

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DA ESCOLA DE DIREITO E
DE ADMINISTRAÇÃO - EDAP- IDP
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CLEOPAS ISAÍAS SANTOS

JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil

Brasília-DF

2022

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DA ESCOLA DE DIREITO E
DE ADMINISTRAÇÃO - EDAP- IDP
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CLEOPAS ISAÍAS SANTOS

JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos, apresentada para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional perante o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília-DF

2022

Santos, Cleopas Isaías.

Justa causa para a investigação criminal : fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil / Cleopas Isaías Santos; orientador Vinícius Gomes de Vasconcellos. – Brasília : O Autor, 2022.

226 p.

Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2022.

1. Investigação criminal. 2. Justa causa. 3. Investigação policial. I. Vasconcellos, Vinícius Gomes de, orientador. II Título.

CDD 341.4331 S237j

CLEOPAS ISAIÁS SANTOS

JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:
fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Brasília-DF, _____, de julho de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos
Prof. Orientador

Nereu José Giacomolli
Prof. Dr.

Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Profª. Dra.

André Luís Callegari
Prof. Dr.

Edson Luís Baldan
Prof. Dr.

Ao meu pequeno Joaquim, com todo o amor, que não me cabe.

AGRADECIMENTO

Apreendi, ainda cedo, na escola da vida, que nenhuma conquista é individual, exclusivamente. Ao revés, todas são resultado da empreitada de muitas pessoas, mesmo que não percebamos imediatamente. Sinto-me feliz por ter a percepção de que as minhas conquistas são resultado de muitas vontades e forças. Por esta razão, aproveitarei este espaço, onde o “eu” encontra-se livre das censuras estilísticas que aprisionam a forma do texto acadêmico, para agradecer a algumas pessoas sem as quais eu não teria chegado até aqui. E olha que venho de muito longe, não só numa perspectiva físico-espacial. Sem estas pessoas, os obstáculos que precisei transpor permaneceriam com a feição de intransponíveis.

Os primeiros que merecem estes agradecimentos são os meus pais, Olímpio e Zilda, fundamento, no sentido mais radical do termo, da minha existência, pelo amor incondicional, pelo modelo de caráter e honestidade que busco seguir a cada dia; pelo incentivo, mesmo quando as expectativas de “vingar” na Capital do Estado não passavam de mero excesso de vontade de um adolescente, que, em certo dia dos 14 anos, na janela do corredor de sua casa, através da qual via e imaginava o mundo, disse aos pais que iria estudar em São Luís, naquele ano de 1992. Hoje compreendo, mais que antes, as lágrimas da minha mãe, mesmo concordando com a ideia, e reconheço, agradecido profundamente, a confiança depositada em seu filho, que mesmo pequeno e novo, já não era mais criança, como costumava repetir meu pai. Sem aquele dia, naquela janela, e sem o apoio de vocês, nossas vidas seriam outras, bem diversas da que temos agora, inclusive esta mais nova conquista. Obrigado por tudo isso e perdão pelo tempo ausente, em Porto Alegre, em São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro, Coimbra, São Luís e demais cidades onde precisei estar, em missão de trabalho ou estudo. Vocês sempre foram minha principal razão de continuar lutando e superando cada novo obstáculo.

Aos meus queridos irmãos, Clemilda, Cleilson, Cleilma, Cleilton (*in memorian*) e Cledson, pela amizade sincera, pelo apoio constante, pela admiração e permanente confiança no “preto da casa”. Mesmo sendo o quarto, a posição assumida, desde há muito, de mais velho, também me imprime uma grande força para continuar lutando.

Agradeço ainda aos queridos amigos Marcelino e Geraldinho, heranças das amizades do meu pai. Ambos exerceram um papel fundamental na minha formação. O primeiro deles, alto, forte, com sólida formação católica e educador. O segundo, baixo,

franzino, igualmente religioso, só que adventista, e artista das pequenas máquinas (relojoeiro). Ambos tão diferentes e tão parecidos, especialmente na crença de que o ser humano pode ser melhor e que a educação é caminho seguro para isso. Jamais voltei a Santa Luzia, minha cidade natal, sem passar em seus lares para conversar, tomar um café e falar do último livro deixado para leitura (sim, há alguns anos levo livros para que eles leiam e depois conversamos sobre os mesmos). Obviamente temas como religião e política sempre estão presentes. Muitíssimo obrigado pelo igual incentivo na minha formação e pela amizade nua, no sentido derridiano do termo.

Ao meu *amigo-irmão* Sérgio Carvalho Queiroz, sem o qual a consecução do meu primeiro projeto de vida, ir estudar em São Luís, não teria ocorrido. Sérgio saiu de São Luís e foi morar em Santa Luzia, ainda criança, acompanhando a família. Conhecemo-nos quando tínhamos mais ou menos 10 anos e logo depois passamos a estudar juntos. Com ele expandi meus horizontes e conseqüentemente me fortaleci na busca da realização daquele objetivo. Foi com ele que fui para São Luís e foi na casa dos seus parentes que fiquei enquanto me submetia às provas para admissão no segundo grau na Capital maranhense. Foi com ele que estudei durante o antigo segundo grau. E foi com ele que comemorei nosso ingresso na Universidade Federal do Maranhão. Fascinado por tecnologia como sempre foi, formou-se em Ciência da Computação e ganhou o mundo. Meu muito obrigado, meu caro *irmão-amigo*.

Chegando a São Luís, comecei a concretização daquele objetivo e passei a ter outros novos, como até hoje os tenho. E, para tanto, uma vez mais a vida me pôs diante do impossível, a possibilidade. Saindo o resultado da minha aprovação na escola pública federais onde estudei (Colégio Universitário – COLUN), eu não tinha onde morar. Além disso, o que estava acertado com os parentes do meu amigo Sérgio é que eu ficaria com eles apenas até o resultado das seleções. Foi então que Alter Pedro Mata Roma, o Sr. Pierre, patriarca daquela família, convidou-me para com eles morar pelo tempo que fosse necessário. Em apenas três meses meu pai conseguiu comprar uma pequena casa em um conjunto habitacional e para lá fomos, eu, Sérgio, seu irmão Cláudio e depois minha irmã mais velha, Clemilda. Aquele gesto de generosidade com alguém desconhecido eu jamais esquecerei. Por esta razão, além de outras que deixo de especificar, adotei aquela família, composta pelo Sr. Pierre e Dna. Nadir (*in memorian*), chefes da família, e seus filhos Franz Richard, Fabíola e Fábila, além da querida Rose, esposa do Franz, sendo também por eles adotado. A todos agradeço por representarem meu ponto arquimediano nesta jornada e pelos fortes laços de carinho, respeito e amizade que estabelecemos.

Agradeço ainda ao Prof. Alberto Tavares Vieira da Silva, grande penalista maranhense, que muito honrou a magistratura federal deste Estado e do Brasil, e que agora também honra a advocacia. Profundo conhecedor, não só do Direito Penal, mas de todas as formas de conhecimento que possam interessar a um homem das letras, interessando-se especialmente pela Literatura, História, Filosofia, Psicologia, Medicina Legal e balística, sendo inclusive exímio atirador e colecionador de armas, além das variadas línguas que costumeiramente se dedicava, entre as quais o latim. Por tudo isso, aliás, ocupa meritoriamente um assento na Academia Maranhense de Letras, *ethos* ideal para praticar outra arte que lhe apraz, a oratória, fazendo-o brilhantemente. A ele devo a paixão pelas Ciências Criminais, paixão esta, aliás, que não foi passageira, como costuma ser para alguns que se apaixonam pelo Direito Penal e se casam com o Direito Civil, como se ouve pelos corredores acadêmicos. Eu me apaixonei pelo Direito Penal e me casei com o Processo Penal. Ou com as Ciências Criminais, em verdade. E esta relação já dura mais de vinte anos, o que não é muito, é verdade, mas, em tempos de fluidez e fugacidade, parece um tempo considerável.

Agradeço ao Prof. Vinicius Gomes de Vasconcellos, meu orientador, pela possibilidade de aprender com suas lições; pelo modelo de humildade acadêmica; pela orientação criteriosa e interessada; pelas valiosas contribuições ao desenvolvimento desta investigação; pela liberdade de pensamento que me possibilitou, mesmo quando o limite era a divergência do seu posicionamento.

Aos professores componentes da banca de defesa, Marta Saad, Nereu Giacomolli, André Callegari e Edson Baldan, cujas críticas e sugestões foram essenciais para esta versão final. À Profa. Marta, agradeço ainda pelas sugestões bibliográficas e gentil envio de materiais valiosos para a pesquisa.

Aos meus amigos de Doutorado, especialmente aos que tive uma convivência mais estreita e intensa, Anamaria Prates, João Rafael, Hugo Passos, Vanessa Reichert, Leandro Gobbo, Acácio Miranda, Victor Minervino, José Evande e Paulo Roque, por me receberem bem e pelas frutíferas discussões e momentos de descontração. Muito obrigado por tornar nosso Doutorado mais divertido.

Ao colega de academia e amigo Adriano Damasceno, pelos projetos comuns e pelo diálogo constante e enriquecedor.

À Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, por me conceder o afastamento remunerado para a realização do Doutorado. Sem isso, certamente este projeto não seria possível.

Ao meu amado filho, Joaquim, razão maior do meu viver, agradeço a compreensão, amizade, amor, carinho e companhia em muitos momentos desta pesquisa, mesmo que fosse para brincar ao meu lado, enquanto eu trabalhava, para ler ou apenas para me dar um abraço carinhoso, um beijo e dizer “papai, te amo”. Certamente és responsável por grande parte da força que tive para superar os obstáculos.

Por fim, agradeço à Princesa, pela compreensão, apoio, cuidado e dedicação nesse período tão difícil em nossas vidas.

Todos, inquestionavelmente, contribuíram para a realização deste sonho. E só por isso eu cheguei até aqui. Obrigado a todos por confirmarem o prazer que sempre tive em cantar, com o grande Raul Seixas, a sua bela *Prelúdio*: “Sonho que se sonha só/É só um sonho que se sonha só/Mas sonho que se sonha junto é realidade”.

“Nenhum homem fez dádiva gratuita de parte da sua liberdade com vista ao bem público; uma tal quimera não existe senão na ficção; se fosse possível, cada um de nós quererá que os pactos que vinculem os outros não nos vinculassem”

Cesare Beccaria

“O bem que o Estado pode fazer é limitado; o mal, infinito. O que ele nos pode dar é sempre menos do que nos pode tirar”

Roberto Campos

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é analisar os já existentes e estabelecer novos parâmetros de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da justa causa para a instauração dos diversos procedimentos investigatórios criminais e consequente identificação dos fundamentos e limites constitucionais da fase preliminar do processo penal pátrio. Desse modo, o problema central da presente pesquisa pode ser formulado da seguinte maneira: quais são os critérios que justificam, legitimamente, a instauração de uma investigação preliminar, restringindo ou podendo restringir direitos fundamentais do imputado? Em resposta a ela, tem-se como hipóteses que: 1) a justa causa deve ser reconceituada, porque a sua análise deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação, precisamente pelo fato de ser este âmbito o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias, como o contraditório e a ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal. Ou, de outro modo: se no curso do processo, em que todas essas garantias constitucionais são necessárias, a justa causa deve ser também exigível, com muito mais razão, na fase preliminar, onde aquelas garantias são apenas insinuadas ou reflexas; 2) os critérios para a instauração de uma investigação criminal são os seguintes: a) tipicidade aparente; b) antijuridicidade aparente; c) condições de procedibilidade; d) originalidade aparente; e e) punibilidade concreta aparente. Com a confirmação dessas hipóteses, analisar-se-á a justa causa para a instauração de cada procedimento investigatório criminal realizado pela Polícia. A abordagem do tema será feita predominantemente com base no método dedutivo, uma vez que se lança mão de uma cadeia de raciocínio decrescente de análise, do geral para o particular, a fim de se chegar a uma conclusão acerca do problema investigado. O método de procedimento utilizado será basicamente o monográfico, haja vista que será aprofundado o estudo de um único tema. A técnica de pesquisa a ser adotada, por seu turno, será basicamente a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal; fundamentos; limites; legitimidade; justa causa; contenção do poder punitivo.

ABSTRACT

The goal of this current research is to analyze the pre-existing and establish new parameters of legitimation of the State justice system intervention in the preliminary criminal investigation, in other words, the probable cause to the initiation of the several criminal investigative procedures and the consequential identification of the fundamentals and constitutional boundaries of the preliminary phase of the national criminal procedure. On this matter, the main problem of the current research can be formulated as follows: Which criteria justify, legitimately, the initiation of a preliminary investigation, restraining or with the possibility of restrain the fundamental rights of the imputed? In response, the hypothesis are: 1) The probable cause must be reconceptualized, because its analysis must be anticipated to the preliminary phase of the investigation, precisely by the fact that this scope the one that most affects or can affect the fundamental rights of the imputed, give that some warranties, like the contradictory and full defense, appear in mandatory form exclusively from the proposition of the criminal accusation. Or, in another way: if in the criminal procedure, where all these constitutional warranties are needed, the probable cause must also be demanded, with more reason, in the preliminary phase, where those warranties are only insinuated or reflexed; 2) The criteria of the instauration of a criminal initiation are the following: a) apparent typicality; b) apparent anti-legality; c) conditions of processability; d) apparent originality; and e) apparent concrete punishability. With the confirmation of these hypothesis, it will be analyzed the probable cause to the instauration of each criminal investigatory procedure executed by the Police. The theme's approach will be made predominantly based on the deductive method, since it uses a decrescent reasoning chain of analyses, from general to private, in order to reach a conclusion about the investigated problem. The utilized procedure's method is going to be basically monographic, considering that the study of only one theme will be deeply probed. The technique of the research to be adopted, by its turn, will be basically the bibliographic.

KEYWORDS: Criminal investigation; fundamentals; boundaries; legitimacy; probable cause; punish power restraining.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEMOCRÁTICA.....	22
1.1 Processo penal democrático	22
<i>1.1.1 Princípio da necessidade do processo</i>	<i>24</i>
<i>1.1.2 Instrumentalidade democrática do processo penal</i>	<i>27</i>
1.2 Fundamentos e limites constitucionais da investigação criminal.....	30
<i>1.2.1 Princípio da necessidade da investigação criminal?</i>	<i>30</i>
<i>1.2.2 Conceito, objeto, titularidade, finalidade e natureza jurídica.....</i>	<i>31</i>
<i>1.2.3 Características da investigação criminal.....</i>	<i>33</i>
1.2.3.1 Instrumentalidade qualificada.....	34
1.2.3.2 Bidirecionalidade.....	34
1.2.3.3 Forma documental.....	36
1.2.3.4 Dispensabilidade.....	37
1.2.3.5 Sigilosidade.....	37
1.2.3.6 Inquisitorialidade mitigada.....	39
1.2.3.7 Obrigatoriedade.....	42
1.2.3.8 Oficialidade.....	42
1.2.3.9 Oficiosidade.....	43
1.2.3.10 Indisponibilidade.....	43
1.2.3.11 Informatividade.....	44
1.2.3.12 Prorrogabilidade.....	44
1.2.3.13 Sumariedade cognitiva.....	46
<i>1.2.3 Formas de instauração.....</i>	<i>49</i>
1.2.3.1 Cognição imediata, espontânea ou informal.....	49
1.2.3.2 Cognição mediata, provocada ou formal.....	51
1.2.3.3 Cognição coercitiva.....	53
1.2.3.4 Atos instauradores.....	53
1.3 Investigação criminal democrática	56
2 JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL.....	60
2.1 Notas introdutórias.....	60
2.2 Teorias sobre a justa causa no processo penal.....	62
<i>2.2.1 A justa causa fora do âmbito da ação penal.....</i>	<i>62</i>
<i>2.2.2 A justa causa como condição da ação penal</i>	<i>65</i>
2.2.2.1 Justa causa como possibilidade jurídica do pedido.....	66
2.2.2.2 Justa causa como interesse de agir.....	68
2.2.2.3 Justa causa como condição autônoma da ação penal.....	70
2.2.2.3.1 <i>Lastro probatório mínimo</i>	<i>70</i>
2.2.2.3.2 <i>Controle processual do caráter fragmentário do direito penal</i>	<i>74</i>
2.2.2.4 Justa causa como critério amplo e sui generis.....	77
2.2.2.5 Justa causa como critério político-criminal conglobante.....	78
<i>2.2.3 A justa causa no âmbito da investigação criminal.....</i>	<i>81</i>
2.3 Standard probatório ou justa causa para a investigação criminal?	87
3 JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	90
3.1 Notas introdutórias.....	90
3.2 Conceito	92

3.3 Estrutura dogmática da justa causa para a investigação	94
3.3.1 Tipicidade aparente	99
3.3.1.1 Crime impossível.....	104
3.3.1.2 Ofensa insignificante ao bem jurídico	107
3.3.2 Antijuridicidade aparente.....	111
3.3.2.1 Legítima defesa.....	115
3.3.2.2 Estado de necessidade	117
3.3.2.3 Exercício regular de direito	118
3.3.2.4 Estrito cumprimento de dever legal.....	120
3.3.2.5 Consentimento do titular do bem jurídico	121
3.3.3 Condições de procedibilidade.....	123
3.3.3.1 Representação do ofendido.....	124
3.3.3.2 Requisição do Ministro da Justiça.....	129
3.3.3.3 Requerimento do ofendido	130
3.3.3.4 Requisição do Tribunal Superior Eleitoral?	132
3.3.3.5 Autorização do Tribunal, no caso de autoridade com foro especial por prerrogativa de função	133
3.3.4 Originalidade aparente.....	142
3.3.5 Punibilidade concreta aparente	147
3.3.5.1 Presença de condições objetivas de punibilidade.....	149
3.3.5.2 Ausência inequívoca de escusas absolutórias pessoais	149
3.3.5.3 Ausência inequívoca de causas extintivas da punibilidade	152
3.3.5.3.1 Morte do agente.....	154
3.3.5.3.2 Anistia.....	154
3.3.5.3.3 Retroatividade da lei descriminalizadora	155
3.3.5.3.4 Prescrição.....	156
3.3.5.3.5 Decadência.....	158
3.3.5.3.6 Renúncia ao direito de queixa	159
3.4 Fundamentação da justa causa para a investigação criminal	160
3.5 Justa causa para a investigação criminal	164
3.5.1 Investigação preliminar sumária ou verificação preliminar de informação	164
3.5.2 Inquérito policial	170
3.5.2.1 Imunidades absolutas à prisão em flagrante	171
3.5.2.1.1 Presidente da república.....	171
3.5.2.1.2 Imunidade diplomática	172
3.5.2.1.3 Imunidade da criança.....	173
3.5.2.2 Imunidades pessoais relativas à prisão em flagrante	173
3.5.2.2.1 Senadores, deputados federais, estaduais e distritais	173
3.5.2.2.2 Agentes consulares	175
3.5.2.2.3 Membros da magistratura e do ministério público	175
3.5.2.2.4 Advogados, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil.....	178
3.5.3 Auto de investigação de ato infracional.....	179
3.5.3.1 Tipicidade e antijuridicidade aparentes	181
3.5.3.2 Condições de procedibilidade.....	184
3.5.3.3 Originalidade	187
3.5.3.4 Punibilidade concreta	187
3.5.3.5 Flagrante de ato infracional	189
3.5.4 Termo circunstanciado de ocorrência	193

CONCLUSÃO.....	199
REFERÊNCIAS.....	210
APÊNDICE A - CARTA-RESPOSTA ÀS INDAGAÇÕES E SUGESTÕES DA BANCA DE QUALIFICAÇÃO.....	223

INTRODUÇÃO

O monopólio estatal do poder punitivo, aliado à não auto-aplicabilidade do direito penal, dependente, em princípio, do processo para se materializar, exigem, de maneira quase imprescindível, outra atividade pública vocacionada a possibilitar a aplicação da pena: a persecução criminal. Com efeito, a prática de um fato delituoso gera para o Estado, ao menos como regra, o dever de punir o autor de um tal crime.

A aplicação da pena pressupõe, portanto, quase sempre, a existência de um processo, em decorrência mesmo dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e até mesmo da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

Como se sabe, no Brasil, o processo tem início com a propositura da ação penal pelo órgão acusador, o qual normalmente se baseia em investigação prévia. Essa investigação, que no Brasil pode ser realizada por diversas instituições, tem como função primária e quase que genética, embora não exclusivamente, a descoberta de elementos mínimos que possibilitem a propositura da ação penal respectiva. Ou seja, a investigação preliminar deve ser o substrato natural para a formação da justa causa para a inicial acusatória. É a investigação, portanto, o berço natural da justa causa capaz de desencadear, de maneira legítima, a ação penal.

Desse modo, o Estado desenvolve a persecução criminal em dois momentos distintos: no curso do processo e antes do processo. Como dito acima, a persecução prévia ao processo é a investigação criminal, a qual pode ser realizada por diversas instituições, entre as quais, a Polícia Civil e a Polícia Federal (doravante apenas polícia investigativa ou judiciária, responsáveis pela imensa maioria das investigações realizadas no País).

O resultado das investigações policiais pode ser materializado através dos seguintes procedimentos formais: a) Inquérito Policial, nos crimes de médio e de maior potencial ofensivo (e, de forma excepcional, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando a complexidade do caso assim o exigir); Termo Circunstanciado de Ocorrência, nas infrações penais de menor potencial ofensivo; e c) Auto de Investigação de Ato Infracional ou Boletim de Ocorrência Circunstanciada, quando se tratar de apuração de ato infracional.

De forma preliminar a todos esses procedimentos, pode ainda a polícia instaurar um procedimento mais simplificado, a chamada Verificação da Procedência de Informações ou Verificação Preliminar de Informações ou apenas Investigação Sumária, objetivando a colheita de elementos mínimos que justifiquem a instauração de algum daqueles procedimentos principais acima referidos, evitando-se, desse modo, o início injustificado de uma investigação capaz de restringir direitos fundamentais do imputado.

Contudo, assim como o Direito Penal é essencialmente violento, a persecução criminal também o é, especialmente a investigação preliminar, onde as garantias fundamentais nela incidem apenas de forma tangencial. Desse modo, questiona-se: o que justifica uma investigação criminal? O que torna legítimo um procedimento estatal que gera sofrimento àqueles que são apontados como autores de infrações penais e que pode resultar em restrições aos direitos mais elementares das pessoas, inclusive a liberdade? Perguntas como essas clarificam o conteúdo político do processo penal e exigem respostas adequadas à promessa constitucional de vida digna para todos.

A pesquisa que se pretende desenvolver busca responder essas e outras perguntas relacionadas à justificação (legítima) da intervenção estatal através da persecução criminal preliminar.

Como se sabe, a Lei nº 13.869/2019 considera crime instaurar procedimento investigatório de infração penal, em desfavor de alguém, *quando faltar qualquer indício da prática de crime* (art. 27), bem como dar início a uma persecução penal sem *justa causa* fundamentada ou contra quem sabe inocente (art. 30). Veja-se que o legislador parte da premissa de que a análise da justa causa deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação.

Desse modo, o problema central da presente pesquisa pode ser formulado da seguinte maneira: quais os parâmetros que justificam, legitimamente, a instauração de uma investigação preliminar, restringindo ou podendo restringir direitos fundamentais do imputado?

A premissa da qual se parte para responder ao problema apresentado é a de que a justa causa deve ser reconceituada e sua análise, antecipada para a fase preliminar de investigação, precisamente pelo fato de ser este âmbito o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias, como o contraditório e a

ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal. Ou, de outro modo: se no curso do processo, onde todas essas garantias constitucionais são necessárias, a justa causa deve ser também exigível, como muito mais razão, na fase preliminar, onde aquelas garantias são apenas insinuadas ou reflexas.

As hipóteses da presente pesquisa são as seguintes: 1) a justa causa deve ser reconceituada, porque a sua análise deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação, precisamente pelo fato de ser este âmbito o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias, como o contraditório e a ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal. Ou, de outro modo: se no curso do processo, onde todas essas garantias constitucionais são necessárias, a justa causa deve ser também exigível, como muito mais razão, na fase preliminar, onde aquelas garantias são apenas insinuadas ou reflexas; 2) os critérios para a instauração de uma investigação criminal são os seguintes: a) tipicidade aparente; b) antijuridicidade aparente; c) condições de procedibilidade; d) originalidade aparente; e e) punibilidade concreta aparente.

O tema da justa causa é certamente um dos mais debatidos no processo penal pátrio. As divergências são muitas, quase não havendo consenso sobre seus aspectos. Além disso, percebe-se que o tema da justa causa possibilita múltiplas análises, a depender do referencial adotado. Para os interesses desta pesquisa, parece preferível analisar o tema a partir do momento da persecução penal, especialmente tendo em conta o parâmetro principal no debate contemporâneo, que é a ação penal.

Desse modo, são verificáveis posicionamentos que analisam a justa causa fora do contexto da ação penal, inclusive antes de sua propositura, embora exclusivamente referente à prisão cautelar, mas principalmente no âmbito do *habeas corpus*; existe outro grupo teórico que a inclui no âmbito da ação penal, considerando-a como condição autônoma ou relacionando-a com alguma outra ou com todas as demais condições da ação; e existe um grupo que possibilita analisar a justa causa em qualquer momento da persecução penal, inclusive na fase de investigação, não apenas no que tange à prisão cautelar, mas a qualquer ato que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, incluindo a própria instauração do procedimento investigatório.

Porém, apesar dessa problemática e da importância do tema, o tríplice discurso jurídico (doutrinário, jurisprudencial e legislativo) limita-se à análise da justa causa a partir da ação penal. No máximo, são encontradas referências epidérmicas sobre o tema na fase de investigação preliminar, sem o adensamento necessário para a especificidade da investigação. Ou, de outro modo: as análises sobre a justa causa, independente de suas nuances, identificam, aprofundando a matéria, como limite mínimo de incidência desse instituto, a ação penal.

Esta constatação causa estranheza, vez que é no âmbito da investigação criminal que ocorrem ou podem ocorrer as maiores ofensas a direitos fundamentais do imputado, haja vista que as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo e outras, não são aplicáveis com todo o seu potencial democrático. Ou seja, se no curso do processo penal, onde esses direitos e garantias são exigíveis, defende-se a necessidade de se estabelecer uma justa causa para a intervenção penal do Estado, com muito mais razão, também deve sê-lo na fase preliminar do processo penal.

Como já ficou dito, a investigação criminal gera sofrimentos aos que a ela são submetidos, embora a Constituição garanta a necessidade de tratamento de todos como inocentes até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, especialmente pela não incidência obrigatória, nesta fase, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Esse fato decorre historicamente da herança inquisitorial do processo penal pátrio. Se se pode falar em “misérias do processo penal”,¹ mesmo que nele incidam obrigatoriamente o contraditório e ampla defesa, além de outras garantias constitucionais, pode-se falar também, e com mais razão, nas “misérias da investigação criminal”, as quais são ainda mais evidentes e potencializadas. A consequência dessa herança autoritária da persecução criminal pátria traz como inevitável consequência a supressão de garantias individuais e a ampliação da violência estatal.

Segundo Gluglielmo Ferrero *apud* Carlos Diniz,² “entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem tanta necessidade de se justificar ante a razão como a desigualdade

¹ Referência à epocal obra de CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006.

² FERRERO, Gluglielmo. *Poder: los genios invisibles de la ciudad*. Madrid: Tecnos, 1998 *apud* DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 516.

estabelecida pelo Poder”. Inquestionavelmente a persecução criminal, como manifestação do poder estatal, desiguala o imputado.

Por estas e outras razões é que, em um Estado Democrático de Direito, a persecução penal, no caso específico que aqui se busca analisar, a investigação criminal, precisa de legitimação, a qual pode ser construída por diversos aspectos e exigências, positivas e negativas, a depender do ato investigativo, a exemplo da legalidade, os indícios de autoria e materialidade, da inexistência de causas extintivas ou excludentes de punibilidade, das limitações probatórias, etc. Ou seja, a legitimidade democrática da investigação pode ser construída através dos fundamentos, pressupostos, requisitos e limites da persecução penal preliminar, elementos quase sempre relegados a um segundo plano pelos processualistas.

Sustenta-se aqui que essa legitimidade democrática pode ser construída a partir da *justa causa*, aqui compreendida como a *causa necessária e suficiente para desencadear legitimamente um procedimento penal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado*.

Isso se dá porque, não só a investigação criminal, mas todo o sistema processual penal deve ser visto sob a lupa dos direitos fundamentais, tendo em conta especialmente o fato de que, nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou *filtragem das normas constitucionais* e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos.

Por tudo isso é que se pretende, com a presente pesquisa, analisar os já existentes e estabelecer novos critérios objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da justa causa para a instauração de cada um dos procedimentos investigatórios criminais.

O objetivo geral da presente pesquisa, portanto, é analisar os já existentes e estabelecer novos parâmetros objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da justa causa para a instauração dos diversos procedimentos investigatórios criminais e consequente identificação dos fundamentos e limites constitucionais da fase preliminar do processo penal pátrio.

De forma mais específica, busca-se: a) estudar os fundamentos e os limites constitucionais da investigação criminal; b) analisar criticamente o estado atual da discussão da chamada *justa causa* e antecipar seu estudo para a fase preliminar de investigação; c) estudar a cognição no processo penal e sua relação com a justa causa; d) conceituar e analisar a estrutura dogmática da justa causa; e) identificar a justa causa para a instauração dos diversos procedimentos investigatórios criminais.

O tema escolhido para a abordagem justifica-se por diversas razões, dentre as quais por seu caráter atual, haja vista o exponencial crescimento do número de investigações criminais com densas restrições a direitos fundamentais do imputado, muitas vezes, mais graves do que as futuras penas aplicadas. Não obstante isso, os trabalhos publicados sobre o tema da justa causa limita-se a analisá-la a partir da ação penal. Poucas e superficiais referências sobre a justa causa para a investigação criminal são feitas, necessitando, assim, de um adensamento no âmbito preliminar, com o estabelecimento de critérios objetivos para a instauração de uma investigação capaz de restringir direitos fundamentais do imputado.

Além disso, mesmo no âmbito da ação penal, onde o tema da justa causa encontra-se mais debatido e sedimentado no Brasil, não há consenso sobre sua natureza jurídica, seus parâmetros de análise, estrutura dogmática e âmbito de incidência. Com essa configuração, a justa causa acaba por gerar mais problemas que soluções, prejudicando sensivelmente a instrumentalidade garantista do processo penal.

Destaca-se também o ineditismo da abordagem proposta, isto porque, apesar da ampla produção bibliográfica hoje existente sobre a justa causa, os trabalhos abordam essa temática sempre de forma compartimentada, ou seja, sob um olhar unidirecional e a partir da ação penal. Portanto, a reestruturação crítica da justa causa, a fim de se alcançar uma resposta coerente ao problema que norteia a presente investigação, ou seja, sobre a possibilidade de sua antecipação para a investigação criminal, justifica os esforços desta pesquisa.

No âmbito prático, percebe-se ser de grande relevância o estabelecimento de vetores que possam emoldurar a legitimidade da instauração de um procedimento investigativo, especialmente para a autoridade policial.

O que se busca saber, portanto, é o que justifica o início de uma investigação criminal contra alguém, que sempre restringirá direitos fundamentais do imputado, inclusive, e como regra, infelizmente, a restrição de sua liberdade. Este é um aspecto essencial na

concretização de um processo penal que se pretenda legítimo democraticamente, merecendo, portanto, respostas adequadas e condizentes com a promessa constitucional de respeito à dignidade humana.

Nesse sentido, faz-se necessário e urgente, frente aos efeitos deletérios que um tratamento unifocal, uma má compreensão, ou mesmo uma carência no trato da matéria, podem gerar aos sujeitos submetidos a investigação criminal no Brasil, um amplo e detido debate sobre o assunto, a fim de que se possa discutir, desconstruir e refazer a própria legitimação democrática da investigação criminal. E esta legitimidade está diretamente relacionada aos fundamentos e limites constitucionais da investigação preliminar criminal, até agora relegada a um segundo plano como objeto de interesse acadêmico.

O desinteresse acadêmico no tratamento da justa causa para a investigação criminal, a não incidência obrigatória de algumas garantias constitucionais nesta fase, os riscos que a investigação se torne meio de manipulação política e consequente mecanismo de perseguição, aliado à carência de uma abordagem mais coerente do tema, mesmo no âmbito da ação penal, demonstram a necessidade de um estudo mais específico e aprofundado das razões que tornam “justa” ou “legítima” a intervenção penal do Estado, já a partir da fase pré-processual.

