e sobre os quais irá recair a atividade de averiguação e comprovação. Uma limitação dessa natureza impede o instrutor (juiz, promotor ou polícia) de analisar a fundo a notícia-crime, de comprovar de forma plena todos os elementos necessários para emitir um juízo de certeza sobre a materialidade e a autoria. No *plano vertical* está o direito, visto como os elementos jurídicos referentes à existência formal do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Logo, a limitação qualitativa significa que o instrutor está limitado a comprovar a verossimilhança do fato, isto é, a probabilidade do *fumus commissi delicti*. A antítese dessa cognição seria, no plano horizontal, a certeza sobre o fato, e no plano vertical, a certeza sobre a tipicidade, ilicitude e culpabilidade. (...)

A *limitação quantitativa* está refletida na adoção de um critério temporal, isto é, impor uma limitação temporal para a duração da instrução preliminar. Não se trata propriamente de sumariedade mas sim de celeridade, e a limitação da cognição resulta da restrição temporal e não das técnicas de sumarização horizontal e vertical.⁶⁴

Com efeito, a delimitação do objeto da investigação preliminar e do grau de conhecimento a ser obtido nessa fase constituem pontos essenciais para a definição do melhor sistema a ser adotado, para fins de solucionar-se a crise atual do modelo fundamentado no Inquérito Policial.

3.2.3 – FORMA DOS ATOS

Como se sabe, os atos praticados no âmbito do Direito Processual devem ser considerados de acordo com três critérios principais: (i) o lugar; (ii) o tempo; e a (iii) forma. No que tange à proposta do presente estudo de buscar possíveis soluções para o modelo em colapso de investigação atual, cumpre tecer algumas considerações quanto à forma dos atos praticados na investigação preliminar, posto que o lugar e o tempo não oferecem maiores dificuldades.

O primeiro dos problemas é definir o caráter obrigatório ou facultativo dos atos praticados nesse momento. Assim, a depender da relação condicional estabelecida

⁶⁴ LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 60-61.

entre a investigação preliminar e o exercício da ação penal em cada sistema, os atos de investigação poderão ser obrigatórios ou facultativos.

Há, ainda, a possibilidade de um sistema misto, em que a investigação preliminar seja obrigatória para delitos mais graves, e facultativa para os delitos de menor potencial lesivo. Esta parece ser uma opção interessante à realidade brasileira e, inclusive, já adotado na legislação pátria pela Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº. 9.099/95, em seus artigos 69 e 77⁶⁵.

Para além da definição quanto à obrigatoriedade ou não dos atos de investigação preliminar, é preciso mencionar que os atos nessa fase poderão ser produzidos sob a forma oral ou escrita. É certo que nesse momento processual deve se preferir pela forma escrita, para fins de preservar-se os atos nos estritos moldes em que foram produzidos, embora a forma oral confira maior proximidade entre as partes, devendo ser os depoimentos, por exemplo, na fase processual preferencialmente realizados sob a oralidade.

Entretanto, sem dúvidas, a decisão pelo processo ou pelo não processo será baseada nos elementos reduzidos a termo nos autos, sendo essa a finalidade da investigação preliminar, conforme já explanado no presente estudo. Uma investigação realizada apenas na forma oral só seria possível nos sistemas em que há uma fase intermediária para a realização de juízo de contraditório de pré-admissibilidade da acusação, para que o órgão jurisdicional pudesse ter contato direto com a prova.

Ainda quanto à forma dos atos praticados na investigação preliminar, deve-se definir também sobre a publicidade ou sigilo conferida aos atos praticados. Em geral, os sistemas costumam ser mistos, de forma a manter sob sigilo as investigações iniciais dos fatos criminosos noticiados ou as investigações sobre delitos de maior potencial lesivo e, nos demais casos, prevalece a publicidade dos atos – sobretudo a interna, para fins de proteger-se a própria investigação e a intimidade do investigado. Assim, o sigilo pode ser interno ou externo, total ou parcial, a depender da necessidade e interesse dos atos investigados praticados em cada sistema.

⁶⁵ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

Outra definição concernente à forma dos atos praticados na fase de investigação preliminar e essencial para fins de estruturar um sistema ideal, é quanto à eficácia probatória conferida pelos diferentes sistemas. Nesse contexto, o sistema pode definir se os atos produzidos na fase pré-processual serão atos de prova ou atos de investigação. Sobre esse tema, cumpre remeter ao Capítulo 2, intitulado “O valor probatório dos atos praticados na investigação preliminar – pontos controversos”, em que foi realizada análise minuciosa.

Nesse ponto, há clara distinção entre atos de investigação e atos de prova, divergentes por sua natureza jurídica e valoração que recebem no âmbito jurídico, embora possam ser originados das mesmas fontes e meios. Assim, os sistemas podem atribuir aos elementos amealhados pela investigação preliminar o valor de meros atos de investigação, de forma a impor limites à sua eficácia probatória para fins de formar um juízo de probabilidade, e não de certeza. Ou seja, não são direcionados à sentença, mas à *opinio delicti* do acusador, servindo para justificar ou não a admissão da acusação, além de servirem para fundamentação de medidas cautelares que se façam necessárias para a investigação.

Outros sistemas, por sua vez, podem conferir aos materiais produzidos na fase de investigação o valor de atos de prova, que, embora produzidos nessa fase preliminar, irão integrar os autos do processo a fim de fornecer elementos probatórios para a formação de um juízo de certeza pelo magistrado, podendo ser utilizados para fundamentar eventual sentença condenatória na fase processual.

Conclui-se, portanto, que a forma dos atos produzidos na investigação preliminar é aspecto que compreende enorme gama de detalhes e, conseqüentemente, acarreta problemas que devem ser analisados com atenção para que se estabeleça os contornos de um sistema ideal.

3.3 – CONTORNOS DE UM SISTEMA IDEAL

Como visto acima, o modelo atual de investigação preliminar adotado no Brasil está falido e carece de urgentes modificações, para que seja instrumento realmente eficaz e respeitador aos preceitos constitucionais e aos princípios de um sistema processual penal que se pretenda ser realmente acusatório. O sistema atual ainda tem traços marcantes que remontam ao sistema inquisitório, sendo realidade

absolutamente inadmissível para o processo penal brasileiro estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É imperioso que se proceda a mudanças legislativas e práticas em caráter urgente, para que a investigação preliminar atenda realmente ao seu caráter instrumental e retome a sua importância no contexto processual brasileiro. Assim, será restabelecido como procedimento útil e eficaz a todos os envolvidos – Acusação, Defesa e órgão julgador –, pautado pelas garantias constitucionais asseguradas aos acusados e pelos preceitos do sistema acusatório.

Desta feita, após a análise sistemática dos três elementos essenciais para a estruturação de um modelo de investigação preliminar, é possível perceber que não basta apenas definir a quem incumbirá o dever de conduzir a investigação para se obter um sistema ideal, é preciso determinar como serão os trâmites dessa investigação, bem como quais limites deverão ser impostos para que a fase pré-processual cumpra o seu objetivo de forma eficaz.

A partir desses três elementos básicos – sujeito, objeto e atos –, cumpre destacar os possíveis contornos de um sistema ideal para a realidade brasileira. Significa dizer: aquele com a menor quantidade de defeitos – já que nenhum é infalível – para que a investigação preliminar se desenvolva de forma mais eficiente e adequada aos postulados e fins do Direito Processual Penal Brasileiro, sempre se pautando pelas normas constitucionais e pelas garantias asseguradas aos acusados pela Carta Magna.