A presente pesquisa contribuirá com o debate sobre o tema na medida em que estabelecerá critérios objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da justa causa para cada procedimento criminal de investigação e consequente identificação dos fundamentos e limites constitucionais da fase preliminar do processo penal pátrio.

Pretende-se, por fim, gerar uma inquietude acadêmica neste sentido, suscitando uma discussão que ocasione efeitos significativos, com o intuito de amenizar a indesejável distância, ainda constatável, entre a ordem constitucional, em particular os direitos fundamentais, e a investigação criminal, tornando a “justa causa”, portanto, instrumento de contenção ou de racionalidade do poder punitivo estatal.

A fim de se alcançar o objetivo desejado, a presente pesquisa foi estruturada em três capítulos, além, é claro, desta introdução e da conclusão.

No primeiro capítulo, como pressuposto e único substrato sobre o qual pode florescer a ideia da justa causa como filtro persecutório preliminar, será analisada a, assim chamada, investigação democrática, em seus elementos essenciais, como conceito, finalidade, função, fundamento, titularidade, princípios e características.

Já no segundo capítulo, o interesse cognitivo estará voltado à análise crítica das principais teorias sobre a justa causa no processo penal, desde as que a analisam apenas em relação à prisão cautelar e ao *habeas corpus*, passando pelas teorias que a relacionam à ação penal, como condição autônoma ou coligada a outras já existentes, até se alcançar as teorias que possibilitam a análise da justa causa no âmbito da investigação preliminar.

Por fim, e diante da constatação que nenhuma das propostas sobre a justa causa contempla os parâmetros objetivos ou seus elementos dogmáticos, como se preferiu chamá-los, propõe-se uma reconceituação da justa causa e sua estrutura dogmática, além da necessidade de fundamentação, para, a partir disso, analisar-se a justa causa em cada procedimento investigatório criminal.

A abordagem do tema será feita predominantemente a partir do método dedutivo, uma vez que se lança mão de uma cadeia de raciocínio decrescente de análise, do geral para o particular, a fim de se chegar a uma conclusão acerca do problema investigado.

O método de procedimento utilizado será basicamente o monográfico, haja vista que será aprofundado o estudo de um único tema. A técnica de pesquisa a ser adotada, por seu turno, será basicamente a revisão bibliográfica e jurisprudencial, não só do Brasil, mas também de outros ordenamentos.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEMOCRÁTICA

1.1 Processo penal democrático

O ser humano é gregário por natureza. Provavelmente pela ausência de atributos físicos, ou pela necessidade de trabalhar com melhores resultados, ou para sua diversão, felicidade, ou até mesmo por sobrevivência, manutenção da espécie, o ser humano decidiu viver em comunidade.

Seja como for, independente das razões que levaram o ser humano a formar grupamentos sociais, a convivência sempre exigiu a normalização de comportamentos. Essa normalização foi estabelecida, ao longo da história, pela família, pela religião, pela tribo ou pelo Direito. Talvez por isso se diga que onde está a sociedade, está o direito (*ubi societas, ibi jus*). E, conforme Miguel Reale,³ com acerto, a recíproca também é verdadeira: onde está o direito, está a sociedade (*ubi jus, ibi societas*). E conclui o referido autor, afirmando que o Direito é um fato ou fenômeno social que não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. A sociabilidade, portanto, é característica do Direito.

No mesmo sentido, Agostinho Ramalho⁴ assere que o Direito é um produto da convivência social, decorrendo das diferenciações dessas relações sociais, dentro das condições espaço-temporais localizadas.

Ora, se é verdadeiro se afirmar que onde existe a sociedade, existe o Direito e que este decorre das diferenças das relações sociais, também é acertado se dizer que onde existe a sociedade, existem diferenças sociais e existe o crime. Ou seja, é possível transpor para o âmbito do Direito Penal o velho brocardo latino *ubi societas, ibi jus*, de tal forma que se pode afirmar: *ubi societas, ibi crimen*.⁵ Não existe, portanto, sociedade sem crime. Para Miguel Reale, “é por este motivo que a sociedade se organiza, para preservar-se contra o delito e atenuar-lhe os efeitos”.⁶

Faria Costa, após considerar que o “fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 2.

⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 129.

⁵ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 15.

⁶ REALE, op. cit., p. 347.

perigo”,⁷ aquele penalista conimbricense caracteriza o crime, em termos materiais, como uma “perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo do ‘eu’ para com o ‘outro’”.⁸ Por outro lado, o mesmo autor assere que o que dá sustento e sentido a essa relação de cuidado-de-perigo é, simbólica e matricialmente, a proibição, cuja primogenitura, segundo a Antropologia, atribui-se à proibição do incesto, razão pela qual aqui será chamada de proibição original ou genésica. Assim é que, “se não houvesse uma primeira proibição (que é um *interdito*), o ‘eu’ não seria capaz de se encontrar identitariamente na diferença do ‘outro’”.⁹ Daí por que se considerar a proibição (penal) como elemento fundante da própria sociedade humana e a ela inerente, não sendo concebível uma sociedade sem uma tal proibição (penal) e, conseqüentemente, sem o próprio crime.¹⁰

Essa perspectiva é reforçada por Ruth Gauer,¹¹ quando afirma, referindo-se à proibição do incesto, e com base em Lévi-Strauss, que a “questão fundamental relacionada à norma é a tentativa de compreensão da norma primordial, a norma proibitiva, inflexível, considerada a fonte de todas as normas sociais, de toda moral e de toda punição”. Para Lévi-Strauss, ainda de acordo com a referida autora, “a fundação da norma se deu pela negação”, negação da possibilidade do incesto. “Esse tabu, embora pareça não ter justificação biológica, nem razão de ser, é a raiz de toda proibição, constitui-se ao mesmo tempo na norma, no fato e no valor”. Ao contrário do que possa parecer, porém, “esse Não contém um Sim: a proibição não apenas separa a sexualidade animal da sexualidade social, mas, como na linguagem, este Sim funda o homem, constitui a sociedade”.

Carnelutti,¹² por sua vez, entende que o pressuposto social do direito é a guerra. E somente para combatê-la o direito se forma. Daí por que o citado autor afirma que o primado histórico pertence ao direito penal. Ou seja, quando o direito surge, ele surge como direito penal. E esse primado histórico decorre do primado lógico, qual seja, a necessidade de proibir a guerra para poder combatê-la. Essa guerra, segundo o autor, é o crime.

⁷ COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 423 e 454. De igual modo, mais recentemente em COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 223; e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 20.

⁸ COSTA, 2010, op. cit., p. 20.

⁹ Ibid., p. 16.

¹⁰ Ibid., p. 16.

¹¹ GAUER, Ruth M. Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPU-CRS, 2011. p. 20.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Questiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960. p. 45.

Seja como for, a aplicação do direito penal, ao menos com a modernidade, depende, como regra,¹³ de um instrumento capaz de viabilizá-lo, uma vez que ele não é autoaplicável. E esse instrumento é o processo. Não basta, portanto, proibir uma conduta criminosa. É necessário punir o autor de uma tal conduta proibida, o que somente poderá ocorrer através do processo.

1.1.1 Princípio da necessidade do processo

Segundo Pisapia,¹⁴ o processo é o meio necessário e infalível para a aplicação do direito penal e este não pode ser aplicado senão através do processo. O princípio da necessidade do processo penal, portanto, é compreendido como a indispensabilidade do processo penal para a aplicação de uma pena.

O princípio da necessidade do processo possui ao menos três ordens de fundamentos: a) político-filosófico; b) não autoaplicabilidade do direito penal; e c) normativo.

Historicamente, esse princípio decorre das teorias político-filosóficas contratualistas, especialmente a de base hobbesiana, a partir da qual o Estado passa a ser o único detentor do poder punitivo, não mais sendo possível a vingança privada. Aqui a pena surge como pena estatal, como propugnado por Beccaria: *“para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis”*¹⁵ (itálico no autor).

Além disso, pelo fato de o direito penal não ser autoaplicável ou de coerção direta, ao contrário do direito civil, com a criação da pena privativa de liberdade como pena estatal, o processo passa a ser o único meio através do qual essa pena pode ser aplicada. Com efeito, segundo Manzini,¹⁶ o direito penal é de coerção indireta. Ou seja, o poder punitivo estatal não pode atuar de forma imediata, direta, através da força, como o fazem outros âmbitos, como o civil e o administrativo. Portanto, seu âmbito de incidência é apenas o Processo Penal. Ou seja, acaso alguém se apresente ao Delegado de Polícia ou ao Juiz, dizendo ter acabado de cometer um homicídio, mostrando inclusive a arma utilizada, filmagem do crime e levando a autoridade até o

¹³ Como exceções à obrigatoriedade do processo, no Brasil, tem-se, entre outras, os acordos de transação penal, de suspensão condicional do processo, de não persecução penal, de colaboração premiada, de aplicação imediata de pena e de barganha.

¹⁴ PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Cedam: Padova, 1985. p. 11.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 163.

¹⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. t. 1. p. 106.

local onde se encontra o cadáver, o tal autor dessa conduta criminosa jamais poderia, mesmo que assim desejasse, começar, a partir da sua confissão, cumprir pena. Seria necessário o percurso regular, constitucional e legal do processo, até que sua culpa fosse demonstrada. Por outro lado, os atos da vida civil, a exemplo de uma compra e venda, de um empréstimo, doação ou outro contrato, podem ser validamente realizados independente de processo, apenas por meio da vontade dos contratantes.

Por fim, tem-se os fundamentos normativos. Segundo Nereu Giacomolli,¹⁷ o fundamento constitucional do princípio da necessidade do processo penal é o princípio da presunção de inocência, de não culpabilidade ou simplesmente estado de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ou seja, somente uma sentença condenatória definitiva, como resultado de um processo penal, poderá considerar alguém culpado e possibilitar a aplicação e execução de uma pena. É o *nulla poena sine iudicio*. Os princípios da inafastabilidade da apreciação jurisdicional e do devido processo legal também corroboram essa fundamentação constitucional.

Embora haja divergência sobre o marco inicial do processo penal, acompanha-se aqui o entendimento de Gustavo Badaró, para quem, o processo se inicia com a propositura da ação penal. Para o citado autor, uma interpretação sistemática dos arts. 25 e 399 do CPP permite chegar a essa conclusão. Com efeito, segundo o referido processualista, ao dispor que a representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia, o legislador (art. 25 do CPP) deixa claro que, após o oferecimento da denúncia, já existe o processo, uma vez que o direito de ação já foi exercido e que, por essa razão mesma, perde qualquer sentido a retratação do ofendido.¹⁸ Além disso, “se após o oferecimento da denúncia, mas antes do seu recebimento, poderá haver absolvição sumária do acusado, nos termos do art. 397 do CPP, como alguém poderia ser absolvido se a denúncia ainda não foi recebida e o processo ainda não começou?” O mesmo autor responde, afirmando que “Obviamente, se absolvição houver, é porque o processo já existia. E, portanto, é de concluir que com o oferecimento da denúncia já há processo”.¹⁹

Partindo do pressuposto de que haverá processo a partir da exigência do exercício do poder de acusar, bem como que é da tradição do processo penal brasileiro a exigência de processo

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 403.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 593-594.

¹⁹ *Ibid.*, p. 594, nota 10.

e de sentença condenatória para que haja a consequente aplicação de uma pena, é forçoso concluir que excepcionam o princípio da necessidade do processo: a transação penal (ao menos a proposta antes da propositura da ação); a colaboração premiada, na específica hipótese do art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013; e o acordo de não persecução penal.

Seja como for, percebe-se que o processo surge como mecanismo estatal necessário para instrumentalizar a aplicação do direito material. Essa instrumentalidade, segundo Leone,²⁰ é não só um autolimita da função punitiva do Estado, mas também um limite da vontade do particular, a quem é negada qualquer faculdade de submeter-se à pena sem o devido processo.

A instrumentalidade punitiva, portanto, é a marca original, atávica e indelével do processo penal, estruturada em um momento histórico em que era absolutamente justificável, uma vez que o Estado tomara para si, com exclusividade, o poder de punir o cidadão, proibindo, portanto, a vingança privada. Porém, não é a única.

1.1.2 Instrumentalidade democrática do processo penal

Com efeito, a detenção do monopólio do poder punitivo por parte do Estado tem um custo. Afinal, “Nenhum homem fez dádiva gratuita de parte da sua liberdade com vista ao bem público; uma tal quimera não existe senão na ficção; se fosse possível, cada um de nós quereria que os pactos que vinculem os outros não nos vinculassem”.²¹

A contrapartida estatal é a proteção e segurança dos seus súditos, o que se dá através das leis, impostas por um poder capaz de punir e desestimular as paixões e desejos típicos do estado de natureza, em que todos vivem em constante luta, uns contra os outros. Esse poder é o estatal.²² Desse modo, ao mesmo tempo que o Estado deve punir aquele que desequilibra o contrato social, através da prática de um crime, por exemplo, deve também protegê-lo. Como observou Baratta,²³ na obra de Beccaria, o contrato social é o fundamento da autoridade do Estado e das leis, cuja função, derivada da necessidade de defender a coexistência dos indivíduos, também constitui o limite lógico do sacrifício da liberdade individual diante da ação do Estado e, de forma particular, do exercício do poder punitivo.

²⁰ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Trad. Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires: EJE, 1963. v. 1, p. 6.

²¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 65.

²² HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou materia, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 143-144.

²³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 33.

Com efeito, segundo Reis Novais,²⁴ esta obrigação de proteção decorre primariamente da atribuição ao Estado do monopólio da força utilizada para garantir a paz social, onde a autodefesa dos particulares já não é, ao menos como regra, permitida, decorrendo daí, portanto, que, em contrapartida, o Estado detentor desse monopólio tem o dever de garantir a proteção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros.

Essa ideia foi traduzida e aperfeiçoada pela teoria dos direitos fundamentais, cuja principal finalidade é “conferir aos indivíduos uma posição de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”.²⁵

De forma mais específica, essa relação do indivíduo com o Estado é traduzida por meio dos conceitos de *status* negativo e *status* positivo, concebidos por Jellinek.²⁶ Segundo Pieroth e Schlink, o *status* negativo é aquele segundo o qual o indivíduo regula sua vida particular e social independente da interferência do Estado, ou seja, é o estado de liberdade do indivíduo frente ao Estado, expresso por meio dos direitos fundamentais que protegem certas liberdades e bens jurídicos contra as ingerências, restrições, limitações ou violações do Estado. Por isso são concebidos como direitos de defesa.²⁷ Trata-se de um imperativo de omissão, direito de defesa ou direito de resistência.²⁸

Por sua vez, o *status* positivo, ainda de acordo com os referidos autores, é aquele em que o particular só pode ter sua liberdade por meio de medidas de criação e conservação do Estado. Em suas palavras, “Este estado encontra-se conformado e assegurado nos direitos fundamentais quando e na medida em que sejam direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento”.²⁹ É o que a doutrina convencionou chamar de imperativo de proteção ou de tutela.

Para Reis Novais, esse “dever de proteção se traduz numa obrigação abrangente de o Estado conformar a sua ordem jurídica de tal forma que nela e através dela os direitos

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 88.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

²⁶ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen rechte*. Frankfurt: Morh Siebeck, 1919. p. 87, 94 et seq. apud PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

²⁷ PIEROTH, op. cit., p. 62.

²⁸ DIMOULIS, op. cit., p. 50.

²⁹ PIEROTH; SCHLINK, op. cit., p. 63.

fundamentais sejam garantidos e as liberdades neles sustentadas posam encontrar efetivação”.³⁰

Essa necessidade de o Estado punir o cidadão que pratica uma infração penal e, ao mesmo tempo, proteger inclusive a liberdade desse mesmo cidadão, representa uma contrariedade fundamental do processo penal contemporâneo e que precisa ser resolvida em bons termos. Essa antinomia fundamental, como prefere Alberto Binder,³¹ é o conceito base que ilumina todos os problemas da justiça penal e do processo penal.

No âmbito da persecução penal, síntese de uma tal contrariedade, de maior interesse na presente análise, faz-se necessário e urgente se conciliar a tradicional instrumentalidade punitiva com a instrumentalidade garantista do processo penal.

Segundo se entende, essa conciliação pode ser alcançada através da compreensão de que, em um Estado Democrático, a liberdade é a regra e que sua restrição somente poderá ocorrer com o respeito aos direitos e garantias constitucionais, convencionais e legais, os quais serão sempre filtros persecutórios ou anteparos contra os arbítrios estatais, a exemplo do devido processo, do contraditório, da ampla defesa, do direito ao silêncio, do estado de inocência, da inadmissibilidade de provas ilícitas, etc. Em síntese, o processo penal estará legitimado através da sua instrumentalidade democrática, conciliadora da instrumentalidade punitiva e da instrumentalidade garantista.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner³² chegam mesmo a sustentar que a instrumentalidade constitucional do processo é o próprio fundamento de sua existência, com a característica particular de servir de instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Talvez não apenas da sua existência, mas da sua existência legítima.

Não por outra razão que Goldschmidt³³ afirma que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários da sua Constituição.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 88.

³¹ BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal: hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 100.

³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

³³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 2, p. 110.

De igual modo, Roxin³⁴ considera o processo penal como o sismógrafo da Constituição do Estado. A partir disso, e parafraseando os referidos autores, pode-se dizer que o processo penal é o barômetro do grau de democraticidade de um Estado.

E isso parece ainda mais verdadeiro quando se analisa a fase preliminar do processo penal, vez que é no âmbito da investigação criminal que ocorrem ou podem ocorrer as maiores ofensas a direitos fundamentais do imputado, haja vista que as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo e outras, não são aplicáveis com todo o seu potencial democrático. Ou seja, se o processo penal, onde esses direitos e garantias são exigíveis, pode ser visto como o termômetro, sismógrafo ou barômetro da democraticidade de um Estado, com muito mais razão, também deve sê-lo a fase preliminar do processo penal.

Por esta razão, é necessária a estruturação de uma investigação criminal com filtros persecutórios, desde o começo, a legitimar a intervenção do Estado nos direitos fundamentais do imputado, o que pode se dá através da justa causa, como aqui se propõe e se desenvolve nos capítulos seguintes.

Antes, porém, é necessário que se exponham, mesmo que de maneira sumária, os elementos essenciais da investigação criminal no Brasil.

1.2 Fundamentos e limites constitucionais da investigação criminal

1.2.1 Princípio da necessidade da investigação criminal?

Como se viu em tópico anterior, embora já com algumas exceções de justiça negocial, a regra é a da necessidade do processo. Esse princípio produz algum efeito na fase preliminar de investigação? Ou seja, é possível se falar em princípio da necessidade da investigação criminal?

A partir da ideia de que a investigação é uma fase processual (processo de investigação penal), inclusive que produz provas, Eliomar Pereira³⁵ entende que seria uma fase obrigatória.

³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. De Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 10.

³⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Introdução ao direito de polícia judiciária*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. v. 1. p. 15 e PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e poder: o processo (de investigação) penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

A análise da possibilidade de incidência desse princípio no âmbito pré-processual merece muita cautela. Inicialmente deve-se perceber que o gênero *pré-processual*, ou seja, sistemas de investigação preliminar, possui várias espécies.

Sabe-se que a investigação policial, embora seja a principal no Brasil, não é a única. Existem diversas outras instituições que também investigam, a exemplo das CPI's, da Receita Federal, da Receita Estadual, das Controladorias da União e Estados, do Ministério Público (embora com todas as críticas existentes!), etc. Daí se afirmar que o inquérito policial, por exemplo, é dispensável.

Isso conduz à conclusão de que, como regra, o princípio não tem aplicação no âmbito preliminar, pois a ação pode ser proposta independente de investigação prévia, como autorizam diversos dispositivos do Código de Processo Penal. Contudo, tendo como parâmetro exclusivamente a investigação policial, sempre que se tratar de crime de ação penal pública incondicionada, que não seja de menor potencial ofensivo, o inquérito policial será obrigatório. Portanto, incide, aqui, o princípio da necessidade do processo penal, entendido de maneira ampla.

Aliás, a Lei nº 13.344/2016 acrescentou o art. 13-B, § 3º ao Código de Processo Penal, estabelecendo que, nos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

1.2.2 Conceito, objeto, titularidade, finalidade e natureza jurídica

Qualquer instrumento de formalização da investigação policial pode ser considerado como um procedimento administrativo instaurado pela polícia civil (Federal ou Estadual) e presidido pelo Delegado de Polícia, que objetiva, a partir de um conjunto de diligências realizadas, a demonstração ou indicação da existência de indícios de autoria e materialidade de uma infração penal, ou simplesmente a demonstração de que o fato não configura infração penal ou está extinta a punibilidade, possibilitando, assim, ao órgão de acusação, propor a respectiva ação penal ou promover o arquivamento dos autos.

Segundo Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner,³⁶ “o objeto da investigação preliminar é o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus comissi delicti* que dá origem à investigação e sobe o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase”. Nos termos em que se desenvolve esta pesquisa, melhor seria dizer que o objeto da investigação é o fato aparentemente criminoso e possível concretamente de ser punido de maneira originária.

No âmbito da Polícia Judiciária (Polícias Civil Estaduais e Polícia Federal), a atribuição para instaurar a investigação criminal, assim como proceder às diligências necessárias à sua conclusão, é do Delegado de Polícia Civil ou Federal, investido no cargo segundo as regras constitucionais e legais. Com efeito, segundo o art. 2º, § 1º da Lei nº 12.830/2013, “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”. Como regra, a atribuição será da autoridade policial da circunscrição onde ocorreu o crime (art. 4º, *caput*, do CPP). Porém, nada impede que o delegado realize diligências em outras circunscrições (art. 22 do CPP). Isso significa que a investigação não está no âmbito de incidência do art. 5º, LIII, da CF, de modo que não há, portanto, o direito à investigação pelo *delegado natural*, até porque a autoridade policial não possui, ao contrário dos membros da magistratura e do Ministério Público, as garantias constitucionais da inamovibilidade e da independência.

Segundo Nereu Giacomolli,³⁷ a finalidade da investigação preliminar é assim resumida: “a) apurar somente a autoria e a materialidade; b) investigar todas as circunstâncias do delito; c) também apurar fatos e circunstâncias que interessem à defesa desde a tipicidade, passando pela ilicitude, culpabilidade e por todos os fatores que possam influir na pena”.

Com efeito, ao buscar a demonstração ou indicação da existência de indícios de autoria e materialidade de uma infração penal, por meio das diligências realizadas, bem como apenas demonstrar que o fato não configura infração penal, ou está extinta a punibilidade ou que existe qualquer outra razão para seu arquivamento, a investigação policial exerce, uma dupla finalidade instrumental (punitiva/acusatória e garantista), servindo de filtro processual

³⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172.

³⁷ GIACOMOLLI, José Nereu. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 58.

contra acusações infundadas e de substrato da justa causa para a propositura ou não da ação penal respectiva.

Além disso, como destacam Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner,³⁸ a investigação preliminar possui uma finalidade metajurídica, uma vez que, servindo de anteparo contra acusações infundadas, “evita a estigmatização social, reforça a confiança do povo na Justiça e evita os elevados custos econômicos de colocar em funcionamento toda a estrutura estatal sem um suficiente *fumus comissi delicti*”.

A natureza jurídica da investigação policial, portanto, é de procedimento administrativo. Não se trata, desse modo, de processo administrativo nem judicial, razão pela qual não se lhe aplica, como regra e com todo o seu potencial, o contraditório e a ampla defesa.

1.2.3 Características da investigação criminal

A análise da justa causa para a investigação criminal, nos moldes propostos na presente pesquisa pressupõe uma legitimidade democrática da atividade persecutória do Estado caracterizada por determinados elementos ou traços que lhe identificam, a exemplo da instrumentalidade qualificada, da bidirecionalidade, da inquisitorialidade mitigada e sumariedade cognitiva. Além disso, esta última característica, fundamental no processo de análise da justa causa no momento de instauração do procedimento investigativo, pela autoridade policial, pressupõe outras, a exemplo da forma documental, da informatividade e da prorrogabilidade.

Qualquer tipo de investigação criminal no Brasil possui determinadas características essenciais. Contudo, como o interesse desta pesquisa volta-se exclusivamente para a investigação policial, este será o foco do presente tópico.

Como se sabe, no ordenamento jurídico pátrio, o resultado das investigações policiais podem ser materializadas através dos seguintes procedimentos formais: a) inquérito policial, nos crimes de médio e de maior potencial ofensivo (e, de forma excepcional, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando a complexidade do caso assim o exigir); b) termo circunstanciado de ocorrência, nas infrações penais de menor potencial ofensivo; e c) auto de investigação de ato infracional ou boletim de ocorrência

³⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99

circunstanciada, quando se tratar de apuração de ato infracional. Desses, o principal e mais complexo é o inquérito policial, cujas características devem servir de parâmetro para os demais procedimentos investigativos.

Desse modo, as principais características do inquérito policial são as seguintes: 1) instrumentalidade qualificada; 2) bidirecionalidade; 3) forma documental; 4) dispensabilidade; 5) sigilosidade; 6) inquisitorialidade mitigada; 7) obrigatoriedade; 8) oficialidade; 9) oficiosidade; 10) indisponibilidade; 11) informatividade; 12) prorrogabilidade; e 13) sumariedade cognitiva.

A seguir, cada uma dessas características será analisada apenas nos limites e com o fim de se alcançar o objetivo do presente trabalho.

1.2.3.1 Instrumentalidade qualificada

Se o processo penal é o instrumento que possibilita a aplicação do poder/dever de punir do Estado, ao mesmo tempo em que deve garantir os direitos fundamentais do imputado, o inquérito policial é sua porta de entrada por excelência.

Conforme lembram Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner,³⁹ apenas “em teoria” o processo pode prescindir da investigação preliminar, mas na prática, especialmente nos crimes de médio e maior potencial ofensivo, o órgão de acusação baseia-se na investigação preliminar.

Considerando que a investigação preliminar não tem como fundamento a aplicação da pena nem a satisfação jurídica de uma pretensão, ela funciona como instrumento da própria pretensão acusatória.⁴⁰ A investigação, portanto, é o instrumento do instrumento (processo).

1.2.3.2 Bidirecionalidade

Embora tradicionalmente a doutrina tenha caracterizado o inquérito policial como unidirecional,⁴¹ ou seja, voltado exclusivamente a possibilitar a propositura da ação penal, hoje já não se pode compreendê-lo apenas nessa direção.

³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97, nota 13.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁴¹ Cf. por todos: BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. v. 1, p. 297; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas:

Como já ficou dito, o inquérito policial possui uma dupla instrumentalidade: a) punitiva/acusatória (quando possibilita a propositura da ação penal); e b) garantista (quando demonstra a inexistência de justa causa para a ação penal).

O inquérito policial serve como anteparo de um futuro processo injusto. Atua, assim, como filtro processual contra acusações infundadas, sendo o substrato da justa causa para a ação penal ou para seu próprio arquivamento. Servir de base tanto para a acusação quanto para a defesa revela a bidirecionalidade⁴² do inquérito policial democraticamente legitimado.

Esse aspecto, aliás, foi evidenciado inclusive por Francisco Campos, ao redigir a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, apesar de sua inspiração no Código de Processo Penal Italiano de 1930, justificando a manutenção do inquérito policial da seguinte forma:

Há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas.⁴³

Bookseller, 1997. v. 1, p. 152; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 249; NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 185.

⁴² Entre outros, ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 17 e 211; SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25. GIACOMOLLI, José Nereu. Qualidade do inquérito policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (org.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 162. DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010. t. 1, p. 190. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 2, p. 233-234, maio/ago. de 2018.

⁴³ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941, p. 16699.

E a justa causa exerce papel fundamental na filtragem desses juízos apriorísticos e sugestões tendenciosas, geradoras de investigações criminais temerárias e desnecessárias.

1.2.3.3 Forma documental

Tradicionalmente a doutrina informa, com base no art. 9º do CPP, que o inquérito policial é um procedimento escrito. Com efeito, segundo o referido dispositivo legal, “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. Uma tal previsão estava absolutamente adequada ao tempo em que o Código de Processo Penal entrou em vigor.

Porém, a reforma feita pela Lei nº 11.719/2008 (art. 405, § 1º, do CPP) estabelece que, “sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”. Veja-se que o legislador permitiu que o registro das provas orais possa ser feito por técnicas mais modernas, inclusive por aquelas não mencionadas ou que ainda não foram desenvolvidas. Por isso valeu-se da interpretação analógica.

O legislador perdeu a oportunidade de mudar o art. 9º do CPP. Contudo, não há qualquer óbice ao registro das oitivas no curso do inquérito policial através dos meios e técnicas elencadas no art. 405, § 1º, do CPP. Aliás, esse dispositivo faz menção expressa a *investigado* e *indiciado*, embora com o equívoco técnico de referir-se a “depoimento do investigado, ofendido e testemunhas”, quando se sabe que apenas a testemunha presta depoimento. A vítima presta declarações e o investigado, declarações ou interrogatório, se antes ou depois do seu indiciamento, respectivamente. Portanto, como destaca Renato Brasileiro, “seja por força de uma interpretação progressiva, seja por conta de uma aplicação subsidiária do art. 405, § 1º, do CPP, há de se admitir a utilização desses novos meios tecnológicos no curso do inquérito”.⁴⁴

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015. p 116.

O que se observa é uma evolução na forma de registro dessas oitivas, indo da escrita (literalmente!), passando pela datilografada, digitalizada (como já é feita há muito tempo), até chegar aos meios mais modernos, previstos ou permitidos pela reforma de 2008.⁴⁵

A principal finalidade da mudança parece clara: obter a maior fidelidade possível das informações prestadas oralmente, evitando, desse modo, as distorções entre o que é dito e o que é transcrito.

1.2.3.4 Dispensabilidade

O inquérito policial é dispensável. Isso significa que o titular da ação penal pode propô-la com base em outros elementos de convicção acerca da materialidade e autoria do caso penal em apreço.

Esta característica é decorrência lógica do sistema multifacetado de investigação preliminar adotado no Brasil. Não há monopólio da Polícia Judiciária na investigação criminal. Diversas outras instituições podem realizar investigações. E o resultado delas pode servir de base para a propositura da ação penal.

Além disso, nas hipóteses de ação penal pública, qualquer do povo pode provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo as informações essenciais quanto à autoria e materialidade, nos termos do art. 27 do CPP. Além desse dispositivo, também os arts. 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, todos do CPP, lidos sistematicamente, dispensam o inquérito policial.

1.2.3.5 Sigilosidade

A publicidade é a regra no processo penal brasileiro. Ela serve tanto para legitimar quanto para fiscalizar e controlar os atos dos atores da persecução penal. Com efeito, segundo Scarance Fernandes, “Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedade no desenrolar da causa [...]”.⁴⁶

A publicidade possui fundamento constitucional, convencional e legal. Com efeito, a Constituição Federal faz referência à publicidade em diversos dispositivos, a exemplo do art. 5º, incs. XXXIII e LX, além do art. 93, inc. IX. De igual modo, a Convenção

⁴⁵ No mesmo sentido, cf. TRINDADE, Daniel Messias da Trindade. *O garantismo penal e a atividade de polícia judiciária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 24. MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de inquérito policial*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 41.

⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2005. p. 72.

Americana sobre Direitos Humanos (Dec. nº 678/1992), no art. 8º, § 5º, e o Código de Processo Penal (art. 792, *caput*).

Essa publicidade, no entanto, não é absoluta, podendo ser restringida, como o fazem todos os atos normativos referidos, às partes e ao juiz, por diversas razões, a exemplo do interesse de preservação da intimidade; por interesse da justiça; para evitar escândalo, inconveniente grave ou quando houver perigo de perturbação da ordem (art. 792, § 1º, do CPP).

Outra hipótese legal de sigilidade é a que diz respeito às informações consideradas imprescindíveis à segurança do Estado ou da sociedade, entre as quais, as que podem comprometer a investigação policial (art. 23, inc. VIII, da Lei nº 12.527/2011).

É nesse contexto de possibilidade de restrição da publicidade que o Código de Processo Penal estabelece, no art. 20, que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O sigilo do inquérito policial, portanto, nada mais é do que a chamada publicidade interna ou restrita. Como regra, o sigilo é mantido pelo Delegado de Polícia independente de determinação judicial, decorrendo ou de ordem legal (art. 234-B, do CP) ou de possibilidade legal, sendo que, neste último caso, o Delegado decretará o sigilo a partir da análise do caso concreto, sempre em despacho fundamentado e a partir dos parâmetros legais.

Excepcionalmente, entretanto, nos termos da Lei nº 12.850/2013, o sigilo da investigação será decretado pelo Juiz, hipótese em que o acesso do advogado aos autos sob sigilo também dependerá de autorização judicial (art. 23).

O STF regulamentou a matéria, através da Súmula Vinculante nº 14, segundo a qual, “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

A teor da própria Súmula, o acesso amplo da defesa só diz respeito aos procedimentos investigatórios já documentados. Não alcança, portanto, medidas cautelares e meios de obtenção de provas cuja eficácia está condicionada ao desconhecimento da defesa, como a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a infiltração policial, etc. Por isso permanece sem ser documentada até sua conclusão.

No caso de descumprimento da referida súmula pela autoridade policial, caberá Reclamação Constitucional diretamente ao STF (art. 102, inc. I, alínea “I”, da CF). A jurisprudência tem admitido também mandado de segurança e *habeas corpus*.⁴⁷

A Lei nº 13.245/2016 alterou o Estatuto da OAB para possibilitar que o advogado tenha acesso à investigação policial e possa fazer cópia dos autos, inclusive das que estiverem sob sigilo, exigindo-se, para tanto, neste último caso, apenas que o causídico tenha procuração do interessado (art. 7º, inc. XIV, c/c o § 10, do EOAB).

À semelhança da Súmula Vinculante nº 14, a Lei nº 13.245/2016 também restringiu o acesso do defensor aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, sempre que houver risco de comprometimento da eficiência ou da finalidade das diligências (art. 7º, § 11, do EOAB).

A violação do sigilo de algumas informações no curso da investigação configura crime, a exemplo do previsto no art. 325 do Código Penal e do art. 10 da Lei nº 9.296/96. Também constitui crime (art. 32 da Lei nº 13.869/2016) negar acesso do defensor do imputado aos autos de investigação criminal.

Apesar de tudo o que se disse, há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sigilo, no inquérito policial, é excepcional e que, de acordo com o princípio republicano, deve ser afastado, em prol do direito público à informação.⁴⁸

1.2.3.6 Inquisitorialidade mitigada

A doutrina majoritária entende que o inquérito policial é inquisitório, pois se não há acusação, não haveria razão para defesa ou exercício do contraditório. Mas a questão não é tão simples como parece.

Ao ser ouvido, por exemplo, o investigado tem o direito de permanecer em silêncio ou falar, se quiser, exercendo a chamada autodefesa negativa ou positiva, respectivamente; tem o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo; pode requerer diligências; ter sua prisão comunicada ao seu advogado ou à Defensoria Pública, entre outros direitos.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 120.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 5.553-DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 27 fev. 2015.

Como lembra Leonardo Machado, “A questão, por aqui, é de grau ou de nível quanto a esses direitos fundamentais, inerentes à garantia maior do devido procedimento legal (art. 5º, LIV, da CF), a qual também vincula o inquérito policial em um Estado de Direito”.⁴⁹

Além disso, a Lei nº 12.403/2011 introduziu, de forma inquestionável, o chamado contraditório prévio ou antecipado, ainda no inquérito policial, ao determinar que “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo...” (art. 282, § 3º, do CPP).

Aliás, o art. 155 do Código de Processo Penal já trazia uma hipótese de contraditório prévio, qual seja, a referente à produção de provas antecipadas, as quais, embora se esteja na fase de investigação preliminar, são produzidas em juízo e em procedimento contraditório.

Outra mitigação da inquisitorialidade do inquérito policial ocorreu com a chamada audiência de custódia ou de garantia, através da qual o preso em flagrante delito é apresentado ao juiz, o qual, na presença do membro do Ministério Público e do defensor, deve analisar qual a melhor medida a ser tomada.

Obviamente sua decisão deve levar em conta os argumentos tanto do órgão acusador quanto da defesa, em verdadeiro exercício do contraditório, aqui compreendido como a “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”⁵⁰ (itálico no original).

Por fim, entende-se que também a Lei nº 13.245/2016 enfraqueceu a inquisitorialidade do inquérito, ao prever que o advogado tem o direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos (art. 7º, inc. XXI).

⁴⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de inquérito policial*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 28.

⁵⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 82.

Especificamente no que tange à apresentação de razões e quesitos, a defesa pode fazê-lo através de assistente técnico. Sabe-se que, nos termos da reforma de 2008 (art. 159, § 5º, inc. II, do CPP), o assistente técnico não atuaria na colheita da prova, na realização dos exames nem tampouco nas conclusões do laudo pericial.⁵¹ Ele apenas seria intimado a se manifestar, em parecer escrito ou em depoimento em juízo, sobre as perícias realizadas pelos peritos oficiais ou, na falta desses, pelos nomeados.

Contudo, de acordo com o art. 3º-B inc. XVI, do CPP, introduzido pelo chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), compete ao juiz de garantias, o qual “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário,” entre outras coisas, “deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia”.

Ocorre que a competência do juiz de garantias limita-se à fase preliminar de investigação, não podendo atuar no curso da ação penal (art. 3º-C, do CPP). Desse modo, a novel Lei nº 13.964/2019 teria possibilitado a nomeação de assistente técnico no curso da investigação preliminar? Entende-se que sim.

Tendo em vista que a grande maioria dos meios de obtenção de prova, provas irrepetíveis, além das provas antecipadas, são produzidas ainda na fase preliminar, bem como diante da possibilidade de migração de tais elementos para o processo, inclusive podendo servir de base para a sentença penal condenatória (art. 155, *caput*, do CPP), nada mais lógico e salutar para a preservação da cadeia de custódia probatória, assim também à garantia do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência do imputado, que seja admissível a participação do assistente técnico nessa fase e não apenas no curso da ação penal.

Além disso, uma tal admissão impossibilitaria a hipótese aventada por Gustavo Badaró,⁵² de que, no contexto do inquérito policial, há um “primado das hipóteses sobre os fatos”, sem maiores prejuízos. Parece de todo o contrário, exatamente pela menor incidência dos direitos e garantias fundamentais nessa fase preliminar.

⁵¹ Admitindo a nomeação de assistente técnico já na fase de investigação preliminar, cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2009. p. 181; e SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 218-219.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 147.

Apesar disso, o art. 3º-B encontra-se com sua eficácia suspensa cautelarmente pelo Min. Luiz Fux, nos autos da ADI nº 6299/DF.

Por fim, sustenta-se aqui que o Delegado de Polícia, a partir dessas mudanças legislativas, tem o dever funcional de, no momento do despacho de indiciamento ou de não indiciamento, ou ainda, no relatório final do inquérito, analisar e cotejar os argumentos, quesitos ou razões apresentadas pelo advogado.

1.2.3.7 Obrigatoriedade

Apesar de predominar na doutrina pátria que o inquérito policial é discricionário ou facultativo, isso é um equívoco decorrente do parâmetro utilizado pela doutrina que defende esse posicionamento.

Esse entendimento decorre do fato de ser o inquérito dispensável, como já analisado. A dispensabilidade, porém, tem como parâmetro o sistema de investigação preliminar, como gênero que é. Já a obrigatoriedade tem como parâmetro apenas a investigação policial.

Assim, havendo justa causa, a autoridade policial deve instaurar o respectivo inquérito policial, caso se trate de crime de ação penal pública incondicionada. Quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada ou ação penal privada, por óbvio, a instauração do inquérito dependerá da satisfação das condições objetivas de procedibilidade, no caso, da representação da vítima ou da requisição do Ministro da Justiça, no caso de ação penal pública condicionada, e do requerimento da vítima, na hipótese de ação penal privada.

Evidentemente que a obrigatoriedade, que decorre da legalidade da atuação investigativa, pressupõe a análise, por parte da autoridade policial, da justa causa. Somente a partir da constatação da presença da justa causa, estará obrigado o Delegado de Polícia a dar início à investigação formal.

1.2.3.8 Oficialidade

O inquérito policial só pode ser presidido pelo Delegado de Polícia, como legítimo representante da Polícia Judiciária, órgão oficial do Estado responsável pela investigação de infrações penais.

Como destaca Moraes Pitombo, “A promoção e a movimentação do procedimento de inquérito policial, pelo específico órgão estatal da persecução extrajudicial, em regra, consiste em dever funcional inafastável”.⁵³

Neste sentido, a Lei nº 12.830/2013 dispõe, no art. 2º, *caput*, que “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”.

Isso significa que, independente da natureza da ação penal do crime praticado, sua investigação através de inquérito policial será sempre exclusividade estatal. Os §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal reforçam a oficialidade como característica do inquérito policial.

1.2.3.9 Oficiosidade

Sempre que se tratar de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial deverá instaurar o respectivo inquérito policial, independente de qualquer provocação, ou seja, de ofício (art. 5º, inc. I, do CPP).

Como a ação penal pública incondicionada é a regra no processo penal brasileiro, a oficiosidade também o é. Como já mencionado, quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada ou ação penal privada, o Delegado de Polícia dependerá da satisfação da condição objetiva de procedibilidade para instaurar o respectivo inquérito policial (art. 5º, §§ 4º e 5º, do CPP), até porque, como se verá no terceiro capítulo, as condições objetivas de procedibilidade compõem a estrutura dogmática da justa causa para a investigação.

1.2.3.10 Indisponibilidade

Como decorrência lógica da obrigatoriedade, o inquérito policial que investiga crime de ação penal pública incondicionada é também indisponível. Isso significa que, uma vez instaurado, a autoridade policial não pode arquivar o inquérito, conforme determina o art. 17 do CPP.

O arquivamento de qualquer procedimento investigatório dependerá da manifestação do membro do Ministério Público, a teor do previsto no art. 28 do Código de Processo Penal.

⁵³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *A polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991. p. 37.

Tratando-se de crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou do Ministro da Justiça, da mesma forma que o início da investigação depende dessa condição objetiva de procedibilidade, será possível, uma vez instaurado o inquérito, seu curso ser paralisado, bastando que ocorra a retratação da representação ou da requisição, com a consequente extinção da punibilidade, no primeiro caso, pela decadência, e no segundo, pela prescrição. Nesses casos, deverá a autoridade policial encaminhar os autos ao Juiz competente, para que declare extinta a punibilidade. Caso não o faça, caberá impetração de *habeas corpus*.⁵⁴

1.2.3.11 Informatividade

O inquérito policial é um procedimento informativo que objetiva a colheita de elementos de prova acerca da autoria e materialidade delitiva. Chamam-se elementos de prova ou elementos de informação por serem produzidos, como regra, sem o contraditório, em juízo preliminar de cognição sumária, objetivando alcançar a probabilidade acerca do caso penal e servindo à formação da *opinio delicti* do acusador ou às decisões interlocutórias jurisdicionais acerca de medidas cautelares ou meios de obtenção de provas.

Por esta razão, o legislador só permite que o juiz forme sua convicção por meio da apreciação da prova produzida em contraditório, no curso do processo, ao mesmo tempo em que o proíbe, como regra, de condenar alguém com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos no curso da investigação, conforme dispõe o art. 155 do CPP.

As exceções são as provas irrepetíveis (perícias, por exemplo), provas cautelares (medidas cautelares e meios de obtenção de prova) e as provas antecipadas. Essa possibilidade migratória desses elementos de prova para o processo é um dos pontos críticos da fase preliminar de investigação, principalmente porque, como leciona Nereu Giacomolli, “é a valoração atribuída a esta fase procedimental, no desenvolvimento da fase do contraditório judicial que determinará um processo democrático e constitucionalmente adequado ou um simulacro de processo”.⁵⁵

1.2.3.12 Prorrogação

De acordo com o art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal, sempre que o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a

⁵⁴ CAMPOS, Walfredo Cunha. *Curso completo de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 127.

⁵⁵ GIACOMOLLI, José Nereu. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 99.

devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Os prazos para a conclusão do inquérito policial sempre foram os mais diversos e sem parâmetros razoáveis. Como regra, os critérios legais são a prisão ou a liberdade do imputado e a complexidade da investigação. Essas métricas, porém, não são suficientes e geram muitas incongruências.

Como regra geral (art. 10, *caput*, do CPP), e antes da Lei nº 13.964/2019, estando preso em flagrante ou preventivamente o indiciado, o inquérito deveria ser concluído em 10 (dez) dias, não podendo ser prorrogado. Se estivesse solto, o prazo para a conclusão do inquérito seria de 30 (trinta) dias, prorrogáveis pelo tempo que fosse necessário para sua conclusão (art. 10, § 3º, do CPP).

Segundo o legislador, essa prorrogabilidade do inquérito não possui limite temporal, devendo-se atentar, entretanto, para o princípio da razoável duração do processo, igualmente aplicável na esfera preliminar (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF).

Tratando-se de inquérito policial federal, estando o indiciado preso, o prazo para sua conclusão é de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período (art. 66 da Lei nº 5.010/1966). Se o investigado estiver solto, segue a regra geral do CPP, ou seja, o prazo será de 30 (trinta) dias, prorrogável pelo tempo que for necessário para sua conclusão.

Se o inquérito disser respeito a investigação de crimes relacionados ao tráfico de drogas, o prazo para a sua conclusão será de 30 (trinta) dias, se estiver preso o indiciado, e de 90 (noventa) dias se o investigado estiver solto (art. 51, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). Esses prazos podem ser duplicados pelo juiz, de acordo com o art. 51, par. único, da referida lei.

Havendo prisão temporária do investigado, o inquérito deverá ser concluído no prazo de 5 (dias), prorrogável por mais 5 (cinco) (art. 2º da lei nº 7.960/1089); ou em 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta), se se tratar de crimes hediondos ou equiparados (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990).

Já nos crimes contra a economia popular, o prazo para a conclusão do inquérito policial, estando preso ou solto o investigado, será de 10 (dez) dias, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei nº 1.521/1951).

Por fim, em se tratando de inquérito policial que investigue crimes contra a propriedade imaterial de ação penal privada, sua conclusão deverá ocorrer antes de 8 (oito) dias, se o investigado estiver preso (art. 530 do CPP) e antes de 30 (trinta) dias se estiver solto (art. 529 do CPP).

A Lei nº 13.964/2019 trouxe uma única mudança quanto à característica sob análise, bastante razoável, diga-se, que foi a possibilidade de o juiz de garantias prorrogar, uma única vez, o prazo de conclusão do inquérito policial, pelo prazo de 15 (quinze) dias, quando estiver preso o investigado (art. 3º-B, § 2º, do CPP). Razoável porque não havia qualquer razão, lógica ou jurídica para que fosse possível a prorrogação do prazo de conclusão do inquérito policial federal, estando o indiciado preso, ou quando se tratasse de inquérito que investigasse tráfico de entorpecentes, e não o ser quando se tratasse de inquérito estadual.

O novo dispositivo trouxe aquilo que Marcus Paulo⁵⁶ chamou de universalização da prorrogabilidade do inquérito, antes prevista apenas nas referidas leis especiais. Ainda de acordo com o referido autor, todas as hipóteses de prorrogação de prazo para a conclusão de inquérito policial estando o investigado preso são inconstitucionais, por ferirem os princípios da duração razoável da persecução penal, do devido processo legal e da presunção de inocência.⁵⁷

Entende-se que esse dispositivo aplica-se exclusivamente à regra geral do Código de Processo Penal, que antes não previa tal possibilidade.

De todo modo, o art. 3º-B encontra-se com sua eficácia suspensa cautelarmente pelo Min. Luiz Fux, nos autos da ADI nº 6299/DF.

1.2.3.13 Sumariedade cognitiva

O inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação criminal se inicia a partir de uma *notitia criminis*, a qual indica a *possibilidade* da prática de um fato criminoso, e se desenvolve, como já mencionado, com o fim de se alcançar a *probabilidade* de que, de fato, a infração penal investigada tenha ocorrido, quem a praticou e em que circunstâncias, possibilitando, desse modo, a formação da *opinio delicti* por parte do órgão acusador, o qual decidirá pela propositura da ação penal ou pelo arquivamento da investigação, e possibilitará,

⁵⁶ SANTOS, Marcus Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020. p. 65.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 67.

caso a ação seja proposta, ao juiz do caso, tomar uma *decisão*, inclusive condenando o réu, caso seja possível se alcançar a *certeza* sobre sua culpabilidade. Esse é o *iter* da persecução penal.

Do mesmo modo que existe uma gradação ou um escalonamento entre notícia, opinião e decisão sobre a infração penal e entre os juízos de possibilidade, probabilidade e certeza, também existe quanto à cognição ao longo da persecução penal.

Com efeito, como destaca Frederico Marques,⁵⁸ referindo-se apenas ao aspecto probatório, se para o nascimento de uma investigação, que é uma *informatio delicti*, é necessário apenas a *notitia criminis*, para a propositura da ação penal é necessário a *opinio delicti*, que ele considera como suspeita da prática do fato típico, e, para a prisão em flagrante, prisão preventiva ou pronúncia, é necessário o *corpus delicti* ou *corpus criminis*, ou seja, a adequação típica comprovada.

E mais, conclui o autor, analisando a relação entre esses institutos:

Do nominativo *notitia*, para *opinio* e deste para *corpus*, há uma graduação ascendente do elemento determinante em relação ao complemento do genitivo *criminis* ou *delicti*. Essas variações de grau traduzem o escalonamento da forma de cognição (notícia, suspeita e prova) da existência de fato típico.⁵⁹

Segundo Kazuo Watanabe,⁶⁰ a cognição no âmbito do processo civil pode ser compreendida em dois planos distintos: a) horizontal, que diz respeito à extensão, amplitude; e b) vertical, a qual se refere à profundidade. No primeiro plano, a cognição se limita pelos elementos objetivos do processo, podendo ser plena ou limitada. Já no plano vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária.

Trasladando para o processo penal, mais especificamente para o âmbito da investigação preliminar, e partindo do pressuposto de que existe uma “inviabilidade ontológica” do inquérito policial para a cognição exauriente, Ricardo Gloeckner⁶¹ entende que a sumariedade cognitiva pode ser qualitativa e quantitativa. A primeira diz respeito ao objeto

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 130.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127.

⁶¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner (org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 86-87.

da investigação, ou seja, ao grau de profundidade da investigação sobre a *notitia criminis*. Já a quantitativa diz respeito ao prazo para a conclusão da investigação.

Ainda de acordo com o referido autor, a sumarização qualitativa da investigação se dá em dois planos distintos: a) horizontal; e b) vertical. No plano horizontal, tem-se a limitação dos elementos informativos ou elementos de prova capazes de formar a convicção do órgão investigador acerca da probabilidade da ocorrência dos fatos que são objeto da notícia do crime. Já no plano vertical, tem-se os elementos formadores do conceito analítico de crime, ou seja, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, bem como acerca dos elementos da punibilidade.⁶² Mais que isso, como será visto no último capítulo, sustenta-se que, no plano vertical, a cognição feita pela autoridade policial abrange todos os elementos que compõe a justa causa para a investigação.

Contudo, mesmo no curso da investigação, percebem-se diferentes juízos e graus de cognição, a depender do ato praticado. Como se disse acima, para a instauração de um procedimento investigativo, mediante portaria, necessita-se apenas de um juízo de possibilidade da prática de uma infração penal. Porém, para sua instauração por auto de prisão em flagrante, ou para a representação por medidas cautelares ou meios de obtenção de prova, ou ainda, para o indiciamento do investigado, necessita-se de um juízo de probabilidade da prática da infração penal investigada.

Com efeito, segundo Pitombo,⁶³ referindo-se à fase procedimental do inquérito policial, existem dois juízos, quanto à autoria (melhor dizer quanto à justa causa) possíveis: do possível e do provável. Para o processualista, o juízo de possibilidade é aquele que surge neutral, sem motivos fortes pró ou contra. Por outro lado, o juízo de probabilidade surge aneutral, como verossímil, aproximando-se da verdade sem ser necessariamente verdadeiro, partindo de razões fortes, porém, ainda não decisivas.

Mas como aferir esses juízos de possibilidade e probabilidade, únicos alcançáveis em uma investigação criminal? Partindo das ideias carneluttianas sobre o tema, especialmente a de que a diferença entre eles é essencialmente quantitativa, Gustavo Badaró⁶⁴ sustenta que

⁶² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner (org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 87.

⁶³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Obra em processo penal*. São Paulo: Singular, 2018. p. 163.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 164.

haverá possibilidade quando existir equivalência entre as razões favoráveis e contrárias da hipótese sobre o caso penal. Por outro lado, haverá probabilidade quando existir predominância das razões positivas sobre as negativas, ou destas sobre aquelas.

De tudo o quanto se disse, percebe-se que a sumariedade cognitiva da investigação é congênita, seja pela sua instrumentalidade qualificada, servindo essencialmente à formação da justa causa para a propositura da ação penal; seja pelas limitações probatórias inerentes à produção sem contraditório, ressalvadas as hipóteses de provas cautelares, as irrepetíveis e as antecipadas; seja ainda pelo prazo para a sua conclusão.

1.2.3 Formas de instauração

Ao contrário do que defende a doutrina majoritária, o ato inaugural do inquérito policial não depende da forma pela qual o Delegado de Polícia toma conhecimento da prática de um crime. Contudo, a cognição do crime é importante para a instauração do inquérito e se relaciona estreitamente com ela, afinal, é a forma como a autoridade policial toma conhecimento da prática de uma infração penal, razão pela qual é importante que o tema seja desenvolvido, antes de se tratar das formas de instauração do inquérito policial.

Nesse sentido, o Delegado de Polícia pode conhecer da prática de um crime de três formas básicas, a saber: a) cognição imediata ou informal; b) cognição mediata ou formal; e c) cognição coercitiva.

1.2.3.1 Cognição imediata, espontânea ou informal

A *notitia criminis* será imediata quando a autoridade policial tomar conhecimento da infração independente de provocação formal, ou seja, através do desempenho rotineiro de suas atividades. Por isso diz-se espontânea.

No desempenho de suas atividades, o delegado de polícia pode ficar sabendo da prática de uma infração penal de diversas formas: a) registro de boletim de ocorrência; b) *delatio criminis*, feita por qualquer do povo (art. 5º, § 3º, do CPP), podendo ser verbal ou escrita; c) noticiário na imprensa televisiva, radiofônica, jornalística ou através das mídias sociais; d) relatórios policiais, normalmente feitos em cumprimento a ordens de missão expedidas pelo delegado de polícia; e) delação apócrifa; f) encontro fortuito de crimes, também conhecido por serendipidade, principalmente nos casos de confissão do investigado, interceptações telefônicas e buscas e apreensões; g) comunicação obrigatória de crimes de

ação penal pública incondicionada, nas hipóteses do art. 66 da Lei das Contravenções Penais; h) encontro do corpo de delito, como no caso de achado de cadáver; i) infiltração policial; j) colaboração premiada.

Nestes casos, tratando-se de crimes de ação penal pública incondicionada, o Delegado de Polícia deverá instaurar inquérito independente de qualquer provocação, mediante portaria. Se se tratar de crime de ação penal pública condicionada, a instauração do respectivo inquérito dependerá da representação do ofendido (art. 5º, § 4º, do CPP) ou da requisição do Ministro da Justiça. De igual modo, tratando-se de crime de ação penal privada, o inquérito somente poderá ser instaurado se o ofendido ou seu representante legal assim o desejar (art. 5º, § 5º, do CPP).

A *denúncia anônima*, embora regulamentada recentemente pela Lei nº 13.608/2018, a qual dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações policiais, o chamado *Disque Denúncia*, não pode, por si só ensejar a instauração de um inquérito policial, conforme jurisprudência sedimentada nos tribunais de sobreposição.

Havendo delação apócrifa, deve a autoridade policial instaurar primeiramente uma Verificação Preliminar de Informações, Verificação de Procedência das Informações ou simplesmente Investigação Sumária,⁶⁵ como será desenvolvido no último capítulo. Somente após essa investigação preliminar, e havendo justa causa, deverá o inquérito ser instaurado.

Em sentido contrário ao posicionamento aqui sustentado, posiciona-se Fauzi Hassan, para quem, “[...] admitir investigações ‘prévias’, as quais não possuem qualquer fundamento e regramento legal, pode acarretar sérios riscos à legalidade estrita que norteia o processo penal, ainda que bem intencionada sua finalidade”.⁶⁶

Contudo, a verificação preliminar encontra fundamento normativo no art. 5º, § 3º, do CPP, no art. 27, par. único, da Lei nº 13.869/2019 e no art. 3º, par. único da Resolução nº 23.640/2021 do TSE, justificando-se também por ser um mecanismo coibidor de perseguições, evitando, desse modo, a prática de denúncia caluniosa, e, caso não seja possível evitá-la, ao menos resta a possibilidade de responsabilização, cível e penal, do

⁶⁵ No mesmo sentido, cf. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 190-191.

⁶⁶ CHOUCK, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 122.

agente, tudo pautado na proibição constitucional do anonimato.

Também não parece defensável o argumento segundo o qual a Verificação Preliminar de Informação estaria imune ao controle externo do Ministério Público, já que o próprio Delegado de Polícia poderia arquivá-lo diretamente, uma vez que o art. 28 do CPP é expresso ao exigir que o arquivamento, não só do inquérito policial, mas de quaisquer peças de informação seja controlável pelo Ministério Público e pelo Judiciário.

1.2.3.2 Cognição mediata, provocada ou formal

Sempre que a autoridade policial for expressamente instada a instaurar inquérito policial, teremos aquilo que se convencionou chamar de cognição formal, provocada ou mediata.

São exemplos de cognição formal: a) requisição da autoridade judiciária; b) requisição do membro do Ministério Público; c) requisição do Ministro da Justiça, nos casos de ação penal pública condicionada; d) representação do ofendido ou do seu representante legal, nos casos de ação penal pública condicionada; e) requerimento do ofendido ou de seu representante legal, nas hipóteses de crimes de ação penal privada; f) determinações das autoridades superiores aos delegados, como Delegados Regionais, Superintendentes, Delegado Geral e Secretário de Segurança Pública, no caso das Polícias Cíveis estaduais; e, no âmbito da Polícia Federal, como é o caso dos Superintendentes da Polícia Federal nos Estados e no Distrito Federal, e do Ministro da Justiça.

Apesar da previsão legal do poder requisitório do juiz, neste particular, parece-nos que o mais correto e coerente com o sistema acusatório, é o juiz encaminhar qualquer *notitia criminis* que lhe chegar ao Ministério Público, para que este requirite a instauração de inquérito policial, aplicando-se o art. 40 do CPP.

Com efeito, segundo Gustavo Badaró,⁶⁷ o art. 5º, *caput*, II, do CPP, especificamente na parte em que prevê a possibilidade de o juiz requisitar, de ofício, a instauração de inquérito policial, especialmente diante da regra do art. 83 do CPP, a qual prevê que esse juiz, caso decida alguma medida cautelar, permanecerá competente, por prevenção, para julgar a ação penal. Ou seja, ainda de acordo com o mencionado

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 121. No mesmo sentido, cf. MACHADO, Antonio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99; e LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 70-71.

processualista, “A imparcialidade do juiz é evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento”. Isso porque, “ao requisitar a instauração do inquérito policial o magistrado acaba por exercer funções típicas do titular da ação penal, violando a essência do sistema acusatório, consistente na separação das funções de julgar, acusar e defender, confiadas a sujeitos distintos”.

Em outro sentido, Guilherme Dezem⁶⁸ entende que o sistema acusatório não é atingido com a possibilidade de o magistrado requisitar a instauração de inquérito policial. Para ele, “trata-se de ação que visa possibilitar maiores esclarecimentos sobre aquilo que, em tese, possa ser visto como crime”. Porém, o processualista concorda que o sistema acusatório é violado “quando o sistema permite que este mesmo juiz que tenha requisitado a instauração de inquérito policial possa julgar o processo que se originou de sua requisição”.

A doutrina majoritária entende que o Delegado de Polícia é obrigado a instaurar inquérito quando houver requisição do Ministério Público, uma vez que se trata de ordem, mandamento, e não de pedido ou requerimento. Contudo, este não parece o melhor entendimento.

Não se discute a natureza de uma requisição do Ministério Público. Obviamente que se trata de uma ordem. Porém, mesmo uma ordem encontra limites na legalidade, na convencionalidade e na constitucionalidade. Por não ser o objeto deste trabalho, não se discorrerá sobre a análise, pela autoridade policial, da convencionalidade e constitucionalidade dos atos administrativos e das leis. Mas não se pode admitir que haja obrigatoriedade de instauração de inquérito diante de uma requisição ilegal ou sem justa causa. Imagine-se, por exemplo, que o membro do Ministério Público requirite a instauração de inquérito para a apuração de fato evidentemente atípico, ou que já tenha sido alcançado pela prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade. Por esta razão é que, embora tenha havido requisição do Ministério Público, a instauração do inquérito policial ou qualquer outra investigação dependerá de análise prévia da autoridade policial acerca da justa causa para tanto.

É de se observar que, em todos estes casos, a autoridade policial apenas toma conhecimento da suposta prática de um fato criminoso, através de uma comunicação formal. Mas nenhuma dessas formas é ato inaugural do inquérito policial.

⁶⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2018. p. 184; e CAMPOS, Walfredo Cunha. *Curso completo de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 133.

Nas hipóteses de requisição do Ministro da Justiça, de representação do ofendido ou de requerimento do ofendido, o inquérito policial não poderá ser instaurado sem esses atos, os quais são verdadeiras condições objetivas de procedibilidade, não só para a propositura da ação penal, mas também para a instauração do inquérito, como se vê no art. 5º, §§ 4º (este aplicável, por analogia, à requisição do Ministro da Justiça⁶⁹) e 5º, do CPP.

1.2.3.3 Cognição coercitiva

Por fim, o Delegado de Polícia também poderá tomar conhecimento da prática de um crime pela prisão em flagrante do agente, razão pela qual se diz coercitiva essa cognição.

Entendendo, após análise técnico-jurídica, haver justa causa para a formalização da prisão em flagrante, e tratando-se de crime de ação pública incondicionada, deverá fazê-lo a autoridade policial.

Porém, se se tratar de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de ação penal privada, a formalização da prisão em flagrante dependerá da manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal.

1.2.3.4 Atos instauradores

Segundo a quase totalidade da doutrina nacional, o inquérito policial pode ser instaurado de seis formas: a) de ofício (art. 5º, I, do CPP), nas hipóteses dos crimes de ação penal pública incondicionada; b) mediante representação (art. 5º, § 4º, do CPP), nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido; c) mediante requisição do Ministro da Justiça (art. 145, par. único, do CPP), nos crimes de ação penal pública condicionada à autorização do Ministro da Justiça; d) mediante requerimento do ofendido (art. 5º, II e § 5º, do CPP), no caso de ação penal privada; e) mediante requisição de membro do Poder Judiciário e do Ministério Público (art. 5º, II, do CPP), em qualquer crime, inclusive nas hipóteses de ação penal pública condicionada e ação penal privada, desde que satisfeitas as condições objetivas de procedibilidade; f) mediante auto de prisão em flagrante (art. 8º, do CPP). Apesar dessa predominância, este não nos parece o melhor posicionamento.

⁶⁹ No mesmo sentido, SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 53; MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 91; MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152-153; e FREITAS, Jayme Walmer de; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

Com efeito, se somente o Delegado de Polícia pode presidir o inquérito policial (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/2013), por óbvio, apenas um ato da autoridade policial pode instaurá-lo. Portanto, o auto de prisão em flagrante é, sem dúvida, forma de instauração de inquérito policial, vez que presidido pelo Delegado de Polícia.

Porém, a representação, a requisição do Ministro da Justiça e o requerimento do ofendido são apenas condições objetivas de procedibilidade, sem as quais o Estado não pode iniciar a persecução criminal, como será desenvolvido no último capítulo.

A requisição do Juiz ou do membro do Ministério Público configura uma ordem para a instauração do inquérito. E se é ordem, ela não pode ser a forma instauradora. Seria um contrassenso afirmar que a ordem de um Juiz ou Promotor para que o Delegado de Polícia instaure inquérito policial é, ao mesmo tempo, sua peça inaugural, seu ato instaurador.

Também não parece acertada a doutrina segundo a qual, nestas hipóteses, a autoridade policial deve fazer um simples despacho, na própria requisição, determinando as providências a serem realizadas pelo escrivão.⁷⁰

A doutrina que assim entende, confunde aquilo que provoca uma investigação (*notitia criminis*) com o que a inaugura (ato administrativo instaurador).

O critério determinante para se saber a forma de instauração do inquérito policial não é a cognição do delito, como a maioria entende, mas a liberdade ou a prisão em flagrante do investigado.

Em verdade, o inquérito policial só pode ser instaurado de duas formas,⁷¹ ambas a serem realizadas pelo Delegado de Polícia: a) mediante portaria, em todas as hipóteses em que não houver prisão em flagrante, atendidas as condições objetivas de procedibilidade, claro; e b) mediante auto de prisão em flagrante, quando esta for formalizada.