Como visto acima, o modelo mais coerente demonstra ser o que atribui ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, retirando-a do monopólio da Polícia Judiciária, que deve ser funcionalmente subordinada ao *Parquet*, titular da futura ação penal. Em que pese o modelo do Promotor-Instrutor receba importantes críticas e apresente desvantagens, ele é, sem dúvidas, o modelo que oferece menos defeitos e incongruências diante do sistema acusatório e das garantias previstas na Constituição Federal.

Aury Lopes Junior, em sua obra “Investigação preliminar no processo penal”, defende que este seria o sistema ideal e perfeitamente aplicável ao processo penal brasileiro. *In verbis*:

Esse é o sistema que consideramos mais próximo do ideal e que é perfeitamente aplicável em nossa atual realidade. Ninguém quer transformar o gabinete do promotor em delegacia de polícia, não é isso. O que se

pretende é que o MP possa exercer certo controle, uma fiscalização e até a direção da investigação quando o caso exigir, como sucede no sistema italiano da *indagine preliminare*. Só com a possibilidade de dar instruções gerais vinculantes à atividade policial, muitos dos problemas já estariam resolvidos. Contudo, ainda perdura a lacuna e o controle externo da atividade policial continua sem estar devidamente regulamentado.

A polícia judiciária somente se justifica como órgão auxiliar, destinado a apoiar aqueles que representam o Estado na administração da Justiça. Como tal, deve ser dependente, no plano funcional, dos juízes e promotores, que não só requisitam sua intervenção, mas que também dirigem sua atividade de polícia judiciária. Não existem motivos racionais para defender uma completa independência da polícia no desempenho de atividades de caráter judicial, pois o fundamento da sua existência está exatamente em atuar conforme e segundo a necessidade dos órgãos que administram a Justiça. Como se percebe, o inquérito policial tem sua razão de existência vinculada ao oferecimento de subsídios mínimos para o ajuizamento da ação penal ou para o arquivamento do inquérito. Toda e qualquer atividade investigatória que transborde esse limite constitui-se como excessiva e intromissiva.⁶⁶

Cumpra-se destacar que a experiência de países europeus ao adotar esse sistema tem sido exitosa e, no contexto atual, é a perspectiva que se vislumbra para a investigação preliminar no Brasil. A esse respeito, expõe Valter Foleto Santin, *in verbis*:

No cenário mundial é o Ministério Público quem detém o comando das investigações preliminares. Ele dirige ou supervisiona ou coordena as investigações criminais, com exemplos marcantes na Itália, Portugal, Alemanha, França, México, Colômbia, Peru, Paraguai, Japão e Coreia do Sul. O reforço da atuação do Ministério Público na investigação criminal, especialmente o encargo de dirigir a investigação com o auxílio da polícia, é uma tendência irreversível de toda América Latina, seguindo a orientação do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ilberro-América (arts. 68, 73, 246, 250 e 261). As reformas recentes de vários países da América (Paraguai, Bolívia, Chile, Província de Buenos Aires) concretizam esta nova postura processual.⁶⁷

A maior vantagem é a total compatibilidade entre o titular da ação penal e o responsável pela investigação preliminar, dada a própria natureza instrumental dessa fase pré-processual, direcionada à decisão pelo processo ou o não processo, isto é, como procedimento preparatório ao exercício da ação penal. Ademais, é certo que a realização de investigações se coaduna com as funções institucionais do Ministério Público e é decorrência de seu poder-dever de acusar.

Nesse ponto, interessante destacar o quanto aduzido por Lenio Luiz Streck e Luciano Feldes, a respeito do papel do Ministério Público como agente transformador da sociedade:

⁶⁶ LOPES JR., Aury. Op. Cit., 2014, pp. 246-247.

⁶⁷ SANTIN, Valter Foleto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, 2001, pp. 228-229.

No marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promovedora do Direito, próprias das fases do Estado Liberal e Social respectivamente, agrega-se a função de potencial transformação social. (...) Parece-nos claro que é nesse contexto político-constitucional que se procura conceber o Ministério Público nos diversos países do mundo. Fortalecido fica o Ministério Público porque se fortalece o Poder Judiciário, enquanto possibilidade de realização dos direitos fundamentais-sociais assumidos pelos textos constitucionais dirigentes e compromissários. A Constituição passa a figurar como remédio contra maiorias eventuais. No limite, políticas públicas arbitrariamente não implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo passam a ser exigíveis por intermédio de ações de índole prestacional. Nesse sentido, a principal instituição eleita pelo poder constituinte e autorizada a buscar essa intervenção da justiça constitucional é o Ministério Público, o que resulta claramente perceptível a partir da leitura do art. 127 e imediatamente seguintes da Constituição brasileira.⁶⁸

Para além disso, é bastante benéfico aos próprios fins pretendidos por essa fase processual conferir ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, vez que é instituição independente, que irá desenvolver investigação imparcial, além de ser detentora das mesmas garantias da Magistratura, e de já estar previsto na legislação brasileira⁶⁹ a sua participação no inquérito ou mesmo a realização de seu próprio procedimento administrativo de investigação. Exatamente a esse respeito, merece destaque o quanto aduzido por Eugênio Pacelli de Oliveira:

De se notar que a investigação empreendida pelo *parquet* não lhe impõe, previamente, determinada convicção. Ou seja, uma vez encerrada a investigação, tanto ele pode requerer o arquivamento, quanto o oferecimento de denúncia. Nada há que lhe condicione o agir, desta ou daquela maneira. Nesse sentido, se parcial fosse, tanto seria para o juízo negativo, quanto para o juízo positivo de acusação, o que parece suficiente a demonstrar a inexistência de parcialidade.⁷⁰

Nesse contexto, cumpre discorrer sobre a possibilidade legal de o Ministério Público realizar investigações de natureza penal por si mesmo, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Como visto anteriormente, o CPP não atribui exclusivamente à Polícia Judiciária a investigação, tampouco exclui outras autoridades administrativas que estejam autorizadas legalmente.

Assim, deve-se levar em conta o artigo 144, §1º, inciso I e §4º⁷¹, da Constituição Federal, que dispõe ser de competência das polícias federal e civil as

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17-18.

⁶⁹ Constituição Federal, artigo 129, incisos VI e VIII. Lei Complementar nº 75/93, artigos 7º e 8º. Lei nº 8.625/93.

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., 2014, p. 89.

⁷¹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Destaque-se que tais dispositivos não conferem exclusividade da função de Polícia Judiciária às Polícias Civil e Federal, inclusive porque quando o pretendeu, o legislador constitucional o fez expressamente. No plano ordinário, corrobora o entendimento o disposto no parágrafo único do artigo 4º do CPP, já destacado anteriormente.

Como é cediço, não é necessária a existência de previsão expressa que assegure a possibilidade de exercício de um direito, seja por órgão estatal ou por particulares. Desta feita, basta que a partir da interpretação dos dispositivos legais e constitucionais seja possível concluir-se pela possibilidade de tal exercício, com a respectiva fundamentação legal para o início de determinada atividade estatal.