Nesta oportunidade, importa desenvolver apenas os aspectos essenciais da portaria

⁷⁰ Neste sentido, cf. BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61; e NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal: Arts. 1º ao 90*. Bauru: Edipro, 2002. v. 1, p. 200.

⁷¹ Em sentido semelhante, cf. MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142; NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 189; ROSA, Alexandre Moraes. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 105; e CHOUCK, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 119.

como ato inaugural do inquérito policial, principal forma de investigação no Brasil, vez que a prisão em flagrante possui regramento próprio, típico das prisões processuais, cujo interesse cognitivo dos aspectos mais relevantes para esta pesquisa serão abordados no terceiro capítulo.

A portaria é o documento hábil a inaugurar uma sindicância, como é o caso do inquérito policial e de qualquer instrumento que materializa uma investigação criminal. Segundo Diógenes Gasparini, portaria

é a fórmula pela qual as autoridades de qualquer escalão de comando, desde que inferiores ao Chefe do Executivo, expedem orientações gerais ou especiais aos respectivos subordinados ou designam servidores para o desempenho de certas funções ou, ainda, determinam a abertura de sindicância ou inquérito administrativo.⁷²

No mesmo sentido, a Lei paulista nº 10.177/1998, a qual versa sobre o processo administrativo estadual, estabelece que são atos administrativos de competência comum a “todas as autoridades, até o nível de Diretor de Serviço; às autoridades policiais; aos dirigentes das entidades descentralizadas, bem como, quando estabelecido em norma legal específica, a outras autoridades administrativas, a Portaria” (art. 12, inc. II, *a*).

A lei não estabelece requisitos formais para a confecção da portaria. Contudo, é importante que o Delegado de Polícia narre o fato que será investigado, informe a maneira pela qual tomou conhecimento do mesmo e, se já existir, que indique o nome ou elementos identificadores do suposto autor.

Normalmente não se tem, no momento da portaria, a autoria definida, nem tampouco se sabe, ao certo, qual crime foi praticado. Aliás, o inquérito será instaurado para investigar exatamente isso. Porém, é possível que, desde o início, a autoridade policial já tenha essas informações, instaurando o inquérito para reunir elementos de prova sobre o crime e sobre o autor, bem como em que circunstâncias ele ocorreu.

Não é imprescindível a tipificação da conduta já no ato inaugural do inquérito, até porque normalmente ainda não está clara nesse momento inicial. Essa essencialidade só existe no indiciamento.

Até a edição da Lei nº 13.344/2016, o Código de Processo Penal não havia

⁷² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 81.

estabelecido prazo para a instauração do inquérito policial, somente o fazendo para a sua conclusão. Porém, pela dicção do art. 6º, *caput*, do CPP, no qual o legislador estabelece um rol exemplificativo de diligências a serem tomadas pelo delegado de polícia, pode-se concluir que a instauração do inquérito deveria se dar logo após o conhecimento, pela autoridade policial, da prática do crime.

A Lei nº 13.344/2016, a qual dispõe sobre a prevenção e repressão do tráfico de pessoas, alterou o Código de Processo Penal, introduzindo, no art. 13-B, a exigência de que o inquérito policial para a apuração dos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159, do Código Penal, e no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas após o registro de ocorrência.

Seria importante a extensão desse prazo, ou o estabelecimento de outro, para todos os crimes.

1.3 Investigação criminal democrática

A investigação criminal gera sofrimentos aos que a ela são submetidos, embora a Constituição garanta a necessidade de tratamento de todos como inocentes até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, especialmente pela não incidência obrigatória, nesta fase, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Com efeito, como aponta Frederico Marques,⁷³ não só no curso do processo, mas também na fase preliminar de investigação policial, algumas providências podem ser tomadas que afetam não só a liberdade do imputado, mas também seu patrimônio, a inviolabilidade do seu domicílio, etc, razão pela qual o referido autor os nomina, genericamente, de atos de coação processual e, de forma específica dos atos praticados pela autoridade policial, de atos coativos persecutórios.

Esse fato decorre historicamente da herança inquisitorial do processo penal pátrio. Se se pode falar em “misérias do processo penal”,⁷⁴ mesmo que nele incidam obrigatoriamente o contraditório e ampla defesa, além de outras garantias constitucionais, pode-se falar também, e com mais razão, nas “misérias da investigação criminal”, as quais são

⁷³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 159.

⁷⁴ Referência à epocal obra de CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006.

ainda mais evidentes e potencializadas. A consequência dessa herança autoritária da persecução criminal pátria traz como inevitável consequência a supressão de garantias individuais e a ampliação da violência estatal.

Por estas e outras razões é que, em um Estado Democrático de Direito, a persecução penal, no caso específico que aqui se busca analisar, a investigação criminal, precisa de legitimação, a qual pode ser construída por diversos aspectos e exigências, positivas e negativas, a depender do ato investigativo, a exemplo da legalidade, dos indícios de autoria e materialidade, da inexistência de causas extintivas ou excludentes de punibilidade, das limitações probatórias, etc. Ou seja, a legitimidade democrática da investigação pode ser construída através dos fundamentos, pressupostos, requisitos e limites da persecução penal preliminar, elementos quase sempre relegados a um segundo plano pelos processualistas.

Isso se dá porque, não só o inquérito policial, mas todo o sistema processual penal deve ser visto sob a lupa dos direitos fundamentais, tendo em conta especialmente o fato de que, nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou *filtragem das normas constitucionais*⁷⁵ e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos.⁷⁶

Segundo Canotilho, o Estado constitucional vai além do simples estado de direito e o elemento democrático foi introduzido tanto para limitar o poder quanto para legitimá-lo.⁷⁷ E os direitos e garantias fundamentais, os quais são, segundo o mesmo autor, “um elemento básico para a realização do princípio democrático”,⁷⁸ devem servir, portanto, não só de fundamento, mas também de limite à investigação criminal.⁷⁹

⁷⁵ Expressão de SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, n. 24. Curitiba, passim 2005.

⁷⁶ SANTOS, Cleopas Isaías. A nova sistemática da prisão em flagrante. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação: teoria e prática no estado democrático de direito*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 231-341.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 290.

⁷⁹ No mesmo sentido, cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1, p. 108.

Não por outra razão que o poder constituinte originário declara, já no preâmbulo da Constituição Federal, que se reuniu em assembleia constituinte para instituir um Estado Democrático e inaugura o texto normativo dizendo que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, que tem, entre outros fundamentos, a dignidade da pessoa humana. Este deve ser o farol a iluminar toda a persecução penal pátria.

É precisamente com base na nessa necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais do imputado que: a) o princípio da liberdade é a regra na persecução penal; b) se reconhece o direito de não ser obrigado a produzir provas (ou elementos informativos) contra si mesmo, inclusive com o exercício do direito ao silêncio; c) se devem reconhecer o direito à defesa e ao contraditório mitigados, nas hipóteses já aventadas; d) é proibida a obtenção de provas (ou elementos informativos) por meios ilícitos; e) não se deve abusar de medidas cautelares e meios de obtenção de provas, todos restritivos dos direitos fundamentais do imputado, especialmente das prisões; f) todo ato que restrinja ou possa restringir esses direitos do imputado devem ser motivados; etc.⁸⁰

Aliás, não à toa que, dos atuais 79 incisos do art. 5º da Constituição Federal, detalhador dos direitos e garantias fundamentais, 49 deles relacionam-se, de forma direta ou indireta, à atividade investigativa criminal, especialmente servindo de fundamento ou estabelecendo limites a essa tarefa tão importante em um Estado Democrático de Direito.⁸¹

Não existem espaços imunes às ressonâncias dos direitos fundamentais. O “indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre”, conforme pontuou, com precisão, Marta Saad.⁸²

⁸⁰ Sobre a incidência dos direitos fundamentais no curso da investigação, cf., por todos, CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 97-139 e, especificamente sobre o direito de defesa no inquérito policial, cf. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 198 et seq. e SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 419 et seq.

⁸¹ KFOURI FILHO, Abrahão José. A polícia civil e sua institucionalização no direito brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrine et al. *A polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991. p. 29. O autor faz referência a 77 incisos do art. 5º, dos quais 47 deles se relacionam com a atividade policial, pois anterior à inclusão dos últimos incisos.

⁸² SAAD, op. cit., p. 206.

No mesmo sentido, Nereu Giacomolli⁸³ entende que a “fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, produz importantes efeitos jurídicos, inclusive, no âmbito da investigação criminal”, especialmente porque nela “o suspeito ou imputado não podem ser instrumentalizados, tratados como objeto, como se uma *res* fossem, mas como sujeitos de direitos, sujeitos da *persecutio criminis* e não meros objetos desta”.

Acredita-se que essa legitimidade democrática da investigação criminal pode ser construída, ao menos no que concerne ao objeto de interesse desta pesquisa, que é a deflagração da investigação criminal, a partir da ideia de *justa causa*, como será desenvolvido nos capítulos seguintes, especialmente no último.

⁸³ GIACOMOLLI, José Nereu. Qualidade do inquérito policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (org.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 161.

2 JUSTA CAUSA NO PROCESSO PENAL

2.1 Notas introdutórias

O tema da justa causa é certamente um dos mais debatidos no processo penal pátrio. As divergências são muitas, quase não havendo consenso sobre seus aspectos. Para que se perceba a diversidade de perspectivas sobre ele, Plínio Corrêa identifica oito compreensões doutrinárias sobre a *justa causa*:

A primeira posição vincula a justa causa ao conceito de prisão; a *segunda* utiliza-a para fundamentar a concessão de *habeas corpus* quando o fato imputado não constituir infração penal; a *terceira* fixa a falta de justa causa como figura equivalente às hipóteses do artigo 43 do Código de Processo Penal; a *quarta* situa-a como elemento identificador nos casos de coação ou constrangimento ilegal; a *quinta* vê a presença da justa causa tão-somente na descrição de um fato delituoso na peça acusatória; a *sexta posição*, embora restrita à ação penal privada, apóia-se apenas em indícios ou suspeitas fundadas; a *sétima* elimina a expressão do sistema processual penal brasileiro; a *oitava posição* coloca a justa causa como uma das condições da ação penal.⁸⁴

Além dessas oito posições doutrinárias sobre a justa causa, podemos acrescentar ainda três outras abordagens. A primeira delas é a de Assis Moura,⁸⁵ para quem, embora a justa causa não constitua condição para ação penal, a falta de uma das condições implicará ausência de justa causa. Isso corre, segundo a autora, “porque a *justa causa* para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à *legalidade da acusação*. E, no plano axiológico, à *legitimidade da acusação*”. A mesma autora analisa a justa causa sob uma dupla perspectiva, positiva e negativa: “Compreendida sob o juízo positivo, é a qualidade que torna legítima a acusação”. “E em sua forma negativa, é a falta deste imprescindível atributo, que torna ilícita, infundada, temerária, caluniosa e, acima de tudo, profundamente imoral a imputação”.⁸⁶

A segunda perspectiva é a de Grandinetti de Carvalho⁸⁷ *et al*, que relaciona a justa causa aos preceitos constitucionais, em especial, da dignidade humana e da proporcionalidade. Para os autores, “A justa causa é uma *cláusula de encerramento*, que concretiza, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais da dignidade e da

⁸⁴ CORRÊA, Plínio de Oliveira. Conceito de justa causa. In: ESCRITOS de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Torvo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 247. Lembrando-se que essa análise é anterior à reforma do Código de Processo Penal de 2008.

⁸⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001. p. 221-222.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 250.

⁸⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de *et al*. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 105.

proporcionalidade[...]”. E conclui o mesmo autor, “Ela concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectivas exigidas pela ordem constitucional”.

Por fim, vale destacar o entendimento de Gabriel Divan,⁸⁸ o qual amplifica a análise sobre a justa causa, compreendendo-a a partir de uma perspectiva político-criminal que se desdobra em quatro pilares: a) jurídico-processual; b) jurídico-penal; c) criminológico; e d) sócio-filosófico.

Por essa breve referência, percebe-se facilmente que o tema da justa causa possibilita múltiplas análises, a depender do referencial adotado. Para os interesses desta pesquisa, parece preferível analisar o tema a partir do momento da persecução penal, especialmente tendo em conta o parâmetro principal no debate contemporâneo, que é a ação penal.

Desse modo, são verificáveis posicionamentos que analisam a justa causa fora do contexto da ação penal, inclusive antes de sua propositura, embora exclusivamente referente à prisão cautelar, mas principalmente no âmbito do *habeas corpus*; existe outro grupo teórico que a inclui no âmbito da ação penal, considerando-a como condição autônoma ou relacionando-a com alguma outra ou com todas as demais condições da ação; e existe um grupo que possibilita analisar a justa causa em qualquer momento da persecução penal, inclusive na fase de investigação, não apenas no que tange à prisão cautelar, mas a qualquer ato que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, incluindo a própria instauração do procedimento investigatório.

Porém, apesar dessa problemática e da importância do tema, o tríplice discurso jurídico (doutrinário, jurisprudencial e legislativo) limita-se à análise da justa causa a partir da ação penal. No máximo, são encontradas referências epidérmicas sobre o tema na fase de investigação preliminar, sem o adensamento necessário para a especificidade da investigação. Ou, de outro modo: as análises sobre a justa causa, independente de suas nuances, identifica, aprofundando a matéria, como limite mínimo de incidência desse instituo, a ação penal.

Esta constatação causa estranheza, vez que é no âmbito da investigação criminal que ocorrem ou podem ocorrer as maiores ofensas a direitos fundamentais do imputado, haja vista que as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoável

⁸⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

duração do processo e outras, não são aplicáveis com todo o seu potencial democrático. Ou seja, se no curso do processo penal, onde esses direitos e garantias são exigíveis, defende-se a necessidade de se estabelecer uma justa causa para a intervenção penal do Estado, com muito mais razão, também deve sê-lo na fase preliminar do processo penal.

Por tudo isso é que se pretende, com a presente pesquisa, analisar os já existentes e estabelecer novos critérios objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da justa causa para a instauração de cada um dos procedimentos investigatórios criminais e consequente identificação dos fundamentos e limites constitucionais da fase preliminar do processo penal pátrio.

Antes, porém, é necessário que se analisem os principais aspectos das teorias sobre a justa causa no processo penal, amplamente considerado.

2.2 Teorias sobre a justa causa no processo penal

2.2.1 A justa causa fora do âmbito da ação penal

De acordo com Assis Moura,⁸⁹ “o emprego da expressão ‘justa causa’, no direito brasileiro, está intimamente ligado ao *habeas corpus*, que foi introduzido em nosso país pelo Código Criminal do Império, de 16.12.1830”. E, de forma específica, no direito processual, “remonta ao Código do Processo Criminal de Primeira Instância, de 29.11.1832”.

Ainda com a autora,⁹⁰ o primeiro diploma legal punia, em diversos tipos penais relacionados à liberdade individual, o juiz que deixasse de conceder ordem de *habeas corpus* legalmente requerida; o meirinho que retardasse a intimação da ordem que lhe fosse apresentada ou que deixasse de executá-la; os funcionários responsáveis pela guarda ou transporte do preso; e até mesmo o particular que se recusasse a prestar auxílio a quem fosse responsável pela execução de uma ordem legítima de *habeas corpus*, deixando claro que, em todas essas situações haveria “coação ou constrangimento ilegal”, por isso mesmo ensejadoras de *habeas corpus*.

Por outro lado, o Código do Processo Criminal de Primeira Instância traz, pela primeira vez, a referência à “justa causa”, ao tratar do *habeas corpus*, dispondo (art. 353, inc.

⁸⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001. p. 135.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 136-137.

I) ser ilegal a prisão “quando não houver uma justa causa para ela”.⁹¹ E mais, no art. 340 o mesmo diploma legal possibilitava a impetração de *habeas corpus* não só na hipótese de prisão, mas também de constrangimento ilegal referente à liberdade individual. Ou seja, a ausência de uma causa justa para a prisão ensejaria a concessão de *habeas corpus*.

Galdino Siqueira,⁹² ao analisar o regramento trazido pelo Código de Processo Penal do Império sobre o *habeas corpus*, especificamente no caso de prisão ilegal, afirma que a “*Justa causa* é o motivo legal, e, assim, a prisão é arbitrária si o seu motivo não encontra apoio na lei, como a falta de criminalidade do facto, a falta de prova, não identidade da pessoa, detenção indevida em uma prisão em vez de ser o réo transferido para outra, afim de ser julgado”.

Um novo passo no sentido de ampliar o cabimento do *habeas corpus* é dado pela Lei nº 2033/1871, segundo a qual “o pedido de concessão da ordem de *habeas corpus* tem lugar, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento corporal, mas se veja d'elle ameaçado”. Observe-se que aqui já se tem a possibilidade de antecipação do *habeas corpus*, deixando de ser apenas um remédio repressivo ou liberatório e passando a ser também preventivo.

Ainda na linha temporal de regulamentação do *habeas corpus*, seu tratamento na Constituição da República de 1891 trouxe uma nova expansão do seu objeto. Com efeito, em seu art. 72, parágrafo 22, tem-se o seguinte: “Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

O que se constata, dessa breve referência histórica, é uma constante ampliação protetiva do *habeas corpus*, começando como antídoto contra prisões ilegais, depois servindo contra ameaça de constrangimento corporal, até se constituir como direito de defesa contra violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Segundo Gabriel Divan, essa previsão constitucional foi a ponte para que se pudesse pensar em uma justa causa para além da ideia de prisão/liberdade por ilegalidade e se

⁹¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001. p. 137.

⁹² SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930. p. 397.

passasse a pensar em uma justa causa para a própria ação penal.⁹³ E, acrescente-se, para toda a perseguição penal.

O cabimento de *habeas corpus* foi regulamentado no Código de Processo Penal de 1941 de forma semelhante à primeira previsão constitucional da República. Com efeito, seu art. 647 dispõe que “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. E, logo no artigo seguinte (art. 648), estabelece que a coação será considerada ilegal, entre outras hipóteses, quando não houver justa causa.

Passo fundamental para a ultrapassagem da exclusiva noção de justa causa referenciada pela legalidade, pela prisão e pelo *habeas corpus*, para uma compreensão mais abrangente, é dado, no âmbito doutrinário, por Frederico Marques.⁹⁴ Com efeito, segundo o citado autor, se não houver causa *secundum ius* para o cerceamento ou ameaça ao direito de locomoção, a restrição, dela decorrente, será ilegal. A partir disso, o referido processualista conclui que o “motivo que sirva de apoio à medida coativa, será considerado *contra legem*, desde que não encontre justificativa ou fundamento na ordem jurídica, o que significa que faltará justa causa para a coação, sempre que esta se apresente como ato *contra ius*”. (grifo do autor)

Para o autor, é possível que não haja justa causa mesmo quando um ato esteja de acordo com a lei, caso ele viole princípio geral do direito. Com efeito, em suas exatas palavras, “O ato coativo pode não ser contra a lei e nesta encontrar, até mesmo, dispositivo que o ampare: se, apesar disso, o constrangimento vulnerar princípio geral da ordem jurídica vigente, causando assim moléstia injusta ao direito de locomoção, haverá coação ilegal”.⁹⁵

Apesar dessa constatação, Frederico Marques reconhece que “o caso mais patente e manifesto de ausência de justa causa será aquele em que a coação, de frente, infringir preceito da lei escrita”. Contudo, prossegue, mesmo que as normas da legislação ordinária não sejam afetadas, mas atingido for algum preceito constitucional, igualmente faltará a justa causa a legitimar o constrangimento contra a liberdade de locomoção. E considerando que a Constituição tutela o direito à liberdade, inclusive quando o ato coativo conflita com as

⁹³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 316.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4, p. 365.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 365.

garantias à liberdade de locomoção “decorrentes do regime e dos princípios que ela (a Constituição) adota” (Constituição Federal, art. 144), bem de ver é que amplíssimo se apresenta o conteúdo do texto do Art. 648, nº I, do estatuto processual penal”.⁹⁶

Para o mencionado autor,⁹⁷ em todas as hipóteses do art. 648, identifica-se falta de justa causa, sendo o inc. I apenas a norma genérica, enquanto os incs. II a VII são normas específicas, tendo em vista que não apenas o constrangimento ilegal pode ser desafiado pelo *habeas corpus*, como também a coação, que, embora legal, manifeste-se como abuso de poder.

Ou seja, “Ainda que firmado em lei, o poder de coagir e de prender pode tornar-se abusivo, por estar sendo irregularmente exercido. O ato torna-se *contra jus* e se transforma, destarte, em coação ilegal por falta de justa causa”.⁹⁸ (grifo do autor)

Referindo-se ao art. 648, inc. I, do Código de Processo Penal, Anor Maciel e José Alberto Maciel sustentam que a expressão “justa causa”, usada pelo legislador, no referido dispositivo, “significa, na processualística penal, a razão, o motivo, para processar ou prender. A motivação da denúncia tem de ser exata, reta e legal, conforme a justiça e ao direito, sem o que, há um constrangimento ilegal, uma violência contra a liberdade”.⁹⁹

Ao analisar criticamente essa perspectiva, de forma cirúrgica, Gabriel Divan¹⁰⁰ afirma que, visto dessa forma, a justa causa para a ação penal acaba se tornando prisioneira da estrutura legislativa vigente, deixando de assumir seu potencial crítico dos atos coativos, de tal forma que afasta a possibilidade de sua utilização como parâmetro essencial de análise de toda a persecução penal e consequentemente exclui a possibilidade de outros atores realizarem sua análise, restringindo-a ao magistrado.

2.2.2 A justa causa como condição da ação penal

Entre os que entendem que a justa causa é uma condição da ação, existem aqueles que a relacionam à possibilidade jurídica do pedido, outros, ao interesse de agir, um terceiro

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4, p. 365-366.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 366.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 372.

⁹⁹ MACIEL, Anor Butler; MACIEL, José Alberto Couto. *Habeas corpus por falta de justa causa*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1966. p. 8.

¹⁰⁰ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 370-371.

grupo a considera uma condição autônoma e até mesmo há quem não a considere condição da ação, mas a analisa a partir desse centro referencial, considerando que a ausência de qualquer condição da ação exclui a justa causa.

Cada um desses posicionamentos será analisado individualmente.

2.2.2.1 Justa causa como possibilidade jurídica do pedido

Embora tenha sido uma ferrenha crítica da doutrina pátria que identificava na atipicidade da conduta e na extinção da punibilidade exemplos de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o não acolhimento da chamada teoria asserção ou da “*prospettazione*”,¹⁰¹ Ada Pellegrini mudou seu posicionamento em trabalho mais recente, passando a identificar a justa causa à possibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, a referida autora¹⁰² entendia ser a tipicidade matéria de mérito, representando, no processo penal, a “*causa petendi*”. E o pedido, na ação penal condenatória, será sempre o mesmo, qual seja, a aplicação de uma pena. Diante disso, sustentava¹⁰³ que o art. 43, inc. I, do CPP, já revogado, representava exatamente o permissivo legal para que o juízo de mérito fosse realizado antecipadamente, com todos os efeitos da coisa julgada.

No que dizia respeito à extinção da punibilidade, prevista no já referido e revogado art. 43, inc. II, do CPP, a autora distinguia duas situações: se a extinção da punibilidade fosse decretada após o oferecimento da inicial acusatória, em virtude dos fatos nela narrados, tratar-se-ia de sentença de mérito, fazendo, portanto, coisa julgada material. Contudo, se a extinção da punibilidade tivesse sido decretada em outro processo, sendo apresentada nova denúncia ou queixa, aí sim, haveria carência de ação, não por se tratar de

¹⁰¹ Segundo BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 170-171, “o exame das condições da ação deve ser feito *in statu assertionis*, **tomando-se por verdadeiras as afirmações feitas na petição inicial**. Justamente para distinguir as questões que constituem as condições da ação, daquelas relativas ao omérito, afirma-se que o exame das condições da ação deve ser realizado segundo o afirmado na petição inicial. Isto é, o juiz deve, por hipótese, tomar como verdadeiros os fatos narrados na denúncia ou queixa, para apreciar a **viabilidade** da ação, e impedir que processos inúteis e inviáveis se desenvolvam. As condições da ação têm, portanto, uma clara função de **filtro processual**” (negrito no original). E, conclui o autor, para essa teoria, o método utilizado para distinguir o que é condição da ação do que é mérito, é o grau de cognição realizado pelo juiz, sendo superficial no primeiro caso e profunda no segundo.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 69.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 73.

impossibilidade jurídica do pedido, mas por decorrência dos efeitos da coisa julgada material.¹⁰⁴

Com a reforma feita pela Lei nº 11.719/2008, especialmente com a nova redação do art. 307 do Código de Processo Penal, Ada Pellegrini reformula seu pensamento sobre o tema em comento.

Com efeito, a partir do princípio da legalidade da persecução penal, a autora sustenta que “O ordenamento não permite persecuções levianas, engendradas sem fundamentação, deixadas ao alvedrio dos órgãos delas encarregados. Trata-se, em última análise, de uma garantia do cidadão”. E, prossegue a referida processualista, a condição da ação destinada a impedir a persecução infundada, distanciada da legalidade, é precisamente a possibilidade jurídica da acusação, compreendida como justa causa.¹⁰⁵

Com a redação dos arts. 395 e 397 do Código de Processo Penal, Ada Pellegrini passa a entender que “a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente (ressalvada a inimputabilidade), bem como a atipicidade e a extinção da punibilidade passam a configurar julgamento antecipado do mérito”.

A referida autora conceitua a justa causa como “a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado”, e, a partir de uma perspectiva negativa (impossibilidade jurídica) considera a ausência de justa causa como verdadeira pedra angular do processo penal.¹⁰⁶

Para ela, a carência de justa causa configura hipótese de impossibilidade jurídica do pedido/acusação. “Ou seja, o ordenamento não permite que se formule acusação que não esteja lastreada na justa causa”.¹⁰⁷

Também associando, como regra, a justa causa à possibilidade jurídica do pedido, Vicente Greco Filho¹⁰⁸ sustenta que a “ação penal em que o pedido é juridicamente impossível não pode ser instaurada, pois não tem justa causa, e se instaurada pode ser trancada por meio de *habeas corpus*”.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 74-78.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 76.

¹⁰⁶ Ibid., p. 78.

¹⁰⁷ Ibid., p. 80.

¹⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

Para o citado autor,¹⁰⁹ a finalidade prática dessa condição da ação é deixar claro que “não é conveniente, sendo aliás, abusivo, o desenvolvimento oneroso de uma ação penal quando desde logo se afigura inviável, em termos absolutos, o atendimento da pretensão”, seja porque “a ordem jurídica não prevê providência igual à requerida”, seja porque “a ordem jurídica expressamente proíba ou impeça a manifestação judicial sobre a questão”.

2.2.2.2 Justa causa como interesse de agir

Frederico Marques¹¹⁰ filia-se à doutrina de Liebman e sustenta, a partir do revogado art. 43, do Código de Processo Penal, a existência de três condições gerais da ação: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse de agir; e c) legitimação da parte.

Embora o referido autor considere a justa causa como fundamental, *conditio sine qua non*, da persecução penal, como requisito da instauração de um *processus justus*, ele a assemelha ao interesse de agir. Com efeito, para o processualista, “A justa causa confunde-se com o legítimo interesse de agir do órgão acusatório”.¹¹¹

Em razão dessa simbiose, Frederico Marques¹¹² entende que a omissão do legislador quanto à referência expressa do legítimo interesse no Código de Processo Penal é suprida pela referência à justa causa no art. 648, inc. I do mesmo código.

Nesse particular, Tourinho Filho sustenta¹¹³ que “a ausência de texto expresso se justifica porque no Código existem várias normas exuberantes, mostrando que para a propositura da ação penal é preciso existam elementos que deem base razoável à acusação”, a exemplo dos arts. 4º, 12, 18, 27, 39, § 5º e 44, § 6º, todos do CPP.

Para Frederico Marques, “O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida”. Como consequência, “somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida”.¹¹⁴ Desse modo, faltarão interesse de agir, e portanto, justa causa, quando o pedido

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129-130.

¹¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 293.

¹¹¹ *Ibid.*, v. 2, p. 360.

¹¹² *Ibid.*, v. 2, p. 163.

¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 604.

¹¹⁴ MARQUES, op. cit., v. 1, p. 294.

disser respeito a fato atípico¹¹⁵ ou se os fatos apurados na investigação preliminar não tiverem potencial de afetação aos bens jurídicos tutelados.¹¹⁶

No mesmo sentido é o entendimento de Lauria Tucci,¹¹⁷ para quem, embora admita seja a conceituação de justa causa, no processo penal, inespecífica, ela está relacionada ao legítimo interesse e, portanto, ao interesse de agir.

Essa perspectiva sofreu duras críticas de Ada Pellegrini,¹¹⁸ para quem o interesse de agir não pode ser considerado condição de admissibilidade da ação penal condenatória, vez que é implícito a toda acusação, como decorrência lógica do princípio da necessidade do processo, bem como porque o provimento condenatório é sempre adequado para atingir o objetivo almejado, previsto em lei.

Para a citada processualista,¹¹⁹ tanto a justa causa quanto a antijuridicidade dizem respeito a condições de procedência, não de admissibilidade do pedido, isso porque o interesse de agir não pode se referir à existência, nem à aparência do direito material, que é primário.

Ainda segundo seu entendimento,¹²⁰ identificar o interesse de agir com o “*fumus boni iuris*” (ou justa causa), “significa, em última análise, que o juiz deveria avaliar a possibilidade de que exista o direito subjetivo que o autor alegou”. Contudo, prossegue a autora, “no processo não se pode distinguir entre diversas graduações de improcedência do pedido”. Ou seja, “entre pedido infundado ‘prima facie’ e pedido infundado em concreto e, correlativamente, entre diversos tipos de provimentos, o primeiro de inadmissibilidade, o segundo de improcedência quanto ao mérito do pedido”.

Como explicar, então, o “trancamento” da ação penal, sem julgamento de mérito, por falta de “justa causa” (art. 648, inc. I, do CPP)? Questiona-se a autora, respondendo¹²¹ que é “a própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito invocado, para evitar a lide temerária”, uma vez que, prossegue em sua justificação,

¹¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 293.

¹¹⁶ Ibid., v. 2, p. 163.

¹¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002. p. 95.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 131-132.

¹¹⁹ Ibid., p. 133.

¹²⁰ Ibid., p. 119.

¹²¹ Ibid., p. 127.

“o processo representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, frequentemente, da dignidade mesma”.

2.2.2.3 Justa causa como condição autônoma da ação penal

2.2.2.3.1 *Lastro probatório mínimo*

Defensor fervoroso da justa causa como condição autônoma da ação penal, Afrânio Jardim,¹²² ao lado das três condições tradicionalmente apresentadas no âmbito do processo civil (legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir), considera-a como “um lastro probatório mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado”.

Entretanto, adverte o autor, ainda tendo por base o já revogado art. 43, inc. I, do CPP, mas ainda aplicável atualmente o raciocínio, que não é suficiente que a inicial acusatória descreva formalmente uma conduta típica, ilícita e culpável. É necessário que a imputação esteja pautada em elementos de prova colhidos na investigação. De forma mais enfática, afirma que “a acusação não pode resultar de um ato de fé ou de adivinhação do autor da ação penal. Tudo que de essencial ele descrever na denúncia deve estar respaldado na prova do inquérito, ainda que de forma frágil ou incompleta”.¹²³

Em trabalhos mais recentes, Afrânio Jardim muda seu posicionamento, numa tentativa de refiná-lo, passando a distinguir o lastro probatório mínimo da justa causa. Aquilo que antes ele considerava igual, agora é identificado como categorias distintas.

Com efeito, em trabalho publicado em 2016,¹²⁴ o citado autor esclarece que continua entendendo ser o lastro probatório mínimo a quarta condição da ação penal. Contudo, sustenta “que a antiga regra do inc. I, do revogado art. 43, foi substituída pelo inc. III, do atual artigo 395 do Código de Processo Penal. Vale dizer, não haverá justa causa para o processo penal condenatório se ‘o fato narrado na denúncia evidentemente não constituir crime’”. Porém, neste caso, “não mais estamos falando de suporte probatório mínimo da

¹²² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 93.

¹²³ *Ibid.*, p. 98.

¹²⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Empório do direito*. 9 ago. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/justa-causa-para-instauracao-do-processo-penal-condenatorio-por-franio-silva-jardim-1508758576> Acesso em: 7 jun. 2022.

conduta descrita na denúncia ou queixa, mas sim, da imputação, em tese, de uma conduta delituosa. Cuida-se de uma questão de direito, examinada *prima facie*”.

Em síntese, o referido processualista¹²⁵ sustenta que a justa causa pressupõe acusação de uma conduta que, ao menos em tese, seja típica, ilícita e culpável. Portanto, trata-se de uma questão de direito, sendo algo diverso do suporte probatório mínimo de tudo o que esteja narrado na acusação.

A partir dessa distinção, Afrânio Jardim¹²⁶ sugere o reconhecimento de uma nova categoria no processo penal condenatório, qual seja, o “pressuposto de legitimação do processo penal condenatório”. Para o autor, esta seria a natureza jurídica da justa causa, referida no já aludido inc. III do art. 395 do Código de Processo Penal. Em suas palavras, “A justa causa seria um pressuposto para que um processo condenatório fosse legitimamente instaurado. Não pode haver atividade jurisdicional sem acusação, ainda que em tese, de uma conduta delituosa. Seria um processo ilegítimo e injusto”.

Um ano após a publicação do trabalho anterior, Afrânio Jardim¹²⁷ volta a atualizar e ampliar alguns tópicos do seu pensamento acerca do processo penal, ocasião em que afirma, com base no art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal, que a justa causa não mais se confunde com as chamadas condições da ação tradicionais, estas referidas no inc. II do mesmo artigo citado. Dessa forma, o autor passa a entender que “o revogado art. 43 está agora expresso como sendo justa causa, vale dizer, o fato narrado a denúncia ou queixa de ser, ao menos em tese, uma infração penal evidente”, cuja análise deve ser apenas jurídica, não se confundindo com o lastro probatório mínimo.

No que tange à formulação inaugural do autor acerca da justa causa como suporte probatório mínimo, percebe-se uma limitação do potencial da justa causa como legitimadora e limitadora do poder punitivo estatal. Não à toa que o próprio autor, nas suas formulações mais recentes, procurou distinguir os institutos, a fim de manter esse caráter da justa causa.

Sua mais recente proposta acerca da justa causa, como “pressuposto de legitimação do processo penal condenatório”, embora se concorde que ela seja exatamente

¹²⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Empório do direito*. 9 ago. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/justa-causa-para-instauracao-do-processo-penal-condenatorio-por-franio-silva-jardim-1508758576>
Acesso em: 7 jun. 2022.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

isso, da forma como formulado pelo citado processualista, ela continua parecendo ser uma condição da ação, algo semelhante ao que Aury Lopes Jr.¹²⁸ chama de “prática de fato aparentemente criminoso” ou *fumus comissi delicti*, inclusive com o mesmo fundamento normativo, embora este último autor distinga esta condição da ação da justa causa, como se verá abaixo.

Ora, parece elementar que deva existir um mínimo de suporte probatório da aparência de crime para o oferecimento da inicial acusatória, sendo desnecessária a consideração, de forma autônoma, como verdadeira condição da ação penal, aquilo que deve ser pressuposto. O lastro probatório mínimo da prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável é insito e pressuposto para o oferecimento da ação penal. Aliás, como afirmou José Barcelos,¹²⁹ “É axiomático não ser possível a demanda por fato que, em tese, não constitua crime”.

A partir da consideração de que o oferecimento e o recebimento da ação penal não depende, como regra, do inquérito ou das peças de informação; bem como, mesmo nos casos expressamente exigidos pelo legislador de tal acompanhamento, não será possível uma análise antecipada acerca das provas sobre a inocência do acusado, a qual deverá ser feita em contraditório, por ocasião da sentença; José Barcelos conclui que “Não constitui, pois, falta de justa causa para a denúncia ou a queixa, em geral, a falta de produção inicial de prova, que esta pode e deve ser produzida na fase própria”.¹³⁰

Ao que parece, a proposta de Afrânio Jardim se assemelha às formulações de Frederico Marques e Assis Moura, quanto à natureza legitimadora da persecução penal, embora o primeiro autor se limite a relacionar a justa causa, nesse particular, à aparência da prática de crime; ao passo que o segundo relaciona-a ao interesse de agir; e a última, relacione a justa causa a todas as condições da ação, embora sem considerá-la como uma dessas condições, mas afirmando que faltando alguma delas, também faltará a justa causa.

Outros autores partilham do entendimento inicial de Afrânio Jardim, ao relacionar a justa causa com o suporte probatório mínimo. Com efeito, Plínio Corrêa,¹³¹ após considerar

¹²⁸ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 192-193.

¹²⁹ SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 110.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹³¹ CORRÊA, Plínio de Oliveira. Conceito de Justa Causa. In: *ESCRITOS de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Torvo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 247-262. Lembrando-se que essa análise é anterior à reforma do Código de Processo Penal de 2008.

a justa como a base do direito constitucional de petição, genericamente considerado, e de ação, numa perspectiva específica, afirma que ela “consiste na prova incontestável da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria”.

Rubens Casara e Antonio Melchior,¹³² sustentam que, “Por *justa causa*, entende-se o suporte ‘probatório’ mínimo da prática de um crime por uma determinada pessoa” (itálico no original).

No mesmo sentido, André Nicolitt¹³³ entende que “a justa causa consiste em um *lastro probatório mínimo* sobre a existência (materialidade) e autoria de um fato criminoso”.

Também parece ser esse o entendimento de Renato Marcão,¹³⁴ para quem a viabilidade da ação penal depende, além da sua regularidade formal, da demonstração do que for imputado, através de elementos de convicção sobre a autoria e a materialidade delitiva, uma vez que “A imputação não pode afastar-se do conteúdo probatório que lhe serve de suporte”.

Fauzi Hassan,¹³⁵ por sua vez, embora reconheça a pertinência do conceito de justa causa como suporte probatório mínimo, entende que “esse suporte não se confunde com a justa causa em si *mas é, na verdade, o meio de sua demonstração processual*” (itálico no original).

Já Eugênio Pacelli¹³⁶ afirma que sempre admitiu 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”. Especificamente no que tange à questão do lastro probatório mínimo, o referido autor sustenta que o tema deve ser analisado sob a ótica do direito à ampla defesa, uma vez que tal exigência feita ao órgão acusador nada mais é do que a ampliação do direito à ampla defesa, na medida em que possibilita ao acusado conhecer o caminho percorrido na formação da *opinio delicti* e assim, melhor desenvolver sua defesa.

¹³² CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1, p. 443.

¹³³ NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 237.

¹³⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 231.

¹³⁵ CHOUCK, Fauzi Hassan. Justa causa: reflexões em torno da obra de Afrânio Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 173.

¹³⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116-117.

Por fim, embora insinuando que a reforma feita pela Lei nº 11.719/2008 considerou a justa causa como um fenômeno distinto das condições da ação, Gustavo Badaró¹³⁷ afirma que “Inegavelmente, a justa causa se conecta ao fato criminoso e a sua autoria, não bastando a mera tipicidade aparente do fato ou a indicação da autoria do crime”.¹³⁸

2.2.2.3.2 Controle processual do caráter fragmentário do direito penal

Com esteio no art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal, Aury Lopes Jr.¹³⁹ sustenta ser a justa causa uma condição autônoma da ação penal, a qual funciona, seguindo a esteira de Assis Moura, como uma “garantia contra o uso abusivo do direito de acusar”.

Segundo o autor,¹⁴⁰ a justa causa está relacionada a dois fatores: a) à existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade; e b) ao controle processual do caráter fragmentário do da intervenção penal.

Quanto ao primeiro aspecto, seguindo o caminho traçado por Afrânio Jardim, Aury Lopes Jr.¹⁴¹ afirma que a acusação deve ser baseada no “lastro probatório mínimo”, via de regra formado na investigação preliminar, justificador do exercício do direito de acusar. Caso esses elementos informativos sejam insuficientes para a deflagração processual, deverá o juiz rejeitar a inicial acusatória.

O autor¹⁴² tenta diferenciar o “lastro probatório mínimo” da “prática de fato aparentemente criminoso”, ou *fumus comissi delicti*, outra condição autônoma da ação penal, segundo seu entendimento. Para ele, a demonstração da fumaça do cometimento do delito se dá através da análise da aparência de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade. Por outro lado, a análise da justa causa, sob o aspecto em apreço, deve recair sobre os elementos probatórios concretamente apresentados de autoria e materialidade. Essa diferenciação, entretanto, padece de fragilidades evidentes.

Com efeito, a demonstração do *fumus comissi delicti* se dá exatamente por meio de elementos probatórios mínimos, via de regra colhidos na fase preliminar de investigação. Não é possível uma tal análise exclusivamente no campo teórico, abstrato, desconectado do

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 168.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 164.

¹³⁹ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 195-196.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 196.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 196-197.

¹⁴² *Ibid.*, p. 196.

caso penal concretamente sob questão, em cada situação concreta. Portanto, os indícios mínimos de materialidade e autoria poderiam facilmente ser analisados na condição da ação que o autor chamou de *prática de fato aparentemente criminoso*.

Até mesmo Aury Lopes Jr.,¹⁴³ ao tratar da prática de fato aparentemente criminoso, como condição autônoma da ação penal, afirma que, sempre que houver *elementos probatórios* de que o acusado agiu – manifestamente – sob o manto de uma causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude e até mesmo da culpabilidade, deve o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, com base no art. 395, inc. II, do Código de Processo Penal. E se o convencimento do juiz se der apenas após a resposta do acusado, a decisão deverá ser de absolvição sumária, com fundamento no art. 397 do mesmo Código. (sem destaque no original)

Além disso, como bem destacou Gabriel Divan,¹⁴⁴ a hipótese de uma justa causa pautada na existência de indícios mínimos de autoria e materialidade para a ação penal empobrece o potencial crítico do instituto da justa causa, vez que é um elemento óbvio e necessário em um estado democrático de direito. Mais que isso, para o referido autor, uma tal relação “ou é fazer pouco da ideia de *justa causa*, ou é vender barato preceitos democráticos, a ponto de considerar a razoabilidade um artigo de luxo”.

No que tange ao segundo componente da justa causa, segundo Aury Lopes Jr.,¹⁴⁵ qual seja, o controle processual do caráter fragmentário do da intervenção penal, a justa causa funcionaria como um filtro processual da seleção fragmentária de bens jurídicos já realizada pelo Direito Penal. Ou seja, para o referido autor, a justa causa, sob este aspecto, é uma causa de natureza penal cuja exigência se justifica pelo elevado custo processual, inclusive para o réu.

O fundamento constitucional da justa causa, neste particular, ainda segundo o mencionado processualista,¹⁴⁶ seria o princípio da proporcionalidade, sob o ponto de vista da proibição de excesso da intervenção penal, a ser analisada pelo juiz, no momento de receber ou rejeitar a inicial acusatória.

¹⁴³ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 193.

¹⁴⁴ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 373.

¹⁴⁵ LOPES JR., op. cit., p. 197.

¹⁴⁶ Ibid., p. 197.

Por fim, Aury Lopes Jr. situa a análise do princípio da insignificância na justa causa, precisamente neste aspecto do controle processual da fragmentariedade do Direito Penal.

Pelo princípio da fragmentariedade, segundo Juarez Tavares,¹⁴⁷ “o direito penal só pode intervir na liberdade individual quando se tratar de conduta que ofenda bens jurídicos fundamentais ou de lesões intoleráveis que só podem ser evitadas por meio de pena criminal”. Ainda de acordo com o referido penalista, “o princípio da fragmentariedade só pode servir de instrumento limitativo se tiver em conta que a necessidade da criminalização só será legítima se tiver como objeto uma lesão ou um perigo concreto de bem jurídico”.

A análise da fragmentariedade, bem como da necessidade, da lesividade, da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal, contudo, é feita essencialmente pelo legislador, incluindo o constituinte originário, seja no momento da seleção de bens jurídicos dignos e necessitados de tutela penal, seja no estabelecimento de parâmetros para que o julgador aplique, no caso concreto, tais princípios, a exemplo das diversas hipóteses de desnecessidade de aplicação de pena, no caso concreto.

Quanto à proporcionalidade ser o fundamento constitucional da justa causa, de acordo com Aury Lopes Jr., parece haver um equívoco. Em verdade, a proporcionalidade se mostra apenas como um critério que os aplicadores do direito utilizarão para aplicar a fragmentariedade do direito penal, quando autorizado pelo legislador.

Por fim, não parece acertado igualmente situar o princípio da insignificância na justa causa, da forma como o faz Aury Lopes Jr., já que a considera como uma condição autônoma da ação penal, ao lado de outra, que é a prática de fato aparentemente criminoso ou *fumus comissi delicti*, como já referido. Aliás, o próprio processualista¹⁴⁸ reconhece o risco de assim pensar, admitindo que a insignificância poderia ser incluída nessa última condição da ação. Com efeito, a insignificância exclui a tipicidade, portanto, exclui, segundo a proposta do mencionado autor, a prática de fato aparentemente criminoso.

Posicionamento semelhante ao exposto tem Rosmar Alencar,¹⁴⁹ embora com colocação doutrinária diversa. Com efeito, segundo o referido autor, se a falta de justa causa

¹⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 75.

¹⁴⁸ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 197.

¹⁴⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito*. São Paulo: Noeses, 2022. p. 645.

se der por carência de suporte probatório mínimo para a propositura da ação, ela se amolda mais à categoria de pressuposto processual. Por outro lado, quando ela é compreendida a partir da insignificância da infração penal, demonstra ausência de proporcionalidade e se adequa mais à condição para o exercício da ação.

Em verdade, não só a justa causa, na perspectiva apresentada, mas todas as categorias do delito são atingidas pela fragmentariedade do direito penal.

2.2.2.4 Justa causa como critério amplo e sui generis

Antes de mais nada, vale destacar que esta corrente doutrinária, apesar de aqui estar sendo tratada no tópico referente às teorias da justa causa para a ação penal, seus defensores sustentam não se a justa causa uma condição da ação. Porém, por questões meramente didáticas, decidiu-se analisá-las aqui, porque o centro de gravidade de toda a discussão dos autores que a sustentam é precisamente a ação penal.

Assumidamente inspirada em Frederico Marques, Assis Moura é a maior representante desta linha de pensamento. Com efeito, segundo a referida autora,¹⁵⁰ a justa causa pode ser definida, de maneira ampla, no processo penal, “como a causa conforme o ordenamento jurídico, ou ‘*secundum ius*’”. E, embora admita a dificuldade em estabelecer uma definição absoluta do instituto, um conceito-limite é possível, a fim de se aplicado em cada caso concreto, bastando, para tanto, que seja feita a seguinte pergunta: “Há, segundo a ordem jurídica vigente, causa legítima para a coação processual”.

Para a mencionada processualista,¹⁵¹ embora a justa causa não constitua condição da ação, a falta de qualquer condição da ação implica falta de justa causa, isso porque, no plano jurídico, a justa causa corresponde à legalidade (ampla) da acusação; e no plano axiológico, à legitimidade da acusação.

Segundo seu entendimento,¹⁵² a legitimidade da acusação pressupõe a demonstração da ocorrência de fato típico e que haja, no mínimo, probabilidade de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade.

¹⁵⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 172-173.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 221-222.

¹⁵² *Ibid.*, p. 222.

Também faltará justa causa para a ação quando o fato estiver extinto, quando houver excludente de antijuridicidade, quando comprovada a coisa julgada, situações em que, nem mesmo em tese, o ordenamento permitiria restringir a liberdade do imputado, por ausência de suporte para a acusação.¹⁵³

Por fim, assera Assis Moura¹⁵⁴ que a análise da justa causa não se faz apenas de maneira abstrata, ou em tese, mas também e principalmente de elementos que demonstrem, no caso concreto, a existência dos fundamentos de fato e de direito. Esta é a razão pela qual, a justa causa diz respeito essencialmente ao mérito e, portanto, não constitui condição da ação, nem de procedibilidade.

No mesmo sentido é o entendimento de José Barcelos,¹⁵⁵ para quem a justa causa é útil não só para demonstrar a ausência de interesse de agir, mas de qualquer condição da ação. Ou seja, “faltando uma das condições para o exercício regular da ação penal, falta justa causa para o processo, e, por isso mesmo, o processo, em semelhante situação, constitui coação ilegal remediável por *habeas corpus*, ainda que dele não haja prisão, ou ameaça de prisão”. Aliás, conclui o autor, “Esse o grande alcance de identificar a falta de condições da ação com a falta de justa causa: o de dar margem ao trancamento ou à anulação do processo através daquele remédio”.

2.2.2.5 Justa causa como critério político-criminal conglobante

Além das críticas apontadas acima em relação às teorias sobre a justa causa, Gabriel Divan¹⁵⁶ lança outras, que podem assim ser sumariadas: a) circularidade conceitual, incapacidade de solucionar alguns pontos críticos; b) confusão conceitual de institutos com naturezas jurídicas diversas; c) exclusividade da análise e controle da justa causa pelo magistrado, impedindo a atuação de outros atores do sistema penal; e d) autorreferencialidade conceitual da justa causa, a qual se limita ao processo penal, impedindo uma abertura do instituto que possibilitaria a extração mais eficaz de suas potencialidades.

¹⁵³ MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 242-243.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 223.

¹⁵⁵ SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 137-138.

¹⁵⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 307-308.

A partir disso, o referido autor¹⁵⁷ propõe uma teoria conglobante/político-criminal da justa causa para a ação penal, a qual se compõe de quatro vetores que, embora distintos, comunicam-se e se interligam, quais sejam: a) jurídico-processual; b) jurídico-penal; c) criminológico; e d) sócio-filosófico. Para ele, esses componentes “podem estar unidos em si, apartados, e mesmo conflitantes – onde o intérprete terá que estabelecer a prevalência criteriosa”.¹⁵⁸

O autor¹⁵⁹ admite não se tratar de uma tarefa fácil, em virtude mesmo do retrocesso ou estagnação de ordem doutrinária e legislativa (e jurisprudencial, acrescente-se!) e, por isso, “propõe um caminho de verificação que procura se ajustar e coadunar com a sistemática vigente a fim de que *nela* produza resultados – rejeitada a hipótese de se pugnar, aqui, por uma reles defesa do reconhecimento de fatores ‘*contra legem*’ na aplicação do direito” (grifo do autor), como se segue.

A primeira análise¹⁶⁰ a ser feita pelo intérprete/aplicador (qualquer um, inclusive a autoridade policial) do direito deve ser a jurídico-penal, no que tange à tipicidade, inclusive suas excludentes.

Em um segundo momento,¹⁶¹ já tendo como referência a inicial acusatória, deve o intérprete/aplicador (especificamente o membro do Ministério Público e o magistrado) realizar uma análise jurídico-processual, especialmente verificando a necessidade da propositura da ação penal, sendo recomendado pelo autor o abandono das noções de obrigatoriedade, que só levam a um mero formalismo processual.

Em continuidade,¹⁶² mas não necessariamente apenas a partir de um terceiro momento, tem-se a perspectiva criminológica, a qual pode incidir desde o começo da persecução penal, inclusive podendo ser feita por qualquer intérprete/aplicador. Esta análise se mostra como limitadora das análises anteriores, embora sem ignorá-las. Ao contrário, complementa-as, “oferecendo contraponto de cunho ideológico que não pode estar ausente de qualquer avaliação jurídica de relevo”.

¹⁵⁷ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 477 et seq.

¹⁵⁸ Ibid., p. 528.

¹⁵⁹ Ibid., p. 529.

¹⁶⁰ Ibid., p. 529.

¹⁶¹ Ibid., p. 529.

¹⁶² Ibid., p. 529-530.

Por fim,¹⁶³ a análise sociológica complementa as anteriores, especialmente no que tange à verificação de alternativas à intervenção jurisdicional para a solução do conflito, especialmente com estímulos à cooperação, à autogestão e à autocomposição.

Esse *iter* analítico é sugerido pelo autor apenas por questões didáticas. Mas ele alerta que sua proposta teórica de uma justa causa conglobante para a ação penal se trata de “uma avaliação de ‘*justa causa*’ em que a ‘justiça’ que está em questão é muito mais ‘justiça’ ou ‘justeza’ da própria intervenção estatal-vertical nas relações sociais em si do que aspectos que lhe são estruturais sem os definir de modo direto”.¹⁶⁴

Ou seja, o próprio autor, além de admitir a dificuldade de implementação da análise dos fatores propostos, também admite não ser seu interesse propor nenhum critério objetivo para a análise da justa causa para a ação penal. Talvez por isso mesmo não o tenha feito.

Dessa forma, embora Gabriel Divan rejeite a defesa de implementação teórica da justa causa conglobante que ocasione aplicação *contra legem* do direito, parece um resultado difícil ou quase inevitável quando da aplicação dos fatores criminológicos e sociológicos que não sejam normatizados pelo Direito, ou, no mínimo, sedimentados em entendimentos jurisprudenciais. Afinal, a heteronomia e a coercibilidade do Direito pressupõem a normatização dos valores hauridos da criminologia e da sociologia. As regras sociais, diferentemente, são cumpridas, como regra, de forma espontânea, e, excepcionalmente, por meio de coerção. Quando essa coerção é feita através de atos normativos, originados do Estado, tem-se a coercibilidade do Direito.

Com efeito, como bem destacou Miguel Reale,¹⁶⁵ a sociologia jurídica (e a criminologia, acrescente-se), “não visa à norma jurídica como tal, mas sim sua *eficácia* ou *efetividade*, no plano do *fato social*”. E, conclui o autor, com a precisão que lhe é peculiar: “Se ela não tem finalidade normativa, no sentido de instaurar *modelos de organização e de conduta*, as suas conclusões são indispensáveis a quem tenha a missão de modelar os comportamentos humanos, para considerá-los lícitos ou ilícitos”. (grifo do autor)

¹⁶³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 530.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 530.

¹⁶⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 19.

Essa relação pode ser sintetizada na chamada teoria tridimensional do Direito, segundo a qual, ainda segundo Miguel Reale,¹⁶⁶ demonstra que onde houver um fenômeno jurídico, sempre haverá um fato a ele subjacente; um valor que lhe confere significado; e uma regra ou norma que traduz a relação entre fato e valor. Além disso, esses vetores (fato, valor e norma) não existem distantes um do outro, ao contrário, coexistem formando uma unidade concreta, exigindo-se mutuamente, formando elos de um processo, que é o próprio Direito, cuja vida resulta da interação dinâmica e recíproca desses elementos constitutivos.

Ou seja, os aportes criminológicos e sociológicos são importantes faróis a iluminar, por excelência, a atividade do legislador; porém, incidindo apenas à meia luz na atividade jurisdicional; e deixando quase na penumbra a atividade dos agentes administrativos, cuja atividade se baseia essencialmente no princípio da legalidade.

A toda evidência, não se está discordando das vantagens de se solucionar alguns conflitos sociais que configuram infração penal por meios alternativos ao processo, desde que tais meios estejam regulamentados normativamente, como ocorre com a transação penal, o acordo de não persecução penal, a colaboração premiada e todas as formas de consenso já previstas em lei.

De igual modo, defende-se a aplicação do princípio da insignificância, princípio político-criminal que muito bem pode decorrer de uma análise criminológica, inclusive na fase preliminar de investigação, como se verá no próximo capítulo, a partir dos parâmetros legais ou jurisprudenciais já sedimentados, vez que exclui a tipicidade de uma conduta criminosa.

Enfim, concorda-se com a proposta de Gabriel Divan em ter uma justa causa para a ação penal estruturada a partir de critérios penais, processuais penais, criminológicos e sociológicos, desde que normatizados, seja em atos normativos propriamente ditos ou mesmo em jurisprudência consolidada. Parece ser o mínimo necessário para se conferir legitimidade e segurança jurídica da análise sobre a justa causa.

2.2.3 A justa causa no âmbito da investigação criminal

Como já foi mencionado, o regramento normativo do *habeas corpus* trazido pela Constituição de 1891 abriu caminho para a utilização da justa causa como standard

¹⁶⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 65.

normativo, e não apenas probatório, de qualquer coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Além disso, o remédio constitucional seria cabível não só quando alguém tivesse sofrido a coação, mas também quando estivesse na iminência de sofrê-la.

Este é “o grande norte para que se comece a pensar em uma ideia (posteriormente desenvolvida) de *justa causa* não apenas relacionada à iminência/existência de uma *prisão* abusiva, mas de uma própria *atuação* ou *persecução* penal estatal que deve ser refreada ou coibida por extrapolar a lei e a razoabilidade punitiva”. Ou seja, possibilita pensar-se em uma justa causa não apenas como critério para a prisão ou a soltura, mas uma também para a ação penal, como acertadamente destacou Gabriel Divan.¹⁶⁷ E acrescente-se: para se pensar também uma justa causa como parâmetro para a própria investigação preliminar.

Essa abertura se percebe fortemente em Frederico Marques,¹⁶⁸ para quem, como já ficou dito acima, a justa causa dever ser avaliada *secundum ius*, de tal forma que faltará justa causa sempre que não houver fundamento legítimo da intervenção penal do Estado na liberdade do indivíduo.

Para Assis Moura, seguindo o entendimento de Frederico Marques, “O conceito processual penal amplo de justa causa como a causa conforme a ordenação jurídica, ou a causa ‘*secundum ius*’, é abrangente de todas as situações que tornam lícita a coerção”.

De maneira mais abrangente, igualmente capaz de alcançar a fase preliminar, é o entendimento de Alberto Machado, para quem “a justa causa é na verdade um princípio que incide sobre todas as fases do processo penal, funcionando como uma espécie de fundamento de toda a atividade persecutória e não como simples condição da ação”.¹⁶⁹

Na mesma esteira de abertura conceitual e funcional deste instituto, Fauzi Hassan¹⁷⁰ entende que, se a justa causa puder ser conceituada, é necessário que se esclareça se ela diz respeito à imputação ou ao objeto do processo. O autor faz a opção pela segunda alternativa, de tal forma que a justa causa seria impeditivo para a deflagração de uma persecução pelos mesmos fatos já julgados, em afronta ao *bis in idem*; ou pela prática de

¹⁶⁷ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 316.

¹⁶⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4, p. 365-366.

¹⁶⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.

¹⁷⁰ CHOUCK, Fauzi Hassan. Justa causa: reflexões em torno da obra de Afrânio Silva Jardim. In: AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho; BASTOS, Marcelo Lessa (org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 174-175.

condutas formalmente típicas, mas de ofensa insignificante ao bem jurídico; ou quando a pena, em tese a ser aplicada, não alcançasse os fins que lhes são próprios em um Estado de Direito, como no exemplo do perdão judicial.

Assim, não deve haver “mais pudor nenhum em assumir que a força pragmática de um instituto como a *justa causa* está mais do que nunca ligada à ideia de uma análise (filtro) prévia de existência ou não de critérios que informam a *razoabilidade* da persecução penal”.¹⁷¹ (grifo do autor)

Desse modo, “de conceito vago relativo à verificação da legalidade de uma prisão, estritamente, a *justa causa* no direito brasileiro passa a simbolizar a obrigatória ‘análise’ da *ação* como um todo e as possibilidades de violação de direito(s) que ela própria encerra” (itálico no original). Esse raciocínio deve ser aplicado extensivamente à própria investigação preliminar, como explica o autor.¹⁷²

Ainda de acordo com Gabriel Divan, “O que está em avaliação – ou em *cheque* – é um critério de legitimidade de todo e qualquer ato persecutório-estatal diante da necessidade de o mesmo exibir uma (*justa*) causa”,¹⁷³ inclusive a investigação policial, acrescente-se. (itálico do autor). Com efeito, para o autor, é impossível se analisar a justa causa processual sem que ela possa servir de parâmetro igualmente para a investigação preliminar.¹⁷⁴

Aliás, nas palavras do citado processualista, “Se houver um afastamento ainda mais macroscópico, poder-se-ia dizer que desde o início da *persecução* os agentes do controle formal já podem praticar o mesmo grau de avaliação”. Dessa forma, a autoridade policial pode e deve “rejeitar a investigação em relação a um dado fato pela constatação de que o mesmo não tem capacidade de – futuramente – dar ensejo a uma “*ação penal*” válida e legítima”.¹⁷⁵ (grifo do autor)

Portanto, ainda na esteira do referido autor, nada impede que a justa causa seja utilizada como um “critério-necessidade” relativo a toda a persecução penal e dela se possa lançar mão a autoridade policial, para deixar de instaurar uma investigação, ou mesmo o

¹⁷¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 332-333.

¹⁷² Ibid., p. 333.

¹⁷³ Ibid., p. 333.

¹⁷⁴ Ibid., p. 337.

¹⁷⁵ Ibid., p. 528.

membro do Ministério Público, para deixar de propor a ação penal pública.¹⁷⁶ Ou seja, conclui ele, “A própria nomenclatura *justa causa* ‘para a ação penal’ não precisa necessariamente configurar uma análise condizente exclusivamente à ação enquanto sinônimo (equivocado) de ‘processo penal’, como usualmente”.¹⁷⁷

No mesmo sentido, e contribuindo com o desenvolvimento do tema, Nereu Giacomolli¹⁷⁸ compreende a *justa causa* como “o conjunto de determinados fatores aptos a desencadear e dar suporte a uma atividade”, e, no âmbito do processo penal, como um “substrato probatório suficientemente apto a desencadear a dedução de uma pretensão acusatória, ou seja: indícios razoáveis de autoria e de materialidade de um fato típico e ilícito, bem como a possibilidade de incidência legítima e válida da potestade punitiva”.

O referido processualista sustenta que “já na fase preliminar do processo penal é possível identificar a presença ou não de fatores com entidade suficiente e válida a dar início ou prosseguimento da *persecutio criminis*”. Ou seja, sempre que for possível se verificar a presença de elementos impeditivo do oferecimento de uma ação ou do surgimento de um processo contraditório sem conteúdo, também estará faltará *justa causa* à instauração ou continuação de uma investigação criminal. Para ele, são exemplos de ausência de *justa causa* para o início ou a continuidade da investigação: “ausência de um fundamento razoável à persecução criminal, *notitia criminis* genéricas, fatos atípicos, fatos prescritos, ausência de condição à persecução criminal – representação, por exemplo”.

E conclui o referido autor, de forma precisa, afirmando que a verificação da *justa causa* a partir da investigação preliminar se justifica pela necessidade de “preservação dos valores fundamentais, consubstanciados em princípios e garantias, assegurados na Constituição Federal e nos diplomas internacionais protetivos dos Direitos Humanos”, vez que “O atuar para o nada jurídico é incorporar o simbolismo da *persecutio criminis*, o paradigma do Estado policialesco e punitivista, em afronta à ordem democrática do Estado de Direito”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 371.

¹⁷⁷ Ibid., p. 528-529.

¹⁷⁸ GIACOMOLLI, José Nereu. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70-71.

¹⁷⁹ Ibid., p. 70-71

Para Frederico Marques, a justa causa consiste “no conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva”.¹⁸⁰ Essa viabilidade é compreendida pelo referido autor como legitimidade da persecução penal, a qual deve ser dar *secundum ius*, como antes referido.

Embora o autor tenha relacionado a justa causa ao interesse legítimo de agir,¹⁸¹ portanto, como uma condição da ação, seu conceito possibilita a antecipação da análise da justa causa para o momento da investigação criminal, uma vez que, segundo o próprio Frederico Marques,¹⁸² não só no curso do processo, mas também na fase preliminar de investigação policial, algumas providências podem ser tomadas que afetam não só a liberdade do imputado, mas também seu patrimônio, a inviolabilidade do seu domicílio, etc, razão pela qual o referido autor os nomina, genericamente, de atos de coação processual e, de forma específica os atos praticados pela autoridade policial, de atos coativos persecutórios.

Assis Moura, na esteira de Frederico Marques, também compreende a justa causa processual penal como a causa legítima ou conforme o ordenamento jurídico ou *secundum ius*.¹⁸³ Por isso, Assis Moura afirma que “a grande pergunta que deve ser feita sempre é: Há, segundo a ordem jurídica vigente, causa legítima para a coação processual?”.¹⁸⁴ Para a autora, essa legitimidade deve ser avaliada a partir da Constituição Federal, dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, das leis ordinárias e dos princípios gerais de direito.¹⁸⁵ Dessa forma, a compreensão da autora sobre a justa causa também possibilita sua antecipação para a fase preliminar de investigação, embora sua análise tenha se limitado à ação penal.

Mais recentemente, Márcio Alberto, inspirado pelo sistema garantista de Ferrajoli, propõe a criação de sete axiomas que devem nortear a persecução criminal investigativa, entre os quais o de que não há investigação criminal sem justa causa, por ele compreendida como a aparência da prática de fato criminoso (típico, antijurídico e culpável). Segundo o autor, a justa causa serviria de filtro para a análise da notícia anônima, da requisição para a instauração de inquérito policial, da notícia de crime coercitiva (situação flagrancial) e da

¹⁸⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 73.

¹⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 294.