Analisando-se a Constituição de 1988, percebe-se que esta outorgou diversos poderes ao Ministério Público, conforme dispõe o artigo 129, dentre elas a titularidade exclusiva da ação penal pública, o poder de expedir notificações em procedimentos administrativos, o exercício do controle externo da atividade policial – embora a lei não defina expressamente como seria esse controle – e o de requerer diligências investigatórias e instauração de Inquérito Policial. *In verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)**
- VI - expedir 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;**

Cumprido destacar que o artigo 129, inciso VI, acima transcrito, autoriza claramente ao Ministério Público a realização de instrução preliminar, considerada procedimento administrativo pré-processual, preparatório ao exercício da ação penal. Nesse sentido, os artigos 7º e 8º, da Lei Complementar nº 75/1993 e o artigo 26, da Lei Orgânica do Ministério Público – Lei nº 8.625/1993, por sua vez, também corroboram.

^{1º} A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Lei Complementar nº 75/1993:

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: (...)

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...)

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; (...)

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial.

Lei nº 8.625/1993:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - **instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:**

a) **expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos** e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) **requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades** federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) **promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades**, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - **requisitar informações e documentos a entidades privadas**, para instruir procedimentos ou processo em que officie; (...)

Assim, é certo que tais dispositivos legais e constitucionais autorizam o Ministério Público a realizar investigações, instaurando inquérito em seu âmbito interno para apuração de determinados crimes, desde que esteja evidenciada a hipótese de crime de ação penal pública incondicionada. O que ainda não está previsto em lei é a atribuição expressa do Ministério Público para assumir o comando das investigações preliminares, nos termos em que se sugere no presente estudo como solução à crise enfrentada pelo Inquérito Policial.

Para além disso, o Supremo Tribunal Federal recentemente firmou a sua jurisprudência no sentido de assegurar os poderes de investigação de natureza penal ao Ministério Público, senão vejamos:

(...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não

tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

Embora no Brasil o Ministério Público possa participar do Inquérito Policial, sendo possível requerer a sua instauração e a realização de diligências, isso não se mostra suficiente, como acima demonstrado. É necessário efetivamente confiar ao órgão ministerial a titularidade da investigação e, concretamente, que a Polícia Judiciária esteja a seu serviço, em atuação auxiliar. Deve competir também ao Ministério Público o controle externo da atividade policial – que carece de regulamentação legal –, vez que necessita dos meios necessários para realizar a investigação. Nesse ponto, Pacelli é assertivo:

Por óbvio, o que aqui se sustenta é que, se a última palavra acerca da existência de um fato criminoso é atribuída constitucionalmente ao Ministério Público, há de se lhe reservar também os meios para afirmar seu convencimento, sobretudo quando contrário àquele defendido pela autoridade policial.⁷²

Com a investigação preliminar a cargo do *Parquet*, é possível que esse órgão estabeleça instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito, de forma a atingir o seu objetivo⁷³. Todavia, isso não deve significar que a Polícia deva

⁷² Id. ibid., p. 88.

⁷³ Nesse ponto, acertadamente sugere Aury Lopes Junior: “As instruções gerais correspondem às grandes linhas da instrução preliminar, de forma genérica e abstrata, conforme os critérios de política criminal traçados pela instituição. Um dos maiores problemas que enfrenta o MP para acompanhar o IP é a falta de informação, mais especificamente, o fato de não canalizar a notícia-crime. Através das instruções gerais, o MP poderia, por exemplo, determinar que todos os Boletins de Ocorrência relacionados com determinados tipos de delito – crime organizado, homicídio, etc. – fossem imediatamente enviados à promotoria correspondente, para que definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse ab initio plena ciência da investigação. No segundo caso, o Ministério Público se reservaria o poder de intervir diretamente em um caso concreto, isto é, dando instruções específicas sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo a suas especiais circunstâncias.” (LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2000, pp. 64-65).

informar de imediato sobre tudo o que lhe é denunciado, tampouco que o Ministério Público se faça presente o tempo todo nas delegacias de polícia.

Tendo em vista que o Ministério Público já tem como missão prevista em lei o controle externo da atividade policial, é preciso estabelecer de que forma o órgão ministerial exercerá esse controle externo. Para a realização do modelo de investigação a cargo do órgão ministerial, deve-se suprir essa lacuna legal para definir como deverá se desenvolver a atividade policial em concerto com os interesses e intenções do Ministério Público enquanto titular da investigação, para que não se torne um modelo irracional e ineficiente.

Assim, interessante será desenvolver um modelo de controle dos fatos noticiados à Polícia, de forma a definir quais tipos de delito deverão ser levados ao conhecimento do Ministério Público de imediato para o estabelecimento das diretrizes investigativas a serem adotadas, e quais a Polícia poderá desempenhar uma espécie de procedimento padrão, previamente definido pelo órgão ministerial. Nos delitos de maior potencial lesivo, por certo, a presença do *Parquet* é essencial, cabendo-lhe maior grau de intervenção e controle da atividade desempenhada pelas autoridades policiais.

Ocorre que, como visto anteriormente, não basta atribuir a direção da investigação preliminar ao Ministério Público, estabelecendo limites e contornos para o desenvolvimento da investigação e para a atuação policial no inquérito a cargo do *Parquet*. Num modelo ideal, é igualmente essencial que se assegure a figura do “juiz garante” na investigação preliminar, para que atue como órgão imparcial e responsável pelo controle de legalidade dos atos de investigação pretendidos pelo Ministério Público, num sistema de controles recíprocos entre MP e Polícia, e MP e Juiz. Assim, assegura-se que a investigação será pautada pela legalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais assegurados ao sujeito passivo, além de evitar qualquer abuso de poder no curso da investigação.

Dessa forma, para evitar abusos de poder e violação a direitos fundamentais, imprescindível que o Promotor-Investigador dependa de autorização judicial – do juiz da instrução, o “juiz garante” – para proceder a determinadas medidas que impliquem a restrição de direitos fundamentais dos sujeitos passivos, como as cautelares reais e pessoais, conferindo eficácia e respeito às garantias constitucionais asseguradas ao acusado. Ademais disso, cabe ao juiz da instrução realizar o incidente de produção

antecipada de provas, autorizar medidas invasivas de investigação – como a quebra de sigilo telefônico e de dados –, e outros.

Nesse sentido, a atuação do juiz na fase de investigação preliminar deve ocorrer apenas quando solicitada pelos interessados, isto é, para fins de exercer o controle jurisdicional dos atos investigatórios e para decidir sobre eventuais situações de conflito entre investigador e investigado. Exatamente a esse respeito, corrobora o posicionamento do ex-Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles:

Não seria, como bem coloca o Prof. Aury Celso Jr., juiz de instrução, mas juiz da instrução. Vale dizer, o Magistrado, em plenitude, exerce o que lhe é próprio exercer: o controle jurisdicional dos atos investigatórios, pelos procedimentos de provocação dos interessados. Assim: deliberaria sobre pleito pelo trancamento da investigação preliminar; sobre busca e apreensão; sobre escuta telefônica; sobre excesso de prazo na conclusão da investigação; sobre liberdade provisória; sobre concessão de fiança; enfim sobre todas as situações que signifiquem o decidir sobre o que possa ser conflitivo entre investigador e investigado.⁷⁵

Desta feita, para além do respeito às garantias processuais e da observância aos princípios que permeiam o processo penal, é preciso que exista uma relação real e transparente de paridade de armas entre defesa e acusação, bem como a essencial e concreta separação entre as funções de acusar julgar. Ainda mais imprescindível é a exclusão da competência por prevenção do juiz garante, por evidente comprometimento de sua imparcialidade.

No Brasil, atualmente, ocorre exatamente o contrário: o juiz da instrução é prevento para o julgamento da causa, o que configura patente e absurda contradição lógica. A esse respeito, o renomado jurista Luigi Ferrajoli afirma que a "*garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa*"⁷⁶. Assim, o modelo do Promotor-Investigador é o único que oferece tal possibilidade, assegurando a real concretização do sistema acusatório e, conseqüentemente, é o mais adequado ao Processo Penal Brasileiro.

Para além desses pontos, é preciso definir a situação jurídica do sujeito passivo da investigação preliminar para a construção de um modelo ideal. O atual Código de Processo Penal não traz determinações concretas nesse sentido, abstendo-se de determinar quando será o início dessa situação, bem como os moldes em que o cidadão deve assumir essa qualidade e os direitos e deveres que lhe

⁷⁵ FONTELES, Cláudio Lemos. Op. Cit., p. 61.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 455.

incumbem nessa circunstância. Tal lacuna legislativa ocasiona constantes confusões sobre a situação jurídica do indiciado e acarreta graves prejuízos para a sua Defesa, tanto pessoal, quanto técnica⁷⁷.

A legislação ainda é tímida nesse ponto. Cumpre destacar a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, que assegura aos defensores dos acusados e aos investigados, acesso amplo a todo o material investigatório que possa dizer respeito ao exercício do direito de defesa pelo investigado, senão vejamos:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Ora, ao editar a Súmula Vinculante nº 14, o STF foi muito claro quanto ao seu objetivo, tendo mencionado expressamente que o sigilo das investigações é inoponível ao advogado de um dos acusados/investigados, conforme, inclusive, jurisprudência reiterada dessa Corte Suprema que deu origem à edição do verbete sumular. Durante os debates que culminaram na aprovação da Súmula, os Ministros dessa Egrégia Corte demonstraram justificada preocupação com a oposição de sigilo de investigações aos advogados dos investigados, chegando a afirmar, inclusive, que tal argumento representaria afronta direta ao Estado Democrático de Direito e a seus mais fundamentais princípios.

Nesse sentido, vejamos trecho da manifestação do Exmo. Ministro Menezes Direito naquela assentada:

“Eu vou pedir licença ao eminente Subprocurador-Geral apenas para fazer uma observação no sentido de que não creio, sob nenhum ângulo, que se possa dizer que a aprovação da súmula significa um obstáculo à tutela penal a ser exercida pelo Estado, porque, **quando esta Suprema Corte, em diversas oportunidades, assegura o amplo acesso dos advogados aos autos da investigação, ela está no pressuposto de que essa investigação se dá no campo de uma sociedade democrática, e uma sociedade democrática, pelo menos na minha compreensão, é incompatível com qualquer ato de investigação que seja sigiloso, que corra à revelia, que não se dê ciência àquele interessado para que ele possa produzir a sua defesa e até mesmo matar, no nascedouro, qualquer tipo de investigação que possa ter nascido, e muitas vezes Vossa Excelência sabe que nasce, por denúncia anônima.**”

⁷⁷ A esse respeito, critica Aury Lopes Jr.: “Enfim, reina a mais absoluta incerteza, em inequívoco detrimento da sua situação jurídica, do seu status libertatis e da sua própria dignidade pessoal. São graves os prejuízos para a defesa, tanto pessoal como técnica. Isso tudo sem falar na aberração jurídica de alguém ser acusado sem antes haver sido formalmente imputado. Ou ainda, o que é pior, o sujeito passivo comparece ante a autoridade policial na situação de testemunha, quando deveria fazê-lo na condição de imputado, com todas as garantias inerentes a essa figura. Isso é uma repugnante práxis policial, que, aliada à lacuna legal, deve ser abolida.” (LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, p. 407.)

(...)

Gostaria de vencer esse argumento com outro, pelo menos como ponderação. É que, neste caso, **se trata de um direito substantivo do exercício do direito de defesa**, ou seja, numa palavra, trata-se de assegurar especificamente ao advogado a defesa do seu constituinte pelos meios próprios, um direito que está inserido na cláusula fundamental do art. 5º. E, por este motivo, na reiteração dos pronunciamentos da Corte Suprema, seria razoável que se avançasse para consolidar esta posição no sentido de vincular-se a posição da Suprema Corte a esta específica manifestação **de assegurar aos advogados o direito de amplo acesso aos autos de qualquer investigação.**” (HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006)

Foram no mesmo sentido os apontamentos do Exmo. Ministro Celso de Mello naquela oportunidade:

“Como anteriormente já assinali em outras decisões (HC 87.725/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.767-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), a proposta ora em exame põe em evidência situação impregnada de alto relevo jurídico-constitucional, consideradas as graves implicações que o regime de sigilo – necessariamente excepcional – impõe ao exercício, em plenitude, do direito de defesa e à prática, pelo Advogado, das prerrogativas profissionais que lhe são inerentes (Lei nº 8.906/94, art. 7º, incisos XIII e XIV).

(...)

Não custa advertir, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida no âmbito desta Suprema Corte (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que o respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário.

(...)

Impende destacar, de outro lado, precisamente em face da circunstância de o indiciado (e com maior razão, o réu em juízo criminal) ser, ele próprio, sujeito de direitos, que o Advogado por ele regularmente constituído tem direito de acesso aos autos da investigação (ou do processo) penal, não obstante em tramitação sob regime de sigilo, considerada a essencialidade do direito de defesa, que há de ser compreendido – enquanto prerrogativa indisponível assegurada pela Constituição da República – em perspectiva global e abrangente. (HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006)

O que se verifica, então, é que o STF, no momento em que editou a Súmula Vinculante nº 14, consignou expressamente não ser oponível ao advogado do investigado o argumento de que a investigação seria sigilosa, sob pena de malferir inclusive os princípios mais básicos do Estado Democrático de Direito. Aliás, a própria edição da Súmula teve como mote a situação concreta de se negar aos advogados acesso aos autos de investigações mantidas sob sigilo, hipótese essa que o STF já vinha considerando inconstitucional e abusiva mesmo antes da edição do verbete vinculante.

Para além disso, deve-se mencionar recentes e benéficas inovações trazidas pela Lei nº 13.245/2016, aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2015. Referido normativo legal altera o artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) justamente para garantir ao advogado a possibilidade de ter acesso a todos os documentos de uma investigação, sejam físicos os digitais, mesmo que ela ainda esteja em curso.

No referido ordenamento, foi estabelecida também a responsabilização penal, por abuso de poder, da autoridade que impedir o legítimo acesso do advogado às peças de investigação sob sua responsabilidade, com o intuito de prejudicar o exercício da defesa. Destaque-se que tal determinação legal vale para as Delegacias de Polícia e, obviamente, abrange o acesso a outras instituições que realizem investigações similares, como o Ministério Público. Senão vejamos:

Art. 7º São direitos do advogado: (...)