¹⁸² *Ibid.*, v. 1, p. 159.

¹⁸³ MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 172.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 173.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 170.

possibilidade de dispensa de fiança pela autoridade policial. A partir dessa linha argumentativa, o citado autor conclui afirmando que não há investigação sem justa causa. E, especificamente no caso de situação flagrancial, havendo dúvida, ou sendo detectada causa excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, deve prevalecer a liberdade em detrimento do encarceramento.¹⁸⁶

Ao analisar a concepção inicial da justa causa, Gustavo Badaró¹⁸⁷ sustenta que o arcabouço teórico da justa causa para ação penal pode ser transplantado para o inquérito policial. Em suas palavras, “Se for instaurado um inquérito policial, por um fato atípico, haverá falta de justa causa, com a consequente caracterização de constrangimento ilegal”.

De tudo o quanto se disse, percebe-se que a justa causa deve ser compreendida como parâmetro axiológico-normativo para qualquer ato da persecução criminal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, desde a instauração da investigação, passando pela decretação de medidas cautelares e meios de obtenção, pelo indiciamento, ação penal até alcançar a sentença condenatória.

A contribuição da doutrina até aqui foi essencial, em cada momento histórico, para se alcançar um novo degrau no estudo da justa causa, inclusive para se alcançar a possibilidade de sua análise já a partir da fase preliminar do processo penal, embora não se concorde com todas as propostas doutrinárias feitas. Contudo, como admite Gabriel Divan,¹⁸⁸ a justa causa para a investigação, diferentemente da justa causa para a ação penal, é fundada em “outras bases, momentos e outros requisitos”, os quais ainda não foram estabelecidos e analisados pela doutrina.

Desse modo, ainda resta um estudo sistemático do tema a partir de sua incidência específica na investigação, o que exige um novo avanço e pressupõe, entre outras coisas, reconceituar o instituto, estruturar dogmaticamente seus elementos e identificar a justa causa para cada procedimento formal de investigação, o que será feito no próximo capítulo.

¹⁸⁶ SILVA, Márcio Alberto. *Eficiência e respeito a direitos fundamentais na atividade investigativa – um discurso possível*: pela criação de axiomas que limitem a atuação estatal na busca de uma investigação criminal garantista. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 117-131.

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 163, nota 31.

¹⁸⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 511.

Antes, porém, é necessário que se justifique a opção pelo instituto da justa causa e não pelo *standard probatório*, diante da similitude entre ambos e pelo potencial explicativo desse último para o problema que se busca resolver na presente pesquisa.

2.3 Standard probatório ou justa causa para a investigação criminal?

Como já ficou esclarecido no primeiro capítulo, a persecução criminal exige, em seus diferentes momentos, juízos diversos sobre as hipóteses, realizados a partir de graus variados de cognição a respeito dos critérios ou *standards* probatórios, igualmente diversos para a tomada de cada decisão.

Existe, como já se disse, um escalonamento que parte da possibilidade e passa pela probabilidade, a fim de se alcançar a certeza, conforme se realize uma cognição sumária, superficial ou profunda sobre os fatos e suas provas. Isso ocorre, por exemplo, em atos como: a instauração de um procedimento investigatório; a representação e/ou decisão pela decretação de medidas cautelares e meios de obtenção de provas; o indiciamento; a propositura da ação penal; a decisão de recebimento e/ou rejeição da inicial acusatória, da absolvição sumária e da sentença final, condenatória ou não.

É nesse contexto que surge o interesse pelo tema dos *standards* probatórios e sua relação com a justa causa. De forma mais específica, busca-se esclarecer a razão pela qual se opta pelo instituto da justa causa e não pelo *standard* probatório.

Para Knijnik,¹⁸⁹ os *standards* de prova, ou critérios, ou modelo de controle do juízo de fato são “enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial de uma determinada decisão”.

Baltazar Jr.,¹⁹⁰ por sua vez, afirma que os “*standards* ou modelos de constatação probatórios são padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais”, permitindo, desse modo, o controle de tais decisões.

¹⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, p. 33, jan./fev. 2001.

¹⁹⁰ BALTAZA JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 182, nov. 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf> Acesso em: 17 maio 2022.

Para Michele Taruffo,¹⁹¹ os *standards* de prova sevem para “oferecer ao julgador diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiem a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio”.

Segundo Larry Laudan,¹⁹² os *standards* probatórios são forjados como meios de distribuição do risco de erros, de tal forma que se possa diminuir o número de condenações falsas e aumentar o número de absolvições indevidas.

Com a elevação do grau de exigência do *standard*, na lição de Jordi Ferrer-Beltrán, “é previsível que se cometam mais erros do tipo falso negativo (absolvições falsas) do que do tipo falso positivo (condenações falsas).¹⁹³

Por essas referências, percebe-se que os *standards* probatórios são vetores, balizas ou critérios referentes às provas, destinados ao julgador, a fim de possibilitá-lo decidir, com o maior grau de certeza e segurança possível, acerca de determinados fatos.

Deixando de lado toda a problemática relativa à omissão legislativa sobre o estabelecimento de tais critérios, bem como a recenticidade e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, é suficiente, para este momento, que se evidencie o objeto, o destinatário e o momento dos *standards* probatórios.

Com efeito, o objeto desse critério é probatório, logo, limitado aos elementos de prova sobre os fatos a serem analisados. Além disso, seu destinatário é o juiz, a quem cabe decidir sobre os casos penais. Por fim, como regra, o momento da análise dos *standards* probatórios é o processo, a partir, portando, do oferecimento da inicial acusatória. De forma excepcional, o juiz decide e analisa esses parâmetros probatórios no curso da investigação, na quando da análise de representações por medidas cautelares e meios de obtenção de prova.

De outro lado, a justa causa, que também é um *standard*, porém, não exclusivamente probatório, mas essencialmente normativo, é um instituto secular, o qual foi sendo tratado pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência de forma evolutiva e cada vez mais ampla, deixando de ser vista apenas como *standard* probatório (prova da materialidade e indícios de autoria) e passando a ser compreendida como *standard* normativo-

¹⁹¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135.

¹⁹² LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 29.

¹⁹³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 211.

axiológico legitimador de toda a persecução penal, e dependente de outros critérios que não apenas os probatórios, embora esses também o sejam. Assim, por exemplo, a originalidade aparente, a presença de condições objetivas de procedibilidade, a ausência de escusas absolutórias, a punibilidade concreta aparente, compõem a justa causa, embora nada tenham que ver com *standards* probatórios.

Além disso, o legislador (Lei nº 13.869/2019) considera crime “dar início a uma persecução penal sem *justa causa* fundamentada ou contra quem sabe inocente” (art. 30). A expressão “justa causa”, portanto, já se encontra sedimentada na linguagem do processo penal, embora ainda carente de conteúdo quando pensada a partir da investigação.

Portanto, o *standard* probatório, como a própria nomenclatura evidencia, refere-se a parâmetro de provas, o que se equivale à inicial perspectiva sobre a justa causa, com as limitações já analisadas. Por outro lado, a justa causa, tal como compreendida pela doutrina contemporânea, e aqui assimilada e expandida, transcende o marco probatório e assume seu potencial axiológico-normativo, de modo que até se pode dizer que a justa causa é um *standard*, mas não probatório, e sim, axiológico-normativo.

3 JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 Notas introdutórias

O monopólio estatal do poder punitivo, aliado à não autoaplicabilidade do direito penal, dependente, em princípio, do processo para se materializar, exigem, de maneira quase imprescindível, outra atividade pública vocacionada a possibilitar a aplicação da pena: a persecução criminal.

Com efeito, a prática de um fato delituoso gera para o Estado, ao menos como regra, o dever de punir o autor de um tal crime. Essa obrigatoriedade, segundo Roxin,¹⁹⁴ surge também como forma de garantir que os órgãos responsáveis pela persecução criminal, componentes do Executivo, e por isso mesmo vistos com desconfiança, agiriam sem distinção das pessoas envolvidas, possibilitando, assim, um tratamento igualitário e efetivo dos casos penais.

A aplicação da pena pressupõe, portanto, quase sempre, a existência de um processo, em decorrência dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e até mesmo da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

Como se sabe, no Brasil, o processo tem início com a propositura da ação penal, pelo órgão acusador, o qual normalmente se baseia em investigação prévia.

Essa investigação, que no Brasil pode ser realizada por diversas instituições, tem como função primária e quase que genética, embora não exclusivamente, a descoberta de elementos mínimos que possibilitem a propositura da ação penal respectiva. Ou seja, a investigação preliminar deve ser o substrato natural para a formação da justa causa para a inicial acusatória. É a investigação, portanto, o berço natural da justa causa capaz de desencadear, de maneira legítima, a ação penal.

Desse modo, o Estado desenvolve a persecução criminal em dois momentos distintos: no curso do processo e antes do processo. Como dito acima, a persecução prévia ao processo é a investigação criminal, a qual pode ser realizada por diversas instituições, entre as quais, a Polícia Civil e a Polícia Federal (doravante apenas polícia investigativa ou judiciária),¹⁹⁵ responsáveis pela imensa maioria das investigações realizadas no País.

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 89.

¹⁹⁵ Não se desconhece a distinção que parte da doutrina estabelece entre polícia judiciária e polícia investigativa, mas, por opção metodológica, essas expressões serão utilizadas indistintamente neste estudo.

Como já ficou dito no primeiro capítulo, o resultado das investigações policiais podem ser materializadas através dos seguintes procedimentos formais: a) *inquérito policial*, nos crimes de médio e de maior potencial ofensivo (e, de forma excepcional, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando a complexidade do caso assim o exigir); b) *termo circunstanciado de ocorrência*, nas infrações penais de menor potencial ofensivo; e c) *auto de investigação de ato infracional* ou *boletim de ocorrência circunstanciada*, quando se tratar de apuração de ato infracional.

De forma preliminar a todos esses procedimentos, pode ainda a polícia instaurar um procedimento mais simplificado, a chamada verificação da procedência de informações, verificação preliminar de informações ou simplesmente investigação preliminar sumária, objetivando a colheita de elementos mínimos que justifiquem a instauração de algum daqueles procedimentos mais complexos, acima referidos, evitando-se, desse modo, o início injustificado de uma investigação capaz de restringir direitos fundamentais do imputado.

Contudo, assim como o Direito Penal é essencialmente violento, a persecução criminal também o é, especialmente a investigação preliminar, onde as garantias fundamentais nela incidem apenas de forma tangencial. Desse modo, questiona-se: o que justifica a instauração de uma investigação criminal? O que torna legítimo um procedimento estatal que gera sofrimento àqueles que são apontados como autores de infrações penais e que pode resultar em restrições aos direitos mais elementares das pessoas, inclusive a liberdade?

O presente capítulo busca responder essas e outras perguntas relacionadas à justificação (legítima) da intervenção estatal através da persecução criminal preliminar.

Como se sabe, a Lei nº 13.869/2019 considera crime instaurar procedimento investigatório de infração penal, em desfavor de alguém, *quando faltar qualquer indício da prática de crime* (art. 27), bem como dar início a uma persecução penal sem *justa causa* fundamentada ou contra quem sabe inocente (art. 30).

No que tange especificamente às condutas acima descritas, pois os tipos penais são mais amplos, alcançando também infrações e procedimentos cíveis e administrativo-disciplinares, pode-se dizer, sem espaço para dúvidas, que são redundantes, uma vez que a falta de qualquer indício da prática de crime configura ausência de justa causa. Essa discussão, contudo, não é o interesse cognitivo deste capítulo.

Veja-se que o legislador parte da premissa de que a análise da justa causa deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação. E com acerto, pois é este âmbito preliminar o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias, como o contraditório e a ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal. Ou, de outro modo: se no curso do processo, onde todas essas garantias constitucionais são necessárias, a justa causa deve ser também exigível, como muito mais razão, na fase preliminar, onde aquelas garantias são apenas insinuadas ou reflexas.

Antes de se analisar especificamente a justa causa para os diversos procedimentos investigatórios policiais, busca-se propor um novo conceito ao instituto da justa causa, aplicável também à investigação, bem como se analisa sua estrutura dogmática.

3.2 Conceito

Como já ficou dito, a investigação criminal gera sofrimentos aos que a ela são submetidos, embora a Constituição garanta a necessidade de tratamento de todos como inocentes até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, especialmente pela não incidência obrigatória, nesta fase, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Esse fato decorre historicamente da herança inquisitorial do processo penal pátrio. Por isso, se é possível falar-se em “misérias do processo penal”,¹⁹⁶ mesmo que nele incidam obrigatoriamente o contraditório e a ampla defesa, além de outras garantias constitucionais, pode-se falar também, e com mais razão, em “misérias da investigação criminal”, as quais são ainda mais evidentes e potencializadas. A consequência dessa herança autoritária da persecução criminal pátria traz, a reboque, a supressão de garantias individuais e a ampliação da violência estatal.

Segundo Gluglielmo Ferrero apud Carlos Diniz,¹⁹⁷ “entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem tanta necessidade de se justificar ante a razão como a desigualdade estabelecida pelo Poder”. Inquestionavelmente a persecução criminal, como manifestação do poder estatal, desiguala o imputado.

¹⁹⁶ Referência à epocal obra de CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006.

¹⁹⁷ FERRERO, Gluglielmo. *Poder: los genios invisibles de la ciudad*. Madrid: Tecnos, 1998 apud DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 516.

Por estas e outras razões é que, em um Estado Democrático de Direito, a persecução penal, no caso específico que aqui se busca analisar, a investigação criminal, precisa de legitimação, a qual pode ser construída por diversos aspectos e exigências, positivas e negativas, a depender do ato investigativo, a exemplo da legalidade, os indícios de autoria e materialidade, da inexistência de causas extintivas ou excludentes de punibilidade, das limitações probatórias, etc. Ou seja, a legitimidade democrática da investigação pode ser construída através dos fundamentos, pressupostos, requisitos e limites da persecução penal preliminar, elementos quase sempre relegados a um segundo plano pelos processualistas.

Essa legitimidade democrática pode ser construída, segundo se defende nesta investigação, a partir da *justa causa*. Não o conceito tradicionalmente adotado pela doutrina e jurisprudência pátrias, cujo centro de gravidade é a ação penal. Portanto, os contornos essenciais que foram estabelecidos no capítulo anterior, embora úteis, não são suficientes para o conceito aqui proposto.

A justa causa para a investigação criminal pode ser conceituada como a causa necessária e suficiente para desencadear legitimamente um procedimento penal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado. Ou, de outro modo, a justa causa é o conjunto de condições sem as quais a investigação criminal não pode ser desencadeada nem tampouco os atos que restringem direitos fundamentais do imputado podem ser levados a cabo.

Esse conceito, como se pode inferir, atribui à justa causa dois predicados, um quantitativo, representado pela necessidade e suficiência, e outro qualitativo, ancorado na legitimidade.

O estabelecimento de um tal conceito da justa causa se justifica porque, não só o inquérito policial, mas todo o sistema processual penal, deve ser visto sob a lupa dos direitos fundamentais, tendo em conta especialmente o fato de que, nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação

ou *filtragem das normas constitucionais*¹⁹⁸ e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos.

Portanto, estabelecer o que realmente é necessário e suficiente para uma investigação criminal legítima é essencial para que se encontre um ponto de equilíbrio entre a instrumentalidade punitiva (investigativa) e a instrumentalidade garantista do processo penal, evitando-se, conseqüentemente, o abuso do direito/dever de investigar.

Pretende-se, em última análise, garantir padrões mínimos do exercício efetivo do poder de investigar das autoridades policiais e criar, conseqüentemente, maiores condições de concretização e observância das garantias constitucionais de direitos fundamentais do imputado.

A justa causa para a investigação criminal acaba sendo um antídoto contra aquilo que Manuela Abath¹⁹⁹ chamou de “soberania policial”, ou seja, aquela atividade policial que, embora com regramento normativo de suas atividades, alguns membros acabam por agir fora desse regramento, fazendo “o que quiserem”, “quando quiserem” e “como quiserem”, naturalizando, portanto, as práticas ilegais.

Afinal, como alertou enfaticamente Roberto Campos,²⁰⁰ embora com suas referências no campo econômico, inteiramente aplicável na seara jurídico-penal, “O bem que o Estado pode fazer é limitado; o mal, infinito. O que ele nos pode dar é sempre menos do que nos pode tirar”.

Sem espaço para dúvidas, a investigação criminal sem justa causa é, em si mesma, um grande mal ao investigado.

3.3 Estrutura dogmática da justa causa para a investigação

Para a quase totalidade da doutrina, a aparência de tipicidade da conduta é o único parâmetro justificador do início de uma investigação. Uma tal aparência de tipicidade, segundo essa doutrina, deve ser avaliada pelo binômio indícios de autoria e prova de materialidade.

¹⁹⁸ Expressão de SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Curitiba, n. 24, *passim*, 2005.

¹⁹⁹ VALENÇA, Manuela Abath. *Soberania policial no Recife do século XX*. 2018. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)-Universidade de Brasília. Brasília, 2018. p. 37-38.

²⁰⁰ CAMPOS, Roberto. *Na virada do milênio*: ensaios. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 203.

Segundo Roxin,²⁰¹ “para se iniciar uma investigação criminal é necessário e suficiente uma *suspeita inicial simples*” (grifo do autor).

Para Nereu Giacomolli,²⁰² o início da investigação estará justificado quando houver fundamentos razoáveis da prática de uma infração penal, representados pela aparência de tipicidade.

Greco Filho,²⁰³ por sua vez, entende que haverá justa causa para o início de um inquérito quando dirigido a investigar fato definido como crime, compreendido como aparentemente típico, e que haja, ao menos em tese, indícios de autoria.

Por fim, para Frederico Marques, basta que uma conduta comissiva ou omissiva se enquadre no tipo abstrato descrito na lei penal, ou seja, que haja tipicidade formal, já é suficiente para a atividade persecutória estatal.²⁰⁴

Outra corrente doutrinária alarga o âmbito de exigência para o início de uma investigação, como o faz Renato Marcão, condicionando a justa causa à prática de um delito e ao menos indícios de autoria. Contudo, sem maiores adensamentos sobre a amplitude conceitual de delito.

A doutrina policial mais moderna sustenta que o juízo de possibilidade da justa causa para a instauração de um inquérito policial deve se dar sob dois planos distintos, um punitivo abstrato e outro, investigativo operacional. Ou seja, com a existência manifesta de causas excludentes de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade ou punibilidade (plano punitivo abstrato); bem como com a inexistência das condições necessárias para o desenvolvimento da investigação (plano investigativo operacional), não haverá justo motivo para a instauração do inquérito policial.²⁰⁵

²⁰¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 329. ORBANEJA, Emilio Gomes; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1981. p. 3, refere-se à “*mera noticia criminis*”.

²⁰² GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 109.

²⁰³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107.

²⁰⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 129.

²⁰⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de inquérito policial*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 252-253.

Ainda no âmbito da doutrina policial, Wilson Luiz²⁰⁶ entende que o Delegado de Polícia pode proceder à análise de todos os elementos constitutivos do conceito analítico de crime, especialmente quando da decisão sobre formalizar ou não a lavratura do auto de prisão em flagrante; bem como os elementos constitutivos da punibilidade, no curso de uma investigação instaurada mediante portaria.

A jurisprudência do STF,²⁰⁷ por sua vez, é remansosa no sentido de que falta justa causa para a instauração de inquérito quando a conduta for evidentemente atípica ou quando estiver extinta a punibilidade. Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal entende que a tipicidade aparente e a ausência de causa extintiva da punibilidade justificam a deflagração de uma investigação formal, a exemplo do inquérito. É no mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.²⁰⁸

Observe-se, portanto, que doutrina e jurisprudência titubeiam quanto ao estabelecimento do que é necessário minimamente para justificar a instauração formal de uma investigação. Contudo, a aparência da prática de um fato criminoso é ponto incontroverso.

Essa tipicidade aparente, contudo, não pode ser analisada apenas com base na existência de elementos informativos quanto à materialidade e indícios de autoria, até porque, sabe-se, a tipicidade é composta por outros elementos, inclusive elementos negativos, que aqui são de grande relevância para a análise que se pretende levar a cabo.

A parte da doutrina, e até da jurisprudência, que inclui a necessidade de análise da punibilidade, limita-se às suas causas excludentes. E, como se verá a seguir, existem diversas outras categorias, analisadas sob uma perspectiva positiva e negativa, que compõem a punibilidade.

Diferentemente dos que incluem a culpabilidade no juízo preliminar feito pela autoridade policial, quando da decisão acerca da instauração de uma investigação, entende-se que esta é a única categoria do conceito analítico do crime que não compõe a estrutura dogmática da justa causa para a investigação, ou melhor, ela é presumida, sendo desnecessária a sua análise no momento inaugural da investigação. Mesmo quando diante de um ato

²⁰⁶ FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do delegado de polícia*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 214.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 87310/SP. Rel. Min. Carlos Aires Britto. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 nov. 2006.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 12.443/SC. Rel. Min. Gilson Dipp. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 set. 2002.

infracional, cuja responsabilização pressupõe a censurabilidade do inimputável etário, essa inimputabilidade excludente da culpabilidade compõe a estrutura dogmática do ato infracional e é pressuposto para a sua reprovação, inclusive sendo determinante na análise do procedimento específico a ser instaurado pelo Delegado de Polícia.

Quanto às demais excludentes de culpabilidade, a saber, a embriaguez acidental completa e a embriaguez patológica; a falta de potencial consciência da ilicitude do fato (erro de proibição inevitável, erro de tipo permissivo inevitável e erro de permissão inevitável); e a inexigibilidade de conduta diversa (obediência hierárquica e coação moral irresistível) apresentam problemas teóricos e práticos de difícil superação em um juízo prévio e epidérmico, típico da cognição sumária realizada pela autoridade policial no momento da análise da justa causa para a instauração de uma investigação.²⁰⁹

Tomem-se como exemplo a nortear a citada aporia, a falta de potencial consciência da ilicitude do fato e a inexigibilidade de conduta diversa.

Segundo Roxin, evita-se um erro de proibição por meio da reflexão e da informação.²¹⁰ Esse método foi utilizado pelo legislador pátrio, ao definir o erro evitável como aquele em que o agente, nas circunstâncias concretas, podia ter ou atingir o conhecimento do injusto.²¹¹

Ocorre que, conforme Juarez Cirino,²¹² na esteira de Roxin, a reflexão e a informação do cidadão comum, especialmente em uma sociedade como a brasileira, marcada pela exclusão, pela pobreza e baixa escolaridade, acabam sendo limitadas por um paradoxo de difícil superação: por um lado, tem-se a incapacidade de resolver questões jurídicas por ele desconhecidas; por outro, a possibilidade de a lei penal ser incompreensível pelo homem comum. Por esta razão é que Juarez Cirino qualifica como imprecisos os critérios de evitabilidade da conduta delituosa nessas circunstâncias.

²⁰⁹ Em sentido contrário, ou seja, defendendo a possibilidade de o Delegado de Polícia avaliar todas essas excludentes de culpabilidade, embora de forma específica para a instauração de inquérito mediante auto de prisão em flagrante, cf. SILVA, Márcio Alberto. *Eficiência e respeito a direitos fundamentais na atividade investigativa – um discurso possível*: pela criação de axiomas que limitem a atuação estatal na busca de uma investigação criminal garantista. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 127-128.

²¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 2006. t. 1, p. 884.

²¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Conceito, 2011. p. 167.

²¹² *Ibid.*, p. 168.

A inexigibilidade de outra conduta, por sua vez, é indemonstrável no juízo preliminar realizado pela autoridade policial, antes de instaurar um procedimento. Aliás, é de difícil demonstração até mesmo no curso da ação penal. De todo modo, a fim de que essa categoria não venha a ser considerada como uma cláusula geral de desculpa, é imprescindível o estabelecimento de critérios objetivos a identificá-la em cada caso concreto. O legislador até tentou estabelecer tais critérios, considerando inexigível outra conduta de quem age sob coação moral irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Contudo, não logrou êxito, segundo se entende. O único elemento objetivo que pode não gerar dúvida é a hierarquia superior. Contudo, a identificação de uma coação moral, e mais, irresistível; ou se a obediência à ordem foi estrita; ou ainda, se a própria ordem era manifestamente ilegal ou não; podem ser discutidos ao longo do processo e ainda assim restarem dúvidas.

Por tudo isso é que não se inclui a culpabilidade entre os elementos dogmáticos da justa causa para a instauração de uma investigação criminal formal. Nestes casos, a justa causa será presumida.

Sustenta-se aqui que haverá justa causa para a investigação criminal quando estiverem presentes os seguintes elementos: a) tipicidade aparente; b) antijuridicidade aparente; c) condições de procedibilidade; d) originalidade aparente; e e) punibilidade concreta aparente. Para além de simples elementos constitutivos da arquitetura dogmática da justa causa, esses planos devem ser compreendidos como etapas de contenção do poder punitivo estatal.

A justa causa deve ser avaliada sob uma dupla perspectiva: positiva e negativa. A positiva decorre da instrumentalidade punitiva, a qual decorre do poder/dever da persecução penal, inclusive da função típica da polícia judiciária. Por outro lado, a perspectiva negativa decorre da instrumentalidade garantista, apresentando-se como obstáculo à persecução penal. Esta última perspectiva mostra-se mais evidente. Não por outra razão que os elementos que compõe a estrutura dogmática da justa causa são qualificados pela aparência.

Ao longo da análise de cada um desses elementos será possível se perceber, com clareza, a importância de se identificar, além daquilo que compõe a justa causa (aspecto negativo), também aquilo que a exclui (aspecto negativo), ambos estruturantes conceituais da justa causa.

3.3.1 Tipicidade aparente

A tipicidade aparente foi concebida inicialmente como uma condição da ação processual penal por Fernando Fowler²¹³ e Antonio Breda,²¹⁴ embora sem usarem exatamente essa expressão, cunhada posteriormente, com base na concepção dos autores anteriores, por Jacinto Coutinho²¹⁵ e seguida por diversos outros.²¹⁶

Com efeito, Fernando Fowler,²¹⁷ analisando a tipicidade penal como condição da ação processual penal, e baseando-se no revogado art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal, afirma que “Sem que o fato típico objetivo da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível a instauração de um processo”.

João Gualberto,²¹⁸ por sua vez, ainda com fundamento no revogado art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal, mas antecipando a análise, considera a ausência de tipicidade aparente do fato como uma das hipóteses ensejadoras do arquivamento do inquérito policial.

Como já foi dito acima, sustenta-se aqui que a tipicidade aparente compõe a própria justa causa para o início de uma investigação criminal. Portanto, sem que o fato apresente aparência de tipicidade penal, não estará justificada a instauração de uma investigação criminal. Essa aparência será identificada sempre que não houver, de maneira inequívoca, indubitosa e cabal, excludentes da tipicidade. Ou seja, haverá tipicidade aparente sempre que a atipicidade não for patente.

No âmbito penal material, portanto, ganham relevo na análise da tipicidade aparente, como elemento integrador da justa causa para a investigação criminal, suas excludentes, que são muitas e assistemáticas.

Como premissa, pode-se afirmar que a ausência de qualquer elemento que integra o tipo penal gera sua atipicidade. Porém, nem sempre será possível a identificação, pela

²¹³ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.

²¹⁴ BREDAS, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, 1980, p. 178 et seq., 1980.

²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 148-149.

²¹⁶ Cf, por todos: RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 264 et seq.; LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 337; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. p. 115 et seq.

²¹⁷ FOWLER, op. cit., p. 91.

²¹⁸ RAMOS, op. cit., p. 263-264.

autoridade policial, na sua análise preliminar e superficial, de maneira inequívoca, essas excludentes, a maioria dependente de instrução probatória.

De todo modo, a fim de refinar esse processo, é imprescindível ter-se em conta a diferente estrutura do tipo nos crimes de ação (dolosa e culposa), nos crimes de omissão (própria e imprópria) e nos crimes de lesão e de perigo (concreto e abstrato).

Os tipos comissivos dolosos possuem uma estrutura composta basicamente por ação, objeto, elementos objetivos, subjetivos, normativos, resultado, relação de causalidade e critérios de imputação.²¹⁹

Por sua vez, os tipos comissivos culposos são estruturados por ação, resultado, nexos de causalidade, critérios de imputação, infração do dever objetivo de cuidado, previsibilidade e evitabilidade.²²⁰

Alguns desses elementos do tipo culposos, contudo, são de difícil identificação prévia, a exemplo da infração a um dever de cuidado, da previsibilidade e evitabilidade do resultado. Analisando a infração do dever objetivo de cuidado, por exemplo, Jescheck e Weigend²²¹ afirmam que o primeiro dever que decorre desse mandado geral de cuidado consiste em identificar e valorar concretamente os perigos que cercam o bem jurídico protegido pela norma, aquilo que chamam de “cuidado interno”. Além disso, é necessário que se analise a situação real, concreta, em que está exposto o autor do fato no momento da identificação do perigo, segundo sua capacidade de julgamento *ex ante* da situação. Uma vez possuindo tal capacidade de análise e tendo-a realizada, o autor deverá ser capaz de se comportar de forma adequada, a fim de evitar o resultado típico, naquilo que os referidos autores chamaram de “cuidado externo”.

Além disso, os tipos comissivos culposos se concretizam, segundo o Código Penal (art. 18), pela negligência, pela imprudência e pela imperícia. Como regra, a identificação desses comportamentos pressupõe um mínimo de instrução probatória.

Por essas razões, entende-se que o Delegado de Polícia, quando diante de situações envolvendo condutas culposas, deverá determinar a instauração do respectivo

²¹⁹ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 181 et seq.

²²⁰ *Ibid.*, p. 371 et seq.

²²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 622 et seq.

procedimento investigativo, independente da análise da tipicidade aparente, inclusive de suas excludentes, sendo, aqui também, presumida a justa causa.

Por sua vez, tem-se a estrutura dos tipos omissivos próprios e impróprios, caracterizada, nas lições de Juarez Cirino,²²² pela existência de elementos comuns e elementos específicos do tipo omissivo impróprio, normalmente manifestos de forma assimétrica. Quanto ao tipo objetivo comum a ambas as formas de tipos omissivos, tem-se: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) o poder concreto de agir; e c) a omissão da ação ordenada. De forma específica, nos tipos omissivos impróprios, acrescem-se a esses elementos: d) o resultado típico; e e) a posição de garantidor do omitente. No que diz respeito ao tipo subjetivo, na omissão própria tem-se apenas o dolo; enquanto na omissão imprópria, dolo e culpa.

Entre os elementos comuns aos tipos omissivos próprios e impróprios, um apresenta especial problemática, a qual impede que a autoridade policial deixe de instaurar uma investigação por falta de justa causa, qual seja, a possibilidade fática de ação, cuja ausência exclui a tipicidade. Com efeito, faltará essa capacidade de agir, nas lições de Figueiredo Dias,²²³ quando o omitente não tiver capacidade física (corpórea), técnica, intelectual ou material para realizar a ação devida. A análise, em cada caso concreto, do poder agir do omitente, exigido pelo legislador pátrio (art. 13, § 2º, do CP) demandará sempre instrução probatória, razão pela qual não poderá o Delegado de Polícia deixar de instaurar procedimento investigatório nessas hipóteses. Neste caso, a justa causa também será presumida.

Embora o elemento anterior seja comum a ambas modalidades de tipos de omissão, o tipo de omissão imprópria também possui um elemento de difícil identificação, a priori, pela autoridade policial, antes mesmo do início de uma investigação formal, que é a posição de garante. Deixando de lado as diversas controvérsias acerca do tema e limitando-se apenas ao que está previsto na legislação pátria (art. 13, § 2º, *a, b e c*, do Código Penal), estará na posição de garantidor da não ocorrência do resultado aquele que tenha: a) a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; b) assumido a responsabilidade de impedir o resultado; e

²²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 131 e ss. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2007. p 927 *et seq.*

²²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2007. p 928 e 929. No mesmo sentido, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 665.

c) criado o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior. Dessas três situações que colocam alguém na posição de garantidor, apenas a primeira poderia ser analisada, *ex ante*, pela autoridade policial. Porém, se concluísse que o omitente tinha o dever legal de agir, já seria suficiente para a instauração do procedimento investigativo. Não estando ele na posição de garante por decorrência de um dever legal, restariam as duas outras hipóteses, as quais também exigiriam dilação probatória, instrutória, impedindo que o Delegado de Polícia deixe de instaurar a investigação respectiva, estando, portanto, igualmente presumida a justa causa.