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

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

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

Ademais, o teor da Súmula Vinculante nº 14 e do Estatuto da OAB só permite que se negue ao advogado acesso aos autos de diligências investigatórias em curso que ainda não tenham sido documentadas nos autos, impedindo que todos os outros elementos já constantes do processo sejam sonegados aos patronos dos investigados. Entretanto, a realidade atual é de recorrentes desrespeitos a esses preceitos legais, de forma que os órgãos estatais envolvidos nas investigações – Delegacias de Polícia, Ministério Público, e varas criminais em geral – chegam a negar a simples possibilidade de que os acusados tenham conhecimento dos fatos a seu respeito que estejam sob investigação.

Por certo, ao prejudicar o exercício do direito de defesa do acusado, é evidente a violação aos preceitos constitucionais do Direito de Defesa e do Contraditório, assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Trata-se de situação, infelizmente, rotineira no sistema de investigação adotado pelo Brasil de forma que a mudança, prática e normativa, é imperiosa para garantir-se o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, como visto no Capítulo 2 do presente estudo.

Em que pese não seja possível assegurar-se ao acusado o pleno Direito ao Contraditório na fase pré-processual, em razão da própria natureza da investigação, é preciso que haja um contraditório mínimo, garantindo a concreta participação do sujeito passivo em determinados atos, mormente quando o sigilo interno da diligência não seja necessário.

Nesse ínterim, Aury Lopes Junior⁷⁹ sugere que, num modelo ideal de investigação preliminar, devem estar presentes outras garantias mínimas, além daquelas constitucionalmente asseguradas, tais como:

- (i) a comunicação imediata da existência de uma imputação, em que deverá constar breve síntese, e a convocação do imputado, em determinada qualidade ali definida – investigado, testemunha, etc. – para comparecer frente ao titular da investigação;
- (ii) o direito ao silêncio e de indicar provas e requerer diligências;
- (iii) a concreta publicidade – interna ou externa – dos atos de investigação já praticas, sendo o sigilo interno excepcionalidade cabível apenas no início e durante a realização da diligência;
- (iv) o direito de participar ativamente da produção antecipada de provas e, no caso das provas técnicas irrepetíveis, poder apresentar quesitos e conhecer os resultados;
- (v) a necessidade de um juízo de pré-admissibilidade da acusação, presidido pelo juiz da instrução, em que seja assegurado o direito ao contraditório e à defesa;
- (vi) o limitado valor probatório conferido aos materiais produzidos durante a investigação preliminar, sendo apenas atos de investigação, com função endoprocedimental e que não devem integrar os autos do

⁷⁹ Id. *ibid*, pp. 407-409.

processo, a fim de evitar a contaminação do julgador – à exceção dos casos em que seja imprescindível a produção antecipada de provas.

Com efeito, é certo que a investigação a cargo do Ministério Público não está imune a falhas e desvantagens, como destacado em tópico anterior. Entretanto, ao realizar-se o cotejo entre os pontos positivos e negativos desse sistema, conclui-se que este é o modelo menos problemático e mais próximo aos postulados do Sistema Acusatório, de forma que se consubstancia no modelo mais adequado ao Direito Processual Penal Brasileiro.

Ultrapassados esses pontos iniciais, urge que se delimite o objeto da investigação para estruturar-se um modelo apto a solucionar a crise do Inquérito Policial. Nesse ponto, a investigação deverá ser sumária e restrita à atividade mínima para averiguação dos fatos e autoria, isto é, deve ser limitada à formação do *fumus commissi delicti* essencial para a formação da opinião do órgão acusatório quanto ao processo ou o não processo⁸⁰. O posicionamento de Valter Santin corrobora:

O trabalho investigatório prévio é secundário, destinado a proporcionar informações sobre a autoria e materialidade e para permitir o oferecimento de denúncia criminal pelo Ministério Público e o seu recebimento pelo juiz criminal, para início da ação e instrução penal.⁸¹

Por consequência, na investigação preliminar não deve se pretender grau de conhecimento aprofundado do objeto, tendo em vista a característica preponderante de ser procedimento instrumental e preparatório em relação ao processo penal, aliada à fase intermediária contraditória acima sugerida. Isso significa que o grau de conhecimento deve ser limitado, para que essa fase pré-processual seja realmente sumária, em razão de intentar a busca por um juízo de verossimilhança, e não de certeza, reservado à fase processual.

Deve-se ater à necessidade de limitar também temporalmente a investigação preliminar, para que essa fase seja concretamente sumária e evite-se a produção de atos de investigação inúteis aos propósitos dessa fase. Assim, tal definição deve ser feita levando-se em conta os diferentes casos de indiciado solto ou preso. Interessante seria haver também uma imposição para que o órgão acusatório se manifestasse pelo

⁸⁰ Id. ibid, pp. 96-97.

⁸¹ SANTIN, Valter Foletto. *A legitimidade do Ministério Público no Processo Penal*. Disponível em <http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/av2_legmp.htm>, acessos em 25.01.2016.

processo ou não processo dentro desse prazo, sob pena de que os atos de investigação praticados não possam ser utilizados em posterior ação penal.

No que tange à necessidade de se definir quanto a obrigatoriedade dos atos de investigação, é preciso ter em mente que, no Brasil, a investigação preliminar configura condição para o exercício da ação penal e uma garantia assegurada a todos e, em especial, ao sujeito passivo, para que se evite processos infundados e descabidos, bem como acusações sem investigação prévia. É certo que não se pode admitir um processo sem prévia investigação, mormente nos sistemas que não compreendem uma fase intermediária para a realização de juízo contraditório de pré-admissibilidade da acusação, como o é atualmente o sistema brasileiro⁸².

Entretanto, em que pese seja absolutamente inaceitável, o modelo atual adotado no Brasil admite a acusação direta, sem a existência de um inquérito prévio e, muito menos, que o indiciado seja sequer ouvido pela autoridade investigadora. Nesse ínterim, incumbe ao órgão jurisdicional a relevante missão de decidir pela admissão ou não da denúncia direta.

Tal situação não se coaduna com os preceitos adotados pelo sistema processual penal brasileiro, de forma que, nesse ponto, o sistema mais adequado à nossa realidade parece ser o sistema misto, em que os atos de investigação sejam obrigatórios para os delitos mais graves, e facultativos para os delitos de menor potencial lesivo, em nome da eficácia e celeridade da resposta estatal ao fato criminoso noticiado.

Por óbvio, a forma escrita deverá predominar nessa fase pré-processual, embora devam ser também admitidos – e assim é desejado que seja – os atos orais, que conferem relação mais íntima entre os envolvidos e o órgão incumbido de conduzir a investigação.

Quanto ao binômio sigilo/publicidade dos atos praticados nessa fase preliminar, em nome da eficácia da investigação e do respeito à intimidade e imagem do indiciado, a regra deve ser o sigilo externo dos atos. A esse respeito, ensina o jurista Rogério Tadeu Romano, Procurador Regional da República aposentado:

Na verdade, o sigilo do inquérito deve ser considerado no estritamente necessário ao êxito das investigações e à preservação da pessoa do investigado, objetivando desgastar a imagem do quem deve ser tratado como presumivelmente inocente. Bem disseram Nestor Távora e Rosmar

⁸² LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, p. 412.

Rodrigues Alencar (Curso de direito processual penal, 7ª edição, 2012, pág. 106) que “objetiva-se assim o sigilo aos terceiros estranhos à persecução e principalmente à imprensa, no intuito de serem evitadas condenações sumárias pela opinião pública, com a publicação de informações prelibatórias, que muitas vezes não se sustentam na fase processual”.⁸⁴

Entretanto, em situações excepcionais pode-se admitir também o sigilo interno, para garantia da eficácia dos atos investigativos levados a cabo pela autoridade responsável. Todavia, tal situação deve ser evitada ou limitada no tempo, além de ser cabível apenas em determinadas situações em que seja imprescindível. Isso porque viola, em última análise, os postulados do garantismo penal, devendo ser decretado somente mediante prévia solicitação do Ministério Público⁸⁵.

Outra definição concernente à forma dos atos praticados na fase de investigação preliminar e que deve ser previamente definida para fins de estruturar um sistema ideal, é quanto à eficácia probatória conferida pelos diferentes sistemas. Sobre esse tema, cumpre remeter ao Capítulo 2, intitulado “O valor probatório dos atos praticados na investigação preliminar – pontos controversos”, em que foi realizada análise minuciosa. Em breve síntese, a eficácia probatória dos atos na fase pré-processual deve ser limitada, de forma a assumir apenas função endoprocedimental, configurando atos de investigação para o cumprimento do objeto da própria investigação preliminar.

Imperioso destacar que, no sistema de investigação preliminar adotado no Brasil, o que vem ocorrendo com certa frequência é o grave desvirtuamento dos elementos obtidos nessa fase pré-processual, transformando-a na própria instrução definitiva, que apenas deveria ocorrer na fase processual, mediante os requisitos formais estabelecidos em lei e às garantias constitucionais.

Nesse ponto, o Procurador Regional da República Bruno Calabrich expõe em sua dissertação de mestrado os prejuízos dessa prática, *in verbis*:

O grande prejuízo que isso acarreta é o abarrotamento acachapante de trabalho das autoridades policiais e, dados os naturalmente limitados meios de que dispõe, a inefetividade e a morosidade das investigações, predestinandoas ao arquivamento, pela pobreza do conjunto probatório (preliminar) – conquanto exaustivo -, ou à prescrição - dada a necessidade de sua repetição em juízo.⁸⁶

⁸⁴ ROMANO, Rogério Tadeu. *Sigilo interno e sigilo externo das investigações*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/36977/sigilo-interno-e-sigilo-externo-das-investigacoes>>, acesso em 25.01.2016.

⁸⁵ LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, p. 413.

⁸⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Op. Cit., p. 55.

Cumpra fazer referência também à produção antecipada de provas, que configura instituto processual em que se permite a produção de uma prova durante a fase de investigação, com observância aos requisitos formais e às garantias constitucionalmente asseguradas, em razão da impossibilidade de se repetir o ato durante a fase processual⁸⁷.

Levando-se em consideração que a forma dos atos é dos pontos mais problemáticos para a configuração de um sistema de investigação ideal, faz-se mister conferir maior destaque à necessidade de definir-se a eficácia probatória dos atos produzidos durante a fase de investigação preliminar, justamente em razão da ampla liberdade de forma que são produzidos e de seu caráter eminentemente instrumental e endoprocessual. Ademais disso, o caráter instrumental dessa fase pré-processual deve ser também ressaltado, inclusive para evitar-se eventual confrontação entre os elementos angariados nesse momento e as provas produzidas durante a posterior fase de instrução processual.

Como visto, trata-se de tema bastante complexo, sobre o qual pretende-se apenas esboçar os contornos de um sistema de investigação preliminar ideal à realidade brasileira, conforme ensinamentos de Aury Lopes Junior – principal crítico do modelo atual e marco teórico utilizado no presente estudo – apoiado por outros doutrinadores, para fins de buscar possíveis soluções para crise vivenciada pelo inquérito policial. A esse respeito, Cláudio Fonteles é assertivo: “*a tramitação da investigação preliminar deve acontecer direta e desburocratizadamente entre Ministério Público e Polícia de Investigação*”⁸⁹.

Nesse contexto, importante mencionar a grande quantidade de renomados juristas brasileiros que corroboram o quanto a atribuição investigatória do Ministério Público, segundo destacado por Bruno Calabrich em sua dissertação de mestrado:

Por sua vez, afirmam a atribuição investigatória do Ministério Público: Hélio Tornaghi, José Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, Hugo Nigro Mazzilli, Lenio Luiz Streck, Luciano Feldens, Valter Foletto Santin, Marcellus Polastri Lima, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Alexander Araújo de Souza, Rodrigo Régner Chemin Guimarães, Flávio Meirelles Medeiros, Aury Lopes Júnior, Carlos Frederico Coelho Nogueira, Guilherme Soares Barbosa, José Fernando Marreiros Sarabando, Luiz Carlos Dos Santos Gonçalves, Márcio Luíz Chila Freysbelen, Aloísio Firmo Guimarães Dasilva, Maria Emília de

⁸⁷ Sobre esse tema, Aury Lopes Jr. ensina: “O inquérito, por ser um procedimento pré-processual administrativo, está caracterizado por um alto grau de “liberdade de forma” e, por isso, é inidôneo para proporcionar resultado probatório, até porque ele representa o predomínio do poder e da força sobre a razão, algo absolutamente inadmissível em um Estado de Direito que aspira a um moderno processo penal” (LOPES JR, Aury. Op. Cit., 2014, p. 415)

⁸⁹ FONTELES, Cláudio Lemos. Op. Cit., p. 61.

Moraes de Araújo, Paulo Fernando Corrêa, Edison Miguel Da Silva Júnior e Paulo Gustavo Guedes Fontes (TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 13-25). A essa lista, acrescentamos: Eugênio Pacelli de Oliveira, Fernando Capez, Paulo Rangel, Carlos Henrique Bezerra Leite, Marcos Kac, José Eduardo Sabo Paes, Denise Neves Abade, Flávio Eduardo Turesi, Cláudio Lemos Fonteles, Nicolao Dino, Valtan Furtado, Gláucia Maria da Costa Santana, Eder Segura, Antônio de Padova Marchi Júnior, Carolline Scofield Amaral, Marcelo Lessa Bastos, Manuel Sabino Pontes, Rômulo de Andrade Moreira, Guilherme Costa Câmara e Clèmerson Merlin Clève.⁹⁰

A partir de análise sistemática entre os principais elementos – órgão encarregado, objeto da investigação e forma dos atos – concluiu-se ser o modelo do Promotor-Instrutor o mais adequado e, como dito, o que oferece menor índice de desvantagens, considerando-se o sistema processual penal como um todo.

Isso porque, no sistema ora sugerido, o próprio órgão acusador é incumbido de realizar a investigação, havendo controle recíproco entre MP e Polícia, e MP e Juiz, de forma que o Magistrado atue como garante da investigação preliminar. Desta feita, concretamente separadas as funções de acusar e julgar, além de garantir-se a imparcialidade do julgador e a maior proximidade à estrutura dialética do processo, embora sejam necessárias algumas exceções aos princípios da publicidade e do contraditório em nome do próprio interesse da investigação.

Por todo o exposto, esse demonstra ser o modelo mais próximo aos preceitos de um sistema acusatório e garantidor dos direitos fundamentais do acusado previstos na Constituição Federal.

⁹⁰ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Op. Cit., p. 107.

CONCLUSÃO

O tema abordado no presente estudo é bastante complexo e, por certo, o assunto não se esgota aqui. Pretendeu-se fazer uma análise ampla da problemática envolvendo o atual modelo de investigação preliminar adotado no Brasil, abordando como é a sua estrutura atual, os problemas envolvidos e o porquê de se falar tanto na “crise do Inquérito Policial”, abordando-se possíveis soluções para essa falência do atual sistema.