Por fim, a depender da forma como o bem jurídico possa ser afetado, os tipos penais podem ser de lesão ou de perigo. Nos crimes de lesão, que são a maioria, o tipo descreve uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido, como ocorre no homicídio, na lesão corporal, no furto, etc. Os tipos de lesão são os mais simples de identificação da insignificância penal.

Já nos crimes de perigo, os tipos descrevem apenas a exposição do bem jurídico a perigo, concreto ou abstrato. Será concreto o perigo que, embora o tipo penal não exija a efetiva lesão ao bem jurídico, descreve uma situação concreta, real e efetivamente potencializadora dessa ocorrência, verificável em um juízo *ex post*, ou seja, após análise da situação concreta, cabendo, portanto, ao intérprete, realizá-la. É o que ocorre, por exemplo, no crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro. De acordo com esse dispositivo, é crime dirigir veículo automotor sem a permissão ou habilitação ou com esse direito cassado, gerando perigo de dano. A geração do perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, portanto, é essencial para a configuração típica. E a prova desse real perigo somente poderá ser feita na análise do caso concreto, via de regra, por meio de oitivas e perícias.

Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, o legislador se satisfaz com a mera descrição de uma conduta presumidamente perigosa ao bem jurídico tutelado, independente de qualquer lesão ou perigo concreto. Essa análise é sempre *ex ante*, ou seja, prévia, realizada pelo próprio legislador, de tal forma que não se vislumbra a possibilidade de insignificância em tipos penais de perigo abstrato. O abandono de incapaz é exemplo dessa modalidade (art. 133 do CP).

Portanto, de tudo o que se disse sobre a estrutura dos tipos penais culposos, omissivos e de perigo, conclui-se que não será possível, no juízo preliminar e superficial

típico do momento da análise acerca da tipicidade aparente, a autoridade policial deixar de instaurar uma investigação quando diante desses casos, sendo presumida a justa causa nessas hipóteses.

Restam, assim, os tipos comissivos dolosos. Como se disse acima, a ausência de qualquer dos seus elementos implicará atipicidade. Sendo muitos esses elementos, diversas também serão as excludentes de tipicidade, como advertiu Flávio Gomes.²²⁴ Para o citado autor, excluem a tipicidade, entre outras, a: a) ausência de conduta (coação física irresistível, caso fortuito, atos reflexos, sonambulismo, etc.); b) falta de adequação formal da conduta ao tipo; c) não desaprovação da conduta ou do resultado (ofensa insignificante ao bem jurídico e crime impossível); d) ausência de dolo (erro de tipo invencível); e) ausência de nexo de causalidade entre conduta e resultado (concausas absolutamente independentes).

Dessas excludentes, a ausência de conduta, de dolo e de nexo de causalidade possuem problemáticas cuja identificação exige instrução probatória, de tal forma que não se vislumbra a possibilidade de o Delegado de Polícia deixar de inaugurar uma investigação com base nessas excludentes, detectáveis apenas no curso do procedimento investigativo, razão pela qual se considera presumida a justa causa nestas hipóteses.

A inadequação da conduta à descrição legal, por outro lado, parece a mais simples e cujo juízo preliminar feito pela autoridade policial a possibilita concluir pela atipicidade formal da conduta, e conseqüentemente, pela ausência de justa causa para a instauração de um procedimento investigativo. Não demanda, aliás, maiores aprofundamentos.

A não desaprovação da conduta, por meio de ofensa insignificante ao bem jurídico, ou do resultado, por ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto (crime impossível) ganha relevo na análise da tipicidade aparente como elemento constitutivo da justa causa para a investigação e exige maior adensamento, razão pela qual serão tratados em tópicos apartados.

Antes de prosseguir com a análise das referidas excludentes, importa reafirmar que a tipicidade como elemento dogmático da justa causa para a investigação criminal é qualificada pela aparência, nos termos já explicitados acima. E isso é fundamental para se compreender o que é e o que não é matéria de mérito neste particular.

²²⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2013. p. 15.

Sabe-se que a doutrina tradicional considera a tipicidade como matéria de mérito, analisável apenas pelo juiz e trazendo como consequência, os efeitos preclusivos da coisa julgada. Com efeito, Ada Pellegrini²²⁵ sustentava que a tipicidade é evidentemente matéria de mérito, correspondendo, no processo penal, à *causa petendi*, e, uma vez declarada sua ausência, fará coisa julgada material, por se tratar de uma decisão de mérito, tenha sido pronunciada ao final (art. 386, inc. III, do CPP) ou antecipadamente (segundo o já revogado art. 43, inc. I, do CPP). Contudo, como já explanado, a referida autoria passou a acolher da chamada teoria asserção ou da “*prospettazione*” e mudou seu posicionamento, passando a compreender que pode ser ou não matéria de mérito, a depender do momento da análise e da cognição realizada.

Jacinto Coutinho,²²⁶ contudo, estabelece uma distinção entre a tipicidade (elemento constitutivo do conceito analítico de crime e matéria de mérito) e a tipicidade aparente (condição da ação). Tomando como base o já extinto art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal, o qual previa a rejeição da denúncia ou queixa quando o fato narrado não constituísse evidentemente crime, bem como identificando a conexão instrumental entre o direito de ação e o caso penal, o citado autor entende que estaria satisfeita essa exigência quando houvesse aparência de tipicidade, ou seja, quando a inicial acusatória demonstrasse minimamente a probabilidade de que os fatos narrados fossem típicos. Do contrário, seria caso de não propositura da ação, por lhe faltar uma condição. De forma mais enfática, em suas palavras, “uma coisa, portanto, é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, algo tão somente comprovável no curso do processo; outra, é a comprovação efetiva”.

Entende-se que, não havendo aparência de tipicidade, a depender do momento da investigação em que se lhe identifique, será o caso de arquivamento da investigação ou até mesmo de não instauração, como nas hipóteses a seguir analisadas.

3.3.1.1 Crime impossível

Partindo da premissa de que o objetivo do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, o fundamento da punibilidade será sempre a lesão ou o perigo de lesão aos bens jurídicos protegidos. Para tanto, o legislador utiliza diversas técnicas para tutelar, de maneira

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 69-73.

²²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 150.

proporcional, esses bens jurídicos, punindo diferentemente os crimes dolosos e culposos, de lesão e de perigo, comissivos e omissivos, consumados e tentados.

Seja como for, a doutrina atual sustenta que a realização do tipo pressupõe tanto um desvalor da conduta quanto um desvalor do resultado.²²⁷ Essa formulação pode ser percebida com maior clareza no exemplo da tentativa idônea e inidônea.

Mesmo que o resultado exigido pelo tipo penal não ocorra, a tentativa será punível, desde que, após o início da execução, esse resultado não sobrevenha por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, inc. II, do CP). É a chamada tentativa idônea. Neste caso, o que justifica a punibilidade da tentativa é exatamente o perigo gerado pela conduta do autor ao bem jurídico tutelado. A não consumação, nesta hipótese, apenas reduzirá a reprimenda (art. 14, par. único, do CP), o que é proporcional. Percebe-se claramente que o legislador levou em conta tanto o desvalor da conduta (vontade dirigida à realização do tipo e início da execução) quanto o desvalor do resultado (a não consumação é redutor da pena).

Por outro lado, quando, mesmo diante da vontade dirigida à realização do tipo e a execução completa da ação, o resultado não sobrevenha, por ineficácia absoluta do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto sobre o qual recai a ação, a tentativa não será punível (art. 17 do CP). É o que se convencionou chamar de tentativa inidônea ou crime impossível. Observe-se que a ineficácia absoluta do meio e a impropriedade absoluta do objeto são igualmente circunstâncias alheias à vontade do agente. Além disso, o agente praticou a conduta com vontade dirigida à realização do tipo. O que diferencia a tentativa idônea da inidônea, portanto, é apenas o resultado. Como se disse antes, na primeira, existe afetação ao bem jurídico, mesmo que parcial ou potencial. Por outro lado, na tentativa inidônea não existe tal possibilidade. Por isso mesmo ela é chamada de crime impossível. Isso demonstra, portanto, que o legislador leva em conta, para a punibilidade da tentativa, também o desvalor do resultado. Em ambas as modalidades a conduta é igualmente desvaliosa. O resultado, porém, somente o é na tentativa idônea.

A identificação de uma hipótese de crime impossível, portanto, exige a análise da (in)eficácia do meio e da (im)propriedade do objeto. E disso também depende a decisão do Delegado de Polícia sobre o início de uma investigação formal ou não.

²²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 2006. t. 1, p. 320 et seq.

Segundo as lições de Nélson Hungria,²²⁸ a ineficácia absoluta do meio se dá quando “êste, por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se retire o seu emprêgo, de produzir o evento a que está subordinada a consumação do crime”. É o que ocorre, por exemplo, quando o agente, na tentativa de matar seu inimigo, faz uso de uma arma de fogo, cujo sistema de disparo está incompleto, faltando-lhe alguma peça essencial para a sua eficácia.

Ainda de acordo com o referido penalista, “Dá-se a absoluta impropriedade do *objeto* quando êste, por sua condução ou situação, torna impossível a superveniência do evento típico do crime”.²²⁹ Exemplifica esta hipótese o caso em que o agente, supondo que seu inimigo se encontra dormindo em sua cama, diante do volume sob os lençóis, efetua vários disparos contra aquilo que supõe ser o homem visado, mas depois se descobre que eram apenas travesseiros.

Por outro lado, será relativa a eficácia do meio quando este, “em si mesmo eficaz, se tornou impróprio pela maneira ou nas circunstâncias em que foi empregado”.²³⁰ Adequa-se a esta hipótese o caso do emprego de uma arma de fogo apta a efetuar disparos, mas que não o faz pelo fato de a munição utilizada ser antiga e está com a chamada “pólvora fria”, incapaz de queimar e possibilitar o funcionamento do mecanismo propulsor do projétil, exatamente pela expansão dos gases resultantes da queima da pólvora.

Por fim, “A impropriedade é apenas *relativa* se existindo e podendo ser atingido, ocasionalmente o objeto não se encontra onde poderia ser atacado (disparos feitos sobre o leito, tendo-se ausentado a vítima momentos antes” ou ainda “quando um elemento acidental do objeto impede a lesão (objeto metálico que desvia o projétil).²³¹

Observe-se que a identificação da ineficácia do meio e da impropriedade do objeto, se absoluta ou relativa, pode ser feita de forma prévia, mesmo que dependa de exame pericial, ainda no curso de uma investigação sumária ou verificação preliminar de informações, antes, portanto, da instauração formal de um procedimento investigativo mais complexo.

²²⁸ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2, p. 99.

²²⁹ *Ibid.*, p. 99.

²³⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 2, p. 248.

²³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 249.

Aliás, o Delegado de Polícia só poderá deixar de instaurar uma investigação formal se puder formar um juízo *ex ante* acerca da eficácia absoluta do meio ou da impropriedade absoluta do objeto, em consequência das quais a ação se mostre absolutamente inadequada para alcançar o resultado pretendido. Até porque, sendo relativa a eficácia, a tentativa será punível e, portanto, ensejará investigação.

3.3.1.2 Ofensa insignificante ao bem jurídico

Partindo-se do pressuposto do qual se parte nesta pesquisa, de que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, pode-se afirmar que não haverá razão justificável para a intervenção penal quando não houver lesão ou perigo de lesão a esses bens jurídicos ou quando essas afetações forem insignificantes.

A partir da ideia de *ultima ratio* do Direito Penal, bem como da sua fragmentariedade e subsidiariedade, Roxin²³² propõe, de forma sistemática, que o princípio da insignificância seja mais um balizador político-criminal da intervenção penal do Estado, excludente da tipicidade material, mesmo quando houver adequação típica formal.

Com efeito, segundo o referido autor, o princípio da insignificância permite excluir, de plano, sem maiores análises dos demais elementos constitutivos do crime, as lesões de bagatela da maioria dos tipos.²³³

A doutrina²³⁴ encontra diversos fundamentos para o princípio da insignificância, entre os quais, os princípios da isonomia, da reserva legal (sob o aspecto da lesividade), da intervenção mínima, da dignidade humana, da liberdade, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

²³² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²³³ *Ibid.*, p. 47.

²³⁴ Densificam esses fundamentos, entre outros: FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 43-82; SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 125-136; RODRIGUES, Ronald Pinheiro. *A formulação histórica do princípio da insignificância e a reincidência como obstáculo ao seu reconhecimento pelos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 29-47; GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2013. p. 79-85; PALAZZO, Francisco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989. p. 79 et seq.; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34 79 et seq.; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica, 2005; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Quanto à consequência, no âmbito penal, do reconhecimento da insignificância da lesão ao bem jurídico, apesar de haver quem entenda que ela exclui a antijuridicidade²³⁵ e até mesmo a punibilidade,²³⁶ predomina o entendimento, doutrinário²³⁷ e jurisprudencial,²³⁸ de que ocorrerá a exclusão da tipicidade. Filia-se esta pesquisa à corrente majoritária, por ser a tipicidade o *locus* mais adequado da análise da afetação do bem jurídico, independente do grau, ou se o desvalor é da conduta ou do resultado lesivo minimamente ao bem jurídico.

Doutrina e jurisprudência sempre foram titubeantes quanto aos critérios norteadores do princípio da insignificância. Com efeito, depois de muitos anos decidindo pela atipicidade de condutas insignificantes, somente em 2004 o STF estabeleceu os vetores desse princípio, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.²³⁹

Esses vetores, contudo, não servem de baliza racional do princípio da insignificância, sofrendo diversas críticas,²⁴⁰ a começar pelo fato de trazerem elementos paramétricos de outras categorias dogmáticas do crime diversas da tipicidade, *locus* da análise da insignificância, como já se disse, a exemplo da periculosidade da ação e da reprovabilidade do comportamento do agente, pertencentes à culpabilidade. Tirante essa perspectiva topográfica, esses conceitos são fortemente criticados pela Criminologia, com significativas ressonâncias no âmbito penal, uma vez que representam uma interface do, assim chamado, direito penal do autor, e não do fato. Além disso, esses vetores em nada se relacionam com a afetação do bem jurídico tutelado, pedra angular da análise do princípio da insignificância.

²³⁵ DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 76, 1996.

²³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 676-677.

²³⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1. p. 449 et seq.; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 2006. t. 1, p. 296-297; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. Bologna: Zanichelli, 2010. p. 184-185; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133; FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 117 et seq.; GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2013. p. 21; MARTINELLI, João Paulo Orsini. Princípio da insignificância: propostas para uma nova política criminal racional. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 35.

²³⁸ Para uma ampla abordagem da evolução jurisprudencial brasileira do princípio da insignificância, cf. REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.412/SP. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 nov. 2004.

²⁴⁰ Uma síntese das principais críticas desses vetores pode ser encontrada em FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 134-168.

Restam os vetores da *mínima ofensividade da conduta* e da *inexpressividade da lesão jurídica provocada*. Esses dois critérios são como as duas faces da mesma moeda, em nada, ou muito pouco, resolvendo o problema do estabelecimento de critérios objetivos e seguros de identificação do princípio sob análise. Com efeito, esses vetores representam, respectivamente, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, norteadores de qualquer crime. Além disso, são qualificados pelos conceitos abertos e indeterminados “mínima” e “inexpressividade”, dando margem à aplicação da insignificância segundo a subjetividade do aplicador do Direito. De todo modo, esses são os únicos critérios, entre os apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, que se relacionam verdadeiramente com o bem jurídico.

Diante disso, a doutrina²⁴¹ propõe critérios gerais e específicos para o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância. Como critérios gerais, tem-se o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. Já os específicos devem ser analisados segundo o bem jurídico tutelado em cada tipo penal, já que cada bem jurídico pode ser afetado de maneiras diversas.

Sabe-se, como já se disse anteriormente, que o Direito Penal que se pretende democraticamente legitimado leva em consideração tanto o desvalor da conduta quanto o desvalor do resultado, embora possa haver a predominância de um ou outro desvalor, a depender da estrutura típica, se comissiva (desvalor do resultado) ou omissiva (desvalor da ação), se doloso (desvalor do resultado) ou culposo (desvalor da ação), se de lesão (desvalor do resultado) ou de perigo (desvalor da ação). Porém, em qualquer estrutura típica é possível se perceber ambos os desvalores, em maior ou menor grau, ou até mesmo em equilíbrio desvalorativo. De todo modo, servem como vetores gerais para a aplicação da insignificância.

Diante da diversidade de bens jurídicos tutelados penalmente, mostra-se infrutífera a tarefa de tentar identificar o parâmetro da insignificância em cada um deles. Por esta razão, apenas para exemplificar com os casos mais frequentes nas unidades de polícia judiciária no País, analisar-se-ão exclusivamente os crimes patrimoniais e alguns crimes contra a ordem econômica.

De maneira específica, quando se trata de crimes contra o patrimônio, praticados sem violência ou grave ameaça, Rafael Fagundes²⁴² propõe que seja considerado insignificante aquele cujo valor for aproximadamente 30% do valor do salário mínimo vigente

²⁴¹ Por todos, cf. FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 169-229.

²⁴² *Ibid.*, p. 186-187.

à época do fato. Esse critério leva em conta o relativo consenso doutrinário de que o reconhecimento do privilégio no furto de pequeno valor é de um salário mínimo. Como a insignificância é menor que o privilégio, o autor sugeriu esse percentual, sem maiores justificativas. Como o valor da coisa subtraída superior a um salário mínimo configura furto e o abaixo desse valor configura o furto privilegiado, entendeu ele que o valor aproximado de um terço do salário mínimo configuraria a insignificância penal suficiente para excluir a tipicidade material. Mas também poderia ser o percentual de cinquenta por cento, já que abaixo de um salário mínimo existem apenas duas categorias paramétricas: o privilégio e a insignificância. De todo modo, não há precisão matemática no raciocínio.

Ainda de acordo com o referido autor, as condições econômicas da vítima e as qualificadoras do crime de furto, por exemplo, não impedem o reconhecimento do princípio da insignificância, já que em nada se relacionam com a afetação do bem jurídico.²⁴³

No crime de sonegação fiscal, o parâmetro para o reconhecimento da insignificância pode ser encontrado na Portaria MF nº 75/2012, segundo a qual, não caberá execução fiscal quando o débito com a Fazenda Nacional for igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Como observou Flavio Gomes,²⁴⁴ “o que é insignificante para fins fiscais, não pode ser relevante para fins penais”. Ainda segundo o referido autor, esse mesmo parâmetro deve ser aplicado nos crimes tributários, previdenciários e de descaminho.²⁴⁵

Apesar de parte da doutrina entender que não cabe ao Delegado de Polícia o juízo acerca da insignificância em matéria penal, pensa-se de forma contrária. Com efeito, Flávio Gomes²⁴⁶ sustenta que, embora ninguém possa ser processado por condutas insignificantes, nesses casos, deve a autoridade policial lavrar um Termo Circunstanciado e o membro do Ministério Público, manifestar-se pelo arquivamento. Esse entendimento, contudo, parece equivocado.

Primeiro, o Termo Circunstanciado é o procedimento policial destinado a investigar infrações penais de menor potencial ofensivo, o que não se confunde com infrações penais insignificantes.

²⁴³ FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 184-190.

²⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2013. p. 122.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 125.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 103.

Além disso, não há qualquer razão, lógica ou jurídica, para que uma conduta insignificante, e assim identificada já na fase preambular da investigação sumária, por exemplo, seja assim considerada apenas pelo membro do Ministério Público e não pelo Delegado de Polícia. Seria desconsiderar, por completo, a capacidade de avaliação jurídica da autoridade policial, bem como tentar reafirmar a necessidade de uma investigação natimorta, infrutífera e desnecessária, cuja causa do seu arquivamento já estava presente antes mesmo de ser instaurada.

Por essas razões, entende-se que, sempre que a insignificância penal for identificada, de maneira inequívoca, antes mesmo da instauração de uma investigação formal, o Delegado de Polícia tem o dever de não instaurar o respectivo procedimento, por ausência de tipicidade aparente e, conseqüentemente, de justa causa. Essa decisão, por óbvio, e como será detalhado abaixo, deve ser fundamentada.

3.3.2 Antijuridicidade aparente

À semelhança da tipicidade, a antijuridicidade aparente compõe a estrutura dogmática da justa causa para a investigação criminal. Isso significa que uma investigação não poderá ser iniciada quando a conduta tiver sido praticada, de maneira inequívoca, cabal, evidente, sob o manto de uma excludente da ilicitude.

Apesar de nem sempre ser possível se identificar, *ex ante*, a configuração de uma excludente de ilicitude, especialmente a legítima defesa e o estado de necessidade, de tal forma que exclua a justa causa para o início de uma investigação criminal, é plenamente possível que isso ocorra, principalmente quando se tratar de situação flagrancial e a conduta tiver sido gravada em sistema de videomonitoramento e tiver testemunhas, de tal forma que a excludente seja inequívoca.

Lamentavelmente a Lei nº 12.403/2011 deixou de prever a possibilidade de o Delegado de Polícia deixar de formalizar a prisão do agente que, mesmo tendo sido capturado em situação de flagrância, agiu, de forma inequívoca, acobertado por uma causa excludente de ilicitude, como está previsto expressamente no projeto de reforma do Código de Processo Penal (PL 8045/2010).

Como efeito, uma das maiores e mais eficazes novidades, em matéria de prisão, trazidas pelo PL 8045/2010 (art. 552, § 6º), em completa harmonia e coerência com a proteção dos direitos fundamentais do imputado, especialmente o de liberdade, é a possibilidade de a

autoridade policial deixar de formalizar a prisão em flagrante, em despacho fundamentado, quando vislumbrar qualquer causa justificante ou de exclusão da antijuridicidade.

A Comissão que elaborou o anteprojeto, acertadamente, reconhece que o Delegado de Polícia, assim como o membro do Ministério Público e o juiz, tem formação jurídica e plena capacidade de avaliar a existência dessas situações. Nunca foi razoável, aliás, o argumento daqueles que defendiam que a autoridade policial só deveria fazer o juízo de tipicidade, devendo, pois, prender em flagrante mesmo quando estivesse presente uma causa excludente da ilicitude. Além disso, se a presença de alguma dessas causas é suficiente para a não-propositura da ação penal, por falta de justa causa,²⁴⁷ ou para o seu não recebimento pelo juiz, ou ainda, para a absolvição sumária do réu, também não é justificável que se formalize a prisão em flagrante. Isso não impede, contudo, que o Delegado de Polícia tome todas as providências necessárias à investigação do fato, como o próprio parágrafo sexto do citado dispositivo dispõe, instaurando o respectivo inquérito policial, mediante portaria.

Mesmo no estado atual da arte, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, já é defensável a não-obrigatoriedade da lavratura do auto de prisão em flagrante, pela autoridade policial, quando o autor de um fato típico formalmente praticá-lo em uma das causas excludentes da antijuridicidade, a partir da interpretação sistemática dos arts. 310, § 1º e 314, ambos do CPP. Esses dispositivos impedem que o juiz decrete a prisão preventiva quando a conduta tiver sido praticada sob o manto de uma excludente de antijuridicidade.

Obviamente poder-se-ia dizer que a antecipação deste juízo não cabe à autoridade policial, pois quando assim ele pensar, deverá representar ao juiz, que, depois de ouvido o Ministério Público, decidirá pela decretação ou não da medida restritiva. Este raciocínio, contudo, não serve de óbice à possibilidade de análise, pela autoridade policial, da necessidade ou não da prisão preventiva. Isto por duas razões.

²⁴⁷ Corroborando este posicionamento, Aury Lopes Jr. professora que “a justa causa não está apenas para condicionar a ação penal, mas também deve ser considerada quando do decreto de uma prisão cautelar e mesmo de uma sentença penal condenatória no caso concreto”. LOPES JR., Aury. (Re)pensando as condições da ação processual penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. p. 297. No mesmo sentido, e tratando com profundidade da matéria, cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Primeiro, porque o argumento acima refere-se à apreciação jurisdicional necessária para a restrição e não para a manutenção da liberdade do imputado. E com acerto, vez que a liberdade é a regra, devendo, pois, receber todos os influxos do sistema jurídico no sentido de garantir sua maior eficácia.

Segundo, porque o Código de Processo Penal já autoriza o Delegado de Polícia a fazer tal valoração, ao dispor, no art. 324, inc. IV, que a fiança não será concedida quando estiverem presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Portanto, embora de difícil identificação, já na análise prévia realizada no curso de uma investigação sumária, da inequivocidade da legítima defesa, ensejando, como regra, a instauração do procedimento investigatório mediante portaria, é plenamente possível essa identificação quando da análise de uma situação flagrancial, devendo a autoridade policial deixar de formalizar a prisão em flagrante, de forma fundamentada, e instaurar o procedimento mediante portaria.

Ganha, desse modo, especial importância, para a identificação da antijuridicidade aparente, a análise dessas causas de exclusão. Antes, porém, de se estudar cada uma dessas excludentes e suas ressonâncias na justa causa para a investigação criminal, importa tecer algumas considerações sobre a própria antijuridicidade ou ilicitude.

O conceito de antijuridicidade ou ilicitude depende da relação que se admita entre ela e a tipicidade. E essa relação, por sua vez, é condicionada à compreensão bipartida ou tripartida do fato punível. Com efeito, numa perspectiva bipartida, tipicidade e antijuridicidade compõem uma unidade do tipo de injusto, onde a tipicidade contém os elementos positivos e as excludentes constituem os elementos negativos do injusto, de tal forma que toda ação justificada é uma ação atípica. Por outro lado, se adotada uma concepção tripartida do fato punível, tipicidade e antijuridicidade são elementos autônomos do injusto, juntamente com a culpabilidade. Além disso, a relação entre tipicidade e antijuridicidade se dá como regra e exceção, de tal forma que uma ação típica é antijurídica (regra), salvo as ações típicas justificadas (exceção).²⁴⁸

Outra forma de compreender essa relação é a ideia de tipicidade conglobante. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, a tipicidade penal é formada pela tipicidade legal (formal) mais a tipicidade conglobante (tipicidade material mais a antinormatividade). Ao analisarem a

²⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 115.

antinormatividade como componente essencial da tipicidade, os referidos autores sustentam que, em uma ordem normativa, algumas normas não podem fomentar ou ordenar algo que outra norma proíba.²⁴⁹ Por essa razão é que os referidos autores consideram como excludente da tipicidade, por exemplo, o exercício regular de direito, o estrito cumprimento de um dever legal, o acordo, as atividades perigosas fomentadas, etc.²⁵⁰

Apesar dessas possibilidades diversas de análise, por opção metodológica, optou-se por considerar a antijuridicidade como componente autônomo do conceito analítico do crime, embora a consequência do reconhecimento de uma excludente da ilicitude seja a mesma no particular interesse desta pesquisa, qual seja, a ausência de justa causa para a investigação.

Desse modo, considera-se a antijuridicidade como a “relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado”.²⁵¹

Quanto às causas de justificação, apesar de a doutrina apresentar vários fundamentos para elas (necessidade, solidariedade, proteção individual, confirmação do direito, direito preponderante), também se reconhece que, em uma ordem jurídica democrática, para além do fundamento formal da justificação, o que mais importa é a garantia da liberdade do indivíduo, de tal forma que não importa o fundamento ou a origem da norma permissiva, a qual pode ser de natureza penal ou de qualquer outro ramo do direito, produzida pelo Parlamento e até mesmo por agências administrativas.²⁵²

As causas de justificação ou excludentes de ilicitude podem ser legais (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de um dever legal) e supralegais (consentimento presumido, direito de correção, direito de expressão e o processo de marginalização social), estas últimas segundo o entendimento de Juarez Tavares.²⁵³

²⁴⁹ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2015. p. 412-413.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 494-504. Juarez Tavares também considera o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal como excludentes da tipicidade, já que destituídos de antinormatividade, o que gera a exclusão do processo de imputação, como se vê em TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 321.

²⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 8.

²⁵² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 319-321.

²⁵³ *Ibid.*, p. 354-370.

Considera-se que os casos de direito de correção e de direito de expressão enquadram-se no exercício regular de direito, razão pela qual não serão aqui analisados de forma autônoma.

Já as hipóteses de processo de marginalização social podem ser enquadradas na inexigibilidade de conduta diversa, excludente de culpabilidade. Portanto, essa justificante também não será analisada.

Desse modo, serão analisadas as causas excludentes da ilicitude que, nas lições de Heleno Fragoso: a) defluem da necessidade (legítima defesa e estado de necessidade); b) fundamentam-se na atuação do direito (exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal); e c) justifica-se na ausência de interesse do titular do bem jurídico (consentimento do ofendido).²⁵⁴

Por fim, vale afirmar a filiação desta pesquisa ao entendimento doutrinário que considera desnecessário qualquer elemento subjetivo para a configuração das excludentes de ilicitude, bastando seus elementos objetivos. Para Juarez Tavares, a exigência de que o autor aja com vontade de justificação é resquício do direito canônico, incompatível com o Estado laico.²⁵⁵

3.3.2.1 Legítima defesa

Embora caiba ao Estado prioritariamente o uso da força, através das suas agências, para solucionar os conflitos sociais, excepcionalmente ele será incapaz de proteger os bens jurídicos postos a perigo. Por essa razão, concede-se ao cidadão o direito de reagir contra essas agressões injustas, dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Segundo o Código Penal, age em legítima defesa quem usa, com moderação, dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro (art. 25).

A partir desse dispositivo, verdadeiro tipo permissivo, podem ser extraídos os seguintes requisitos da legítima defesa: a) agressão injusta, atual ou iminente; b) defesa de direito próprio ou de terceiro; c) emprego moderado dos meios necessários.

²⁵⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 184-185.

²⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 321; também adota a natureza objetiva das excludentes de ilicitude BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1, p. 344.

Será injusta a agressão que contrarie a ordem jurídica, em sua totalidade, podendo configurar um ilícito penal, civil ou mesmo administrativo. Contudo, também será injusta a agressão que não pode ser objeto de pretensão jurídica, como o emprego de ameaça para cobrar dívida de jogo. Por fim, pode ser que a agressão seja substancialmente justa e formalmente injusta, como ocorre na hipótese de resistência a busca domiciliar em endereço equivocado ou de prisão contra pessoa errada, embora ordenadas pela autoridade judicial competente.²⁵⁶

A agressão tem que ser, além de injusta, atual ou iminente. Será atual a que estiver acontecendo, de forma contemporânea à defesa, portanto. Nem antes, nem depois. Agressão passada ou futura, portanto, não legitimam a defesa. Por outro lado, será iminente quando o bem jurídico estiver sob ameaça próxima, detectável de forma objetiva.

A agressão injusta é o pressuposto da reação defensiva. Essa defesa pode ser de um bem jurídico do próprio defensor ou de outrem. Como se pode observar do dispositivo acima mencionado, o legislador não exige, como faz no estado de necessidade, ponderação de bens jurídicos agredidos ou postos em perigo e o defendido. Isso significa que, ao menos a princípio, qualquer bem jurídico individual pode ser protegido pela legítima defesa. Quanto alguns bens jurídicos coletivos, há controvérsias. Mas há relativo consenso sobre não ser possível a legítima defesa de bens jurídicos da comunidade (ordem pública, paz social, incolumidade pública, etc).²⁵⁷

Por fim, o tipo permissivo da legítima defesa exige que os meios necessários para repelir a injusta agressão seja usado de forma moderada. Antes de tudo, será necessário o meio disponível ao ofendido para defender-se. Obviamente que se houver disponibilidade de mais de um meio de defesa, deverá ser utilizado aquele que for suficiente para fazer cessar a agressão com a menor produção de dano possível. Uma vez selecionado o meio de defesa, ele deverá ser utilizado de forma moderada, proporcional. O excesso será sempre punível (art. 23, par. único do CP).

²⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 332.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 331; TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-80; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 119.

3.3.2.2 Estado de necessidade

O legislador pátrio considera em estado de necessidade aquele que pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia evitar de outro modo, direito próprio ou de outrem, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (art. 24 do CP).

Do texto legal podem ser extraídos os seguintes requisitos do estado de necessidade: a) perigo atual a bem jurídico do agente ou de terceiro; b) perigo atual não provocado voluntariamente; c) inevitabilidade, por outro modo, do perigo atual; e d) inexigibilidade circunstancial de sacrifício do bem jurídico preservado.

A atualidade do perigo ao bem jurídico do agente ou de terceiro é o primeiro requisito. Esse perigo atual pode ser compreendido como a concreta probabilidade de dano, ou seja, próximo de acontecer, aferível segundo a experiência empírica do agente.²⁵⁸ O perigo pode ter sido provocado pela natureza, por animais ou por seres humanos.