Como exhaustivamente asseverado ao longo do presente trabalho, a investigação preliminar é fundamental e indispensável para o processo penal, de forma que é necessário lhe atribuir *status* de condição *sine qua non* para o exercício da ação penal sobre delitos de maior potencial lesivo. Ademais, esta é a realidade do Estado Democrático de Direito em seu viés moderno, estruturado em princípios, direitos e garantias inegociáveis à condição humana presentes nas esferas constitucionais legais.

Todavia, restou comprovado que, em que pese seu caráter essencial ao Processo Penal, no Direito Brasileiro a investigação preliminar, consubstanciada principalmente no Inquérito Policial, vem perdendo considerável espaço, sendo por vezes posta em segundo plano, em razão da crise enfrentada por esse sistema em que a investigação está a cargo da Polícia Judiciária. A crítica é consenso: o Inquérito Policial, em seu formato atual, não serve ao Ministério Público, tampouco ao Juiz e, muito menos, à Defesa do sujeito passivo no âmbito do processo penal brasileiro.

Nesse ínterim, analisou-se a estrutura do Inquérito Policial, abordando-se as origens, suas principais características e como ocorre a atuação dos principais órgãos estatais envolvidos: a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Magistrado, além de pontuar críticas em alguns pontos desse modelo de investigação preliminar.

No Capítulo 2, por sua vez, foi feita análise a respeito de pontos polêmicos na doutrina e jurisprudência a respeito de elemento crucial para o adequado desenrolar do processo penal: o valor probatório que deve ser conferido aos atos praticados nesse momento em eventual processo penal.

A esse respeito, importante destacar a inarredável necessidade de observância às garantias constitucionais asseguradas ao acusado, que devem

permeiar todo o processo penal, com especial ênfase ao momento da produção de provas. Isso porque se trata de momento essencial para o deslinde da controvérsia, mormente se considerarmos o fato de que a “busca pela verdade real” não passa de uma ficção jurídica criada por parte da doutrina.

A partir dessa análise, foi possível concluir que o Código de Processo Penal não confere qualquer presunção de veracidade aos atos praticados e aos elementos angariados durante o Inquérito Policial – que são apenas atos de investigação – e, ainda, que não há que se admitir a existência do chamado Princípio da Busca pela Verdade Real. Ademais disso, afirmou-se a necessidade de observância ao caráter instrumental da investigação preliminar, de forma que os dados obtidos durante essa fase devem acompanhar a denúncia ou queixa, nos termos do artigo 12, do CPP, apenas e tão somente para justificar a necessidade de proceder-se ao processo ou não processo, e o próprio recebimento da acusação.

Nesse contexto, destacou-se o incidente de produção antecipada de provas, sua finalidade e relevância tanto para a investigação preliminar, quanto para o processo penal. Assim, demonstrou-se que, embora os elementos coligidos no Inquérito Policial tenham limitado valor probatório, em alguns casos, é impossível que se aguarde a ação penal para a produção de provas, sob pena de graves prejuízos ao sujeito passivo e à própria solução da lide.

Nessas situações excepcionais, a solução encontrada pelo ordenamento jurídico é fornecer ao Inquérito Policial os subsídios e requisitos existentes na estrutura do processo penal, com as garantias fundamentais asseguradas aos sujeitos, para que se produza as provas antecipadamente, através do incidente de produção antecipada de provas, justificado pela relevância da prova pelo fundado receio de provável perecimento.

Por fim, no Capítulo 3, abordou-se as insatisfações criadas pelo atual modelo de investigação preliminar adotado pelo Processo Penal Brasileiro, demonstrando-se que o sistema corrente não é eficiente aos propósitos do Sistema Acusatório e à própria persecução penal. Ora, tendo em vista que o Inquérito Policial vem recebendo críticas de todos os entes envolvidos na persecução penal – Acusação, Defesa e Julgador – é certo que vive profunda crise, sendo imperioso que se realizem mudanças práticas e legislativas, a fim de assegurar a existência e a realização dos objetivos da essencial fase preliminar de investigação.

Desta feita, foi realizada análise sistemática dos três elementos primordiais à investigação preliminar: (i) o órgão encarregado de realizar a instrução preliminar (sujeito); (ii) os fatos narrados na *notitia criminis* ou obtido *ex officio* pelos órgãos de investigação estatal (objeto); (iii) e a forma dos atos que constituem a investigação preliminar propriamente dita. Assim, a partir dessa análise sistemática, foi possível viabilizar possíveis alternativas para solucionar a grave falência do modelo de investigação preliminar consubstanciado no Inquérito Policial.

A realidade vivenciada pelo Inquérito Policial atualmente é de procedimento moroso, ineficaz, realizado não para chegar-se ao mero *fumus commissi delicti* – necessário à decisão pelo processo ou pelo não processo –, mas sim para obter a condenação do investigado a qualquer custo, principalmente dos investigados de perfil típico “visado” pela Polícia Judiciária, como visto anteriormente. Dessa forma, o que tem ocorrido é, em verdade, a própria produção de provas, em flagrante desrespeito às garantias constitucionais dos acusados e às normas processuais, para além da absurda prevenção do juiz que atua nesse momento preliminar para julgar a causa.

Como principal mudança, concluiu-se pela necessidade de atribuir ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de forma que restou demonstrado ser este o modelo que oferece a menor quantidade de defeitos, posto que nenhum se mostrou infalível. Conforme explanação e estudo sistemático feito no tópico “Contornos de um sistema ideal”, este é o sistema que confere maior eficiência à investigação preliminar, além de estar em consonância aos postulados e fins do Direito Processual Penal Brasileiro, pautado pelas normas constitucionais e pelas garantias asseguradas ao acusado na Constituição Federal.

A maior vantagem é a total compatibilidade entre o titular da ação penal e o responsável pela investigação preliminar, justamente em razão de seu caráter sumário e instrumental, além de assegurar a sincronia da atuação do órgão ministerial com os atos de investigação realizados pelas autoridades policiais. Entretanto, para a consolidação desse sistema, é imprescindível que a Polícia Judicial esteja subordinada funcionalmente ao Ministério Público, e, conseqüentemente, que se estabeleça diretrizes para realizar o controle externo da atuação policial, sob pena de tornar-se um sistema igualmente ineficiente e moroso.

Sem dúvidas, definir o órgão a quem incumbe a direção da investigação preliminar é o ponto de partida para se desenhar os contornos de uma possível solução para a crise enfrentada pelo atual sistema de investigação preliminar.

Contudo, é igualmente importante definir a quem incumbe o controle suprapartes dessa atividade investigativa, isto é, como deverá ocorrer a atuação do Juiz Garante. Sobre esse tema, importante consignar mais uma vez a evidente necessidade de determinar-se causa de exclusão da prevenção ao juiz garante, por razões óbvias, a fim de assegurar a imparcialidade do julgador e as garantias de ampla defesa do investigado.

Assim, é fundamental que o Juiz Garante realize o controle de legalidade dos atos de investigação, sobretudo aqueles que impliquem em restrições de direitos fundamentais, a fim de evitar abusos de poder e violação a direitos fundamentais e, também, para decidir sobre demais situações conflitivas entre o órgão investigador e os investigados – como o pedido de trancamento da investigação, liberdade provisória, e etc. – atuando apenas quando for solicitado pelos interessados.