O segundo é a involuntariedade da criação do perigo. Ou seja, o perigo até pode ter sido provocado pelo próprio agente, desde que não o tenha feito dolosamente. A conduta culposa geradora do perigo, portanto, justifica a atuação em estado de necessidade.²⁵⁹

Também constitui elemento do estado de necessidade a impossibilidade de o agente proteger o bem jurídico exposto a perigo sem o sacrifício de outro bem. Ou seja, a conduta do agente deve ser necessária e suficiente para afastar o perigo atual de lesão ao bem jurídico. A ação deve ser proporcional ao perigo. Além disso, a aferição dessa necessidade é feita em um juízo *ex ante* da situação de perigo e dos meios aptos a afastá-lo.²⁶⁰

Por fim, a inexigibilidade circunstancial de sacrifício do bem jurídico preservado constitui elemento do tipo permissivo do estado de necessidade. Neste ponto a doutrina diverge. Com efeito, para a doutrina diferenciadora, capitaneada, no Brasil, por Assis de Toledo,²⁶¹ somente configurará o estado de necessidade justificante quando o bem sacrificado for de valor igual ou inferior ao bem preservado. Se o bem sacrificado for de valor superior ao do bem protegido, o estado de necessidade será exculpante, excludente da culpabilidade, portanto, por inexigibilidade de conduta diversa. O valor no sentido aqui empregado não tem

²⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 55.

²⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1, p. 383.

²⁶⁰ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 326.

²⁶¹ TOLEDO, op. cit., p. 47.

sentido econômico, mas importância para a ordem jurídica, como pontuou Juarez Tavares.²⁶² Por outro lado, a doutrina unitária²⁶³ entende que o estado de necessidade excluirá sempre a ilicitude, independente da relação de valor entre os bens em conflito (sacrificado e protegido). O Código Penal pátrio adotou a teoria unitária (art. 23, inc. I).

Não pode alegar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo, inclusive correndo o risco de sacrificar seu próprio bem jurídico (art. 24, § 1º, do CP). Segundo o legislador, somente o dever decorrente de lei, compreendida como algum dos atos normativos primários, provenientes do processo legislativo (art. 59 da Constituição Federal), impede o agente portador de tal dever de alegar estado de necessidade. Conforme leciona Aníbal Bruno, “Não é que, na hipótese, se reclame do agente maior destemor; é que êle, na posição em que se encontra, segundo a sua profissão, ofício ou função, está legalmente obrigado a sofrer o risco e mesmo a suportar a perda”.²⁶⁴

Apesar da expressa previsão legal da natureza do dever que impede que o agente atue em estado de necessidade, Miguel Reale Júnior²⁶⁵ entende ser incoerente essa limitação aos deveres legais e propugna que também se estenda ao agente que voluntariamente aceitou o risco e se colocou em perigo, por vontade própria.

3.3.2.3 Exercício regular de direito

Como decorrência do princípio lógico da não contradição, uma conduta não pode ser autorizada, fomentada e proibida ao mesmo tempo. Seria incoerente o ordenamento jurídico estimular uma conduta, considerando-a como um direito e, ao mesmo tempo, considerá-la antijurídica. Do exercício de um direito, dentro dos seus limites, não pode advir nenhuma consequência negativa.

Com esse fundamento, o legislador brasileiro exclui a ilicitude da conduta de quem age no exercício regular de um direito. Observe-se que esse direito é limitado pela

²⁶² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 329.

²⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 175-176.

²⁶⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1, p. 385.

²⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 170-171.

regularidade do seu exercício. Com efeito, somente o exercício *regular*, e não o abusivo, exclui a ilicitude da conduta.²⁶⁶

Por considerar que não existe antinormatividade, parte da doutrina²⁶⁷ entende que o exercício regular de um direito exclui, em verdade, a tipicidade. Independente de excluir a tipicidade ou a antijuridicidade, a consequência para a investigação criminal será a mesma: a exclusão da justa causa para o início da persecução penal.

Os requisitos para a configuração do exercício regular de direito são os seguintes: a) previsão jurídico-normativa de um direito; b) exercício desse direito dentro dos limites estabelecidos pela norma; e c) titularidade do direito exercido.

Quanto à previsão jurídico-normativa, entende-se que pode ser tanto uma lei quanto qualquer outro ato normativo, inclusive atos administrativos. O importante, segundo Assis de Toledo,²⁶⁸ é que a norma seja apta a criar direitos subjetivos. Havendo essa aptidão, poderão ser albergadas pelo Direito Penal, independente da procedência, incluindo aí as provenientes dos costumes, uma vez que estes também são fontes do Direito Penal, não podendo apenas criar crimes e penas, mas podem sim, criar normas permissivas.

Além disso, o exercício desse direito deve estar dentro dos parâmetros normativos estabelecido, não justificando a conduta o seu abuso.

Por fim, somente o titular do direito está autorizado a exercê-lo.

São exemplos dessa justificante as intervenções cirúrgicas, as lesões desportivas, o direito de correção, o direito de qualquer do povo efetuar prisão em flagrante, etc.

Vale ressaltar que, nessas hipóteses de exercício regular de direito, a regra é não haver, sequer, comunicação do fato à polícia, de tão assimilado e aceito que está pela sociedade e pelas agências de controle formal, inclusive pelo Ministério Público, de tal forma que normalmente já não se inicia uma investigação criminal nesses casos, por ausência de justa causa.

²⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 109-110.

²⁶⁷ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2015. p. 412-413; TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 346-347.

²⁶⁸ TOLEDO, op. cit., p. 109-110.

3.3.2.4 Estrito cumprimento de dever legal

À semelhança do exercício regular de direito, o estrito cumprimento de dever legal tem como fundamento o princípio lógico da não contradição, só que, neste caso, a conduta não é apenas fomentada pelo Direito, mas ordenada, exigida. Seria incoerente, portanto, o ordenamento jurídico ordenar uma conduta, considerando-a como um dever e, ao mesmo tempo, considerá-la antijurídica. Desse modo, o cumprimento estrito de um dever legal não pode gerar nenhuma consequência negativa.

Foi com base nesse fundamento que o legislador brasileiro excluiu a ilicitude da conduta de quem age no estrito cumprimento de um dever legal.

Parte da doutrina²⁶⁹ também considera o estrito cumprimento de dever legal destituído de antinormatividade, razão pela qual entende que o que é excluído é a tipicidade. Independente de excluir a tipicidade ou a antijuridicidade, a consequência para a investigação criminal será a mesma: a exclusão da justa causa para o início da persecução penal.

Os requisitos para a configuração do estrito cumprimento de dever legal são: a) a existência de um dever imposto por lei; b) a execução desse dever dentro dos limites estritos da norma; e c) o agente estar entre aqueles destinatários do dever legal.

O primeiro requisito é a existência de um dever legal. Não basta, portanto, que exista um dever moral, social ou religioso, como alerta Aníbal Bruno.²⁷⁰ O dever deve ser criado por lei, aqui entendida como qualquer das modalidades de atos normativos primários, previstos no art. 59 da Constituição Federal. Estão excluídos, portanto, os atos normativos secundários, como decretos, portarias e outros atos administrativos.

Além disso, somente o dever legal cumprido nos estritos limites legais exclui a ilicitude da conduta. Qualquer extrapolação desses limites, portanto, será punível.

Por fim, é necessário que o agente seja destinatário do dever legal. Parte da doutrina entende que somente o funcionário público pode ser destinatário do dever legal.²⁷¹

²⁶⁹ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2015. p. 412-413; TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 353.

²⁷⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 2, p. 8.

²⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 175-182.

Por outro lado, há quem entenda que tanto o funcionário público quanto o particular podem ser esses destinatários.²⁷²

São exemplos de deveres legais a obrigação dos agentes de autoridades efetuarem prisão em flagrante, o cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária, de busca domiciliar e apreensão, de sequestro de bens, de interceptação telefônica, etc.

Aqui também cabe a mesma observação feita em relação ao exercício regular de direito, ou seja, nos casos em que a conduta for praticada no estrito cumprimento de um dever legal, a regra é não haver qualquer provocação da polícia para a instauração de procedimento investigatório, nem por parte da sociedade, nem por parte das demais agências de controle, em especial, do Ministério Público. Isso porque já se assimilou, ou por conhecimento técnico ou por intuição, que nesses casos não existe justa causa para a investigação criminal.

3.3.2.5 Consentimento do titular do bem jurídico

Consentimento do ofendido é a causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou mesmo da tipicidade que consiste na renúncia à proteção penal de bens jurídicos titularizado pelo consenciente.

Segundo Jorge Reis Novais,

[...] a renúncia é também uma forma de exercício de direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia, o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis de um exercício *positivo* do direito.²⁷³

Embora a doutrina esteja de acordo quanto à natureza jurídica do consentimento presumido, qual seja, de causa supralegal de exclusão da ilicitude, ela diverge quanto à natureza do consentimento real. Para alguns, o consentimento real exclui sempre a tipicidade, enquanto para outros, exclui ou a tipicidade ou a antijuridicidade, a depender do caso.

²⁷² BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 2, p. 8; TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 117-119; BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento de dever legal*. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 55.

²⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 235.

Com efeito, Roxin,²⁷⁴ partindo da teoria liberal do bem jurídico individual, segundo a qual os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, entende que o consentimento real eficaz exclui sempre a tipicidade.

Por outro lado, a doutrina majoritária²⁷⁵ entende que o consentimento (real) válido excluirá a tipicidade sempre que o dissenso da vítima se constituir em elemento negativo do tipo, expressa ou tacitamente. Desta forma, por exemplo, no crime de invasão de domicílio (art. 150 do CP), o dissenso do titular do bem jurídico para o ingresso ou a permanência do agente é essencial para sua configuração. Nesse caso, o dissenso da vítima é exigido expressamente para a realização do tipo. Em outras situações, porém, a exemplo do estupro (art. 213 do CP), o dissenso da vítima está implícito.

Para essa mesma doutrina, nas hipóteses, portanto, em que a realização típica não pressupõe o dissenso, expresso ou implícito, da vítima, o consentimento teria natureza jurídica de justificante. Nas palavras de Assis de Toledo,²⁷⁶ “somente quando o consentimento se impõe de fora, dentro de certos limites, para tornar impunível uma conduta prevista como crime, é que se poderá cuidar desta excepcional causa de justificação”.

Para que o consentimento real seja válido, são necessários os seguintes requisitos:

a) manifestação de vontade, que pode ser expressa ou tácita, escrita ou não, desde que suficientemente clara e capaz de fazer com que o agente reconheça sua existência e seus limites; b) consentimento livre (e informado, se se tratar de relação médico/paciente); c) disponibilidade do bem jurídico; d) capacidade de consentir; e) anterioridade do consentimento; e f) correspondência entre o que foi consentido e a atuação do agente.

²⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 2006. t. 1, p. 517. No mesmo sentido, cf. ASÚA, Luis Jiménez de. *La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1976. p. 286 et seq.; CARVALHO, Taipa de. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 160; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 280; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 191

²⁷⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 2001. p. 98; GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 350 et seq.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 472 et seq.; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 2004; CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Lima: Ara, 2007. p. 755 et seq.; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 2, p. 9 et seq.; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 192; TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 129; NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 212 et seq.

²⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 129.

Caso não seja possível haver o consentimento real, ele será objetivamente presumido. O consentimento presumido, portanto, será sempre subsidiário em relação ao consentimento real.²⁷⁷ É o que se dá, por exemplo, no caso de uma vítima de acidente de trânsito que é levada, já inconsciente, ao hospital e ali necessita de intervenção cirúrgica. Nesse caso, presume-se que, se estivesse consciente, o paciente consentiria com a cirurgia, necessária para salvar-lhe a vida ou restabelecer sua saúde.

Os casos de consentimento do titular do bem jurídico podem ser, de maneira até relativamente simples, demonstrados em uma investigação sumária, de tal forma que, se reconhecido de maneira inequívoca, impedirá a instauração de um procedimento investigativo mais complexo, por ausência de justa causa, à semelhança das demais causas excludentes de antijuridicidade.

3.3.3 Condições de procedibilidade

Algumas vezes, a lei, ou mesmo a jurisprudência, exigem uma condição específica para que a persecução penal seja desencadeada. É o que se convencionou chamar de condição de procedibilidade.

Tradicionalmente as condições de procedibilidade são analisadas apenas como condições para o exercício da ação penal,²⁷⁸ salvo raras exceções, a exemplo da representação e do requerimento do ofendido e da requisição do Ministro da Justiça, que também o são já para a instauração de um inquérito policial, até por determinação legal.

Porém, existem outras que, do mesmo modo, embora sem determinação legal expressa, são igualmente condições para a instauração de uma investigação formal mais complexa, a exemplo da entrada do agente em território nacional, nos casos de extraterritorialidade condicionada da lei penal.

Por outro lado, algumas, embora sejam condições específicas para o exercício da ação penal, não o serão para a instauração de um inquérito, por exemplo, como é o caso do laudo pericial nos crimes contra a propriedade imaterial (violação de direitos autorais); ou da autorização da Câmara dos Deputados para a instauração de um processo criminal contra o

²⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 195.

²⁷⁸ Ada Pellegrini entende que as “condições de procedibilidade” não existem como categoria própria, nem mesmo como condições específicas da ação penal. Segundo a referida processualista, os exemplos dados pela doutrina se enquadram na possibilidade jurídica do pedido, como se vê em GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 198.

Presidente da República, prevista nos arts. 51, inc. I e 86, *caput*, da CF. Sobre este último caso, o Regimento Interno do STF prevê, em seu art. 21, inc. XV, que caberá ao STF a supervisão das investigações contra o Presidente da República, supervisão esta que, segundo já decidiu o próprio STF,²⁷⁹ compreende desde a instauração dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, da ação penal.

Desse modo, abaixo serão elencados e analisados apenas os aspectos mais relevantes para a presente pesquisa das condições de procedibilidade para a instauração de uma investigação criminal.

3.3.3.1 Representação do ofendido

A representação do ofendido é uma condição específica ou condição de procedibilidade para o exercício da ação penal pública condicionada e para a instauração de uma investigação criminal. Portanto, nos crimes em que a lei a exigir, a investigação criminal não poderá sem ela ser instaurada, nem mesmo a formalização da prisão em flagrante poderá ser feita, a teor do que preceitua o art. 5º, § 4º, do CPP.

Por questões de política criminal, normalmente fundadas na natureza e disponibilidade do bem jurídico tutelado, bem como na afetação da esfera íntima da vítima, o legislador elegeu algumas situações em que a persecução penal depende da manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, a quem cabe avaliar a conveniência e oportunidade do início da persecução penal. A razão, portanto, é evitar que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) ou o *strepitus investigationis* (escândalo da investigação) se tornem um mal maior que o crime já cometido e a impunidade dos responsáveis. Ou, nas palavras de Casara e Melchior,²⁸⁰ “a representação demonstra a preocupação de evitar que a persecução penal venha a vulnerar ainda mais a vítima do delito (vitimização secundária). Essa condição específica, portanto, vai ao encontro do valor constitucional da dignidade da pessoa humana”.

A representação nada mais é do que a manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal de que o fato criminoso seja investigado e/ou processado. Portanto, a representação possui eficácia objetiva. Isso significa que, uma vez que o ofendido manifesta sua vontade de que determinado crime seja investigado, mesmo que, na ocasião, aponte um

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Inq. 2.411QO/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, 10 out. 2007.

²⁸⁰ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1, p. 445.

suspeito, sobrevivendo a descoberta de outros, não será necessário um aditamento daquela representação inicial, pois esta servirá para todos os investigados. A representação, neste sentido, autoriza o Estado a investigar fatos, e não pessoas.

Não se exige qualquer formalidade da representação. É bastante que haja manifestação de vontade inequívoca do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Segundo o STJ,²⁸¹ o simples registro do boletim de ocorrência já é suficiente como representação, pois significa que o ofendido tem interesse que o autor do crime seja investigado ou processado. Contudo, isso não parece ser necessariamente verdadeiro. É bastante comum que a vítima de um crime registre um boletim de ocorrência sem que tenha ainda decidido proceder à persecução penal contra o autor, por diversas razões. O entendimento do STJ acaba por dispensar a condição estabelecida pelo legislador para a deflagração persecutória.

De forma simples, fácil e informal, bastaria que se fizesse constar, ainda que no boletim de ocorrência, a vontade inequívoca do ofendido ou de seu representante legal, de que o fato fosse investigado.

Ainda sobre a forma, a representação pode ser escrita ou oral (art. 39 do CPP). Quando for oral, deverá ser reduzida a termo. No âmbito da investigação, normalmente a representação consta das próprias declarações da vítima.

Como já mencionado, o titular do direito de representação é o ofendido, se já tiver 18 (dezoito) anos. Sendo ele menor de 18 (dezoito) anos ou, mesmo que maior, seja doente mental, caberá ao seu representante legal representar.

A doutrina entende que o representante legal, no processo penal, pode ser tanto o tutor, como o curador e aquele que detém a guarda de fato da vítima.

Se houver conflito de interesse entre o ofendido menor de 18 (dezoito) anos e seu representante legal, deverá o juiz nomear um curador especial, a quem caberá a decisão por representar ou não, nos termos do art. 33 do CPP.

²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 130.000/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. Diário da Justiça, Brasília, 8 set. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 541.807/SC. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 dez. 2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no Agravo em Recurso Especial 158.220/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 ago. 2012.

Em caso de morte ou declaração judicial de ausência do ofendido, terão legitimidade sucessiva para representar as seguintes pessoas: cônjuge, ascendente, descendente e irmão, conforme previsão do art. 24, § 1º, do CPP.

Parte da doutrina²⁸² inclui os companheiros que vivem em união estável no rol de legitimados sucessivos para representar, tendo como fundamento, o regramento constitucional que garante a eles todos os direitos dessa entidade familiar.

Por outro lado, há aqueles que entendem ser o rol do art. 24, § 1º do CPP, taxativo, não se podendo, portanto, nele incluir os companheiros que vivem em união estável.²⁸³ Com efeito, segundo Renato Brasileiro,²⁸⁴ com o que se concorda, a inclusão dos companheiros no rol dos legitimados sucessivos para a representação configura analogia *in malam partem*, uma vez que amplia o poder punitivo estatal. Em outros termos, a regra do art. 24, § 1º, do CPP, é de natureza penal, devendo, pois, ser interpretada restritivamente, em respeito ao princípio da legalidade.

Poderão ainda exercer o direito de representação, as fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas, as quais deverão ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes (art. 37, por interpretação extensiva, do CPP).

Quanto ao prazo para o ofendido, maior de dezoito anos e capaz, ou de seu representante legal, exercer o direito de representação, o legislador definiu que será, como regra, de seis meses, sendo estes contados do dia em que vier a saber da autoria do crime (art. 38, *caput*, do CPP).

A consequência do não exercício do direito de representação nesse prazo de seis meses, é a extinção da punibilidade, pela decadência, nos termos do art. 107, inc. IV, do CP. Com efeito, o legislador diz expressamente que “[...] decairá do direito de queixa ou de representação [...]”, no citado art. 38, *caput*, do CPP.

²⁸² Cf. por todos: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 185; NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. v. 1, p. 479; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 418.

²⁸³ Cf. por todos: LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 244; NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 240.

²⁸⁴ LIMA, op. cit., p. 244.

Sendo decadencial, esse prazo não pode ser interrompido, suspenso nem tampouco prorrogado. Além disso, por ampliar os direitos fundamentais do imputado e reduzir o poder punitivo estatal, possui natureza penal, devendo ser contado na forma do art. 10 do CP.

Apesar de o legislador ter dito que o prazo decadencial para a representação é de seis meses, contados do dia em que o ofendido ou seu representante legal vier a saber da autoria, ele não esclareceu como se poderá saber ou se provar essa data. Inspirado em Espínola Filho,²⁸⁵ pode-se dizer que, sendo a representação apresentada após o decurso do prazo de seis meses do dia da prática do crime, caberá ao titular do direito de representação provar que tomou conhecimento da autoria em momento posterior à prática do crime e em espaço de tempo inferior a seis meses, contados da apresentação da representação.

Ainda resta analisar o prazo para o exercício do direito de representação nos casos de morte ou declaração de ausência do ofendido. Segundo o par. único do art. 38 do CPP, o prazo será o mesmo, ou seja, de seis meses. Porém, o legislador não disse qual o parâmetro inicial para a contagem desse prazo, ou seja, se da morte, da declaração de ausência ou do conhecimento da autoria por parte dos legitimados sucessivos do art. 24, § 1º, do CPP. De igual modo, não esclareceu se o prazo de seis meses é único para todos os titulares ou se são prazos autônomos.

Quanto ao parâmetro inicial de contagem desse prazo decadencial, Hélio Tornaghi²⁸⁶ entende “[...] que se conta do dia em que o ofendido, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão vier a saber quem é o autor do crime, ou do dia da morte ou declaração judicial de ausência, se já antes era conhecida a autoria”.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que cada titular possui um prazo próprio e autônomo para representar, Carlos Frederico²⁸⁷ diferencia duas situações: aquela em que os sucessores já conheciam a autoria do crime antes da morte ou da ausência do ofendido e a situação em que os sucessores tomaram conhecimento da autoria após esses episódios. No primeiro caso, entende o referido autor que o prazo de seis meses começa a correr a partir do

²⁸⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 1, p. 403.

²⁸⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 334. No mesmo sentido, cf. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 1, p. 405.

²⁸⁷ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. v. 1, p. 592-593.

dia da morte ou da declaração de ausência, pois antes disso eles não eram titulares do direito de representação, razão pela qual não poderiam exercê-lo. Já na segunda hipótese, esse prazo começa a correr do dia em que eles tomam conhecimento da autoria, aplicando-se, por analogia, a Súmula 594 do STF.

Existe ainda um terceiro entendimento,²⁸⁸ que considera como marco inicial da contagem do prazo decadencial de seis meses para o exercício do direito de representação, o conhecimento da autoria pelos legitimados sucessivos.

Quanto ao primeiro entendimento, embora contemple a regra do marco inicial ser o conhecimento da autoria, peca pela exceção, que considera ser possível, quando os legitimados sucessivos tomarem conhecimento da autoria apenas após a morte ou a declaração de ausência, a contagem do prazo decadencial a partir desses eventos. Ocorre que, se assim fosse, estar-se-ia considerando como prazos autônomos e não como prazo único. E se sabe que, como lembra Gustavo Badaró,²⁸⁹ a decadência em relação a qualquer dos legitimados sucessivos implicará a extinção da punibilidade, não podendo qualquer legitimado exercer o direito de representação.

Esses mesmos argumentos são úteis à refutação do segundo posicionamento doutrinário, que pressupõe, como se disse, a autonomia dos prazos dos legitimados sucessivos. Além disso, a referida doutrina busca sustentação em um enunciado sumular do STF que já foi tacitamente revogado. Com efeito, de acordo com o atual Código Civil (art. 5º), o ofendido torna-se plenamente capaz aos dezoito anos, não sendo mais possível, portanto, a legitimidade concorrente entre ele e seu representante legal. Não por outro razão que se entende igualmente que estão revogados os arts. 34 e 50, par. único, do CPP.

Referindo-se ao enunciado da Súmula 594 do STF, Gustavo Badaró²⁹⁰ afirma que sua interpretação poderia levar à inaceitável situação de um prazo decadencial de quase três anos. Com efeito, se alguém fosse vítima de um crime no dia em que completasse dezoito anos, seu direito de representar duraria até seus dezoito anos e seis meses. Como a legitimidade seria concorrente, não haveria extinção de punibilidade pela decadência, razão

²⁸⁸ Nesse sentido, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 429; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 185 e LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 245-246.

²⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 185 e LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 185.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 185-86, nota 88.

pela qual seu representante legal, tomando conhecimento da autoria do crime apenas quando o ofendido tivesse vinte anos e seis meses, ainda teria mais seis meses para representar. Situação realmente absurda e inaceitável.

Parece claro, portanto, que o marco inicial para a contagem dos seis meses é igualmente o conhecimento da autoria pelos legitimados sucessivos. Desse modo, havendo morte ou declaração de ausência do ofendido, o cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão terão o prazo único e comum de seis meses para exercerem o direito de representação, em ordem sucessiva de preferência.

3.3.3.2 Requisição do Ministro da Justiça

Tal qual a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça é uma condição específica ou condição de procedibilidade para o exercício da ação penal pública condicionada e para a instauração de uma investigação criminal. Portanto, nos crimes em que a lei a exigir, a investigação criminal não poderá ser instaurada sem ela.

Aqui também foram questões de política criminal, normalmente fundadas na natureza e disponibilidade do bem jurídico tutelado, bem como na afetação da esfera íntima da vítima e no interesse nacional, que levaram o legislador a eleger determinadas situações em que a persecução penal depende da manifestação de vontade do Ministro da Justiça, a quem cabe avaliar a conveniência e oportunidade do início da persecução penal. A razão, portanto, é evitar que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) ou o *strepitus investigationis* (escândalo da investigação) se tornem um mal maior que o crime já cometido e a impunidade dos responsáveis. Para Tourinho Filho,²⁹¹ a requisição do Ministro da Justiça é um ato político, do mesmo modo que o é seu juízo de conveniência e oportunidade para apresentá-la.

A requisição nada mais é do que um ato administrativo que manifesta a vontade do Ministro da Justiça de que o fato criminoso seja investigado e/ou processado. Nas palavras de Frederico Marques,²⁹² “ela se funda em motivos de ordem política”. Portanto, a requisição possui eficácia objetiva. Isso significa que, uma vez que o Ministro da Justiça manifesta sua vontade de que determinado crime seja investigado, mesmo que, na ocasião, aponte um suspeito, sobrevindo a descoberta de outros, não será necessário um aditamento daquela

²⁹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 457.

²⁹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 316.

requisição inicial, pois esta servirá para todos os investigados. A requisição, neste sentido, autoriza o Estado a investigar fatos, e não pessoas.

São raros os casos de subordinação da persecução penal ao ato político de requisição, a saber: a) crimes contra a honra do Presidente da República (art. 141, inc. I, c/c art. 145, par. único, ambos do CP); b) crimes contra a honra de Chefe de Governo Estrangeiro (art. 141, c/c art. 145, par. único, ambos do CP; e c) crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil (art. 7º, § 3º, b, do CP). Antes da revogação da Lei nº 7.170/1983 pela Lei nº 14.197/2021, tinha-se também a hipótese de crimes contra a segurança nacional (art. 31, inc. IV, da Lei nº 7.170/1983). A nova lei de segurança nacional não condicionou o exercício do direito de ação de nenhum crime à requisição do Ministro da Justiça.

Vale destacar que a doutrina não é pacífica quanto ao alcance da expressão “Chefe de Governo Estrangeiro”, prevista no art. 141, inc. I, do CP. Com efeito, para Nelson Hungria,²⁹³ “a expressão ‘chefe de governo’ compreende não só o soberano ou chefe de Estado, como o ‘primeiro-ministro’ ou ‘presidente de conselho’, pois a este cabe também a alta direção governamental”.

Em sentido diverso, César Bitencourt²⁹⁴ entende que essa ampliação interpretativa fere o princípio da reserva legal, inadmissível no Estado Democrático de Direito.

Ao contrário da representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça não está sujeita a prazo decadencial. Portanto, ela poderá ser apresentada a qualquer tempo, desde que não tenha havido extinção da punibilidade por outra razão.

3.3.3.3 Requerimento do ofendido

O requerimento do ofendido é também uma condição de procedibilidade para a instauração de uma investigação quando se tratar de crime cuja ação penal seja de iniciativa privada. Portanto, nos crimes em que a lei o exigir, a investigação criminal não poderá sem ele ser instaurada, nem mesmo a formalização da prisão em flagrante poderá ser feita, a teor do que preceitua o art. 5º, § 5º, do CPP.

²⁹³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 6, p. 101. No mesmo sentido, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal parte especial I: artigo 121 ao artigo 234 do Código Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 251; NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. p. 463 e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 457.

²⁹⁴ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal parte especial: dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 383.

Por questões de política criminal, semelhantes às relativas à representação, normalmente fundadas na natureza e disponibilidade do bem jurídico tutelado, bem como na afetação da esfera íntima da vítima, o legislador elegeu algumas situações em que a persecução penal depende da manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, a quem cabe avaliar a conveniência e oportunidade do início da persecução penal. A razão, portanto, é evitar que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) ou o *strepitus investigationis* (escândalo da investigação) se tornem um mal maior que o crime já cometido e a impunidade dos responsáveis.

Esse requerimento nada mais é do que a manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal de que o fato criminoso seja investigado e/ou processado. Ele possui, portanto, eficácia objetiva, à semelhança da representação. Isso significa que, uma vez que o ofendido manifesta sua vontade de que determinado crime seja investigado, mesmo que, na ocasião, aponte um suspeito, sobrevindo a descoberta de outros, não será necessário um aditamento daquele requerimento inicial, pois este servirá para todos os investigados. O requerimento, neste sentido, autoriza o Estado a investigar fatos, e não pessoas.

Não se exige qualquer formalidade do requerimento. É bastante que haja manifestação de vontade inequívoca do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

Poderão requerer a instauração de procedimento investigatório de crimes de ação penal privada todos os já mencionados titulares do direito de representação. O regramento é o mesmo, neste aspecto.

No que tange ao prazo, embora o legislador tenha estabelecido que será, como regra, de seis meses, a contar do conhecimento da autoria, sob pena de decadência do direito de queixa, fica claro que o ofendido ou seu representante legal terá que requer a instauração do respectivo procedimento investigatório, antes de tal prazo decadencial.

Com efeito, a decadência atinge o próprio direito de queixa, como se vê expressamente no art. 38 do CPP, e não o direito de requerer a instauração da respectiva investigação, o que só é afetado, por consequência, em virtude da extinção da punibilidade. O requerimento do ofendido, neste caso, é irrelevante, já que não interrompe nem suspende o prazo decadencial. Portanto, o prazo de seis meses deve ser suficiente para que o

requerimento seja feito, para que o inquérito ou o termo circunstanciado de ocorrência seja instaurado e concluído e para que a respectiva ação penal privada seja proposta.

O legislador apresenta duas exceções à regra do prazo e da legitimidade, as quais repercutem na investigação preliminar.

A primeira encontra-se no art. 236, par. único, do CP, no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento. Por se tratar de crime de ação penal privada personalíssima (única hipótese no ordenamento pátrio), a queixa-crime somente poderá ser proposta pelo contraente enganado, no prazo de seis meses, contados, porém, do trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

O trânsito em julgado da sentença a que se refere o citado artigo não é condição de procedibilidade para o requerimento da instauração do respectivo procedimento investigatório. Porém, essa norma impede a sucessão da legitimidade para requerer tal instauração, da mesma forma que impede a legitimidade sucessiva para propor a queixa-crime e sucessão processual no curso do processo, nos casos de morte ou declaração judicial de ausência do ofendido. Aliás, se alguma dessas hipóteses ocorrer, haverá extinção da punibilidade.

A segunda exceção legal à regra do art. 38 do CPP, diz respeito aos crimes contra a propriedade imaterial que deixem vestígios cuja ação penal é de iniciativa privada. Nos termos do art. 529 do CPP, a queixa-crime deve ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, contados da homologação do laudo pericial comprobatório da materialidade delitiva. Neste caso, o requerimento para a instauração do respectivo procedimento investigatório poderá ser feito a qualquer tempo, desde que a investigação seja concluída antes desse prazo decadencial de 30 (trinta) dias.

3.3.3.4 Requisição do Tribunal Superior Eleitoral?

Apesar de os crimes eleitorais serem de ação penal pública incondicionada, o TSE editou a Resolução nº 23.396, na qual criava uma verdadeira condição de procedibilidade para a instauração de um inquérito para investigar os crimes eleitorais. Com efeito, segundo o art. 8º da referida Resolução, “O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”.

Essa Resolução, porém, teve sua constitucionalidade questionada, através da ADI 5104, proposta pelo Procurador Geral da República, o qual requereu a concessão de liminar para suspender os efeitos dos arts. 3º ao 13, por considerá-los incompatíveis com os princípios da legalidade, do acusatório e o da inércia da jurisdição.

Com acerto, o Plenário do STF suspendeu, por maioria de votos, cautelarmente a eficácia dos dispositivos, entre os quais, o referido art. 8º. Com efeito, um ato normativo secundário, como é a Resolução, não pode subtrair do Ministério Público e das Polícias Civil e Federal, funções que lhes são atribuídas pelo constituinte originário. Além disso, não poderia deixar a iniciativa da investigação nas mãos do Estado-juiz, único que não pode legitimamente exercê-la, sob pena de macular sua imparcialidade.

Depois disso, o Departamento de Polícia Federal formalizou requerimento ao TSE, pugnando pela alteração da Resolução nº 23.396. Em sessão administrativa, em abril de 2021, o Plenário