Desta feita, em que pese o modelo do Promotor-Instrutor receba importantes críticas e apresente desvantagens, ele demonstra ser o modelo que oferece menos defeitos e incongruências diante do sistema acusatório e das garantias previstas na Constituição Federal. Sendo assim, as falhas apontadas ao longo do Capítulo 3 a esse modelo devem servir para induzir a reflexão sobre possíveis soluções, a fim de alcançar-se um modelo de investigação preliminar realmente ideal.

Ademais disso, a experiência vivenciada pelo Inquérito Policial demonstra ser imprescindível também a efetiva delimitação quanto ao objeto da investigação, tanto qualitativa, como quantitativamente. Por certo, este deverá restringir-se à averiguação dos fatos e autoria, a fim de formar o *fumus commissi delicti* essencial para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público quanto ao processo ou ao não processo. É preciso definir também os limites temporais para a investigação, a fim de que seja fase verdadeiramente sumária e de cognição limitada.

Se assim não for, a realidade de milhares de casos que se arrastam anos após anos nas delegacias de polícia permanecerá sem solução, configurando inquéritos intermináveis e que realizam muito além da atividade mínima necessária à formação da *opinio delicti* do órgão acusador. Com uma investigação preliminar concretamente limitada cognitivamente, não haverá mais a necessidade de repetição das provas durante a fase processual. Pelo contrário: serão produzidos atos de investigação e atos de provas nas respectivas e apropriadas instâncias, com o tão almejado – e distante, no momento – respeito às garantias e direitos fundamentais dos acusados.

Quanto à forma dos atos é importante destacar a questão do valor probatório e a necessidade de limitação da eficácia probatória dos atos produzidos durante a investigação preliminar – ressalvados aqueles produzidos em incidente de produção antecipada de provas. É imprescindível que tais aspectos sejam delimitados preliminarmente, em razão da liberdade de forma com que são produzidos e, principalmente, da característica essencial dessa fase pré-processual: a instrumentalidade.

A partir dessa limitação, será possível evitar a tão comum valoração, em sede de sentença, dos materiais produzidos durante a investigação preliminar em cotejo com as provas produzidas na fase de instrução judicial. Trata-se de prática de mera “encenação”, recorrente no modelo atual e que acaba por permitir a condenação com base em atos de investigação, meramente ratificados durante a fase de instrução judicial.

Outrossim, a realidade experimentada no Inquérito Policial de constantes abusos de poder e violação dos direitos dos acusados mostra a premente necessidade de se definir a situação jurídica do sujeito passivo da investigação preliminar, e que direitos e deveres lhe incumbem nesse momento. Essa omissão legislativa tem ocasionado frequentes confusões e violações ao Direito de Defesa.

Após a análise sistemática dos três elementos essenciais para a estruturação de um modelo de investigação preliminar, concluiu-se que não basta apenas definir a quem incumbirá o dever de conduzir a investigação para se obter um sistema ideal, é preciso determinar como serão os trâmites dessa investigação, como será a atuação da Polícia Judiciária, bem como estabelecer limites para que a fase pré-processual cumpra o seu objetivo de forma eficaz.

Embora seja realidade bastante distante no Direito Brasileiro, o sistema sugerido no presente estudo, em que o próprio órgão acusador é o responsável por realizar a investigação preliminar, demonstra ser o mais adequado aos postulados de um sistema processual penal que se pretende concretamente acusatório. É, como dito, o modelo que oferece menor índice de falhas e contradições. Estando realmente separadas as funções de julgar e acusar, garante-se a imparcialidade do órgão julgador, o respeito às garantias constitucionais do acusado – em especial, o direito de defesa e a um contraditório mínimo – e, com isso maior proximidade à estrutura dialética da fase processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vinícius Lúcio de; OLIVEIRA, Gleick Meira. *Inquérito Policial: um modelo em colapso*. In: Revista Jurídica A Barriguda, vol. 1, nº. 1, 2011, pp. 99-116. Disponível em <<http://www.ojs.abarriguda.org.br/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/10>>, acesso em 30.01.2016.
- CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. Dissertação de Mestrado, 236 f. Faculdade de Direito de Vitória, 2006. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp075353.pdf>>, acesso em 31.01.2016.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, México, Episa, 1997.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002.
- FONTELES, Cláudio Lemos. *Investigação Preliminar: significado e implicações*. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2011, Ano 9, v. 17, pp. 52-62. Disponível em <http://www.escolamp.org.br/arquivos/17_03.pdf>, acesso em 31.01.2016.
- GOMES, Heraldo. *Inquérito Policial*. In: Revista de Direito da Defensoria Pública, nº 8, p. 70. Disponível em <http://www.sinpefpe.org.br/Principal/Pagina_Default.asp?COD_NOTICIA=10650>, acesso em 31.01.2016.
- GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. SCLIAR, Fábio. *Crise do Inquérito Policial?*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>, acesso em 20.01.2016.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KAC, Marcos. *O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- LOPES JR, Aury. *A crise do Inquérito Policial*. In: Revista Consultor Jurídico, 25.08.1999. Disponível em <http://www.conjur.com.br/1999-ago-25/investigacao_controlada_ministerio_publico>, acesso em 31.01.2016.

_____. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), nº. 78, 2000, pp. 44-74. Disponível em <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3c265/3c2c2/3c3f9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>, acesso em 30.01.2016.

_____. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2572>>, acesso em 20.01.2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. In: *Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 5, p. 243.

NOVAES, Felipe. *Sistemas de Investigação Preliminar: A (Im)Possibilidade dos Juizados de Instrução*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>, acesso em 22.01.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed., rev., ampl., e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Curso de processo penal*. 18ª ed., rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

ROMANO, Rogério Tadeu. *Sigilo interno e sigilo externo das investigações*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/36977/sigilo-interno-e-sigilo-externo-das-investigacoes>>, acesso em 25.01.2016.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

_____. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. *A legitimidade do Ministério Público no Processo Penal*. Disponível em <http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/av2_legmp.htm>, acesos em 25.01.2016.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública*. Entrevistadora: Julita Lemgruber. Entrevista concedida à Revista Brasileira de Segurança Pública, Ano 1, Edição 1, 2007. Brasília: SENASP, p. 130-139. Disponível em <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/36/34>>, acesso em 30.01.2016.

ZILLI, Marcos Antonio Coelho. *O pomar e as pragas*. In: Boletim do IBCCRIM, ano 16, nº. 188, jul/2008.

Legislação

BRASIL. Decreto-lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de setembro de 1871, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm>, acesso em 25.11.2015.

_____ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial, Brasília, DF, 13 out 1941.

_____ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial, Brasília, DF, 11 jan 1973.

_____ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988.

_____ Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 12 fev 1993.

_____ Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial, Brasília, DF, 20 mai 1993.

_____ Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial, Brasília, DF, 04 jul 1994.

_____ Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 27 set 1995.

_____ Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial, Brasília, DF, 20 jun 2013.

_____ Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Diário Oficial, Brasília, DF, 12 jan 2016.

Julgados

HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006.

Inquérito 1.978 - 0, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Plenário, DJ de 17 de agosto de 2.007.

RE 535478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-11 PP-02204 RTJ VOL-00209-02 PP-00907.

RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015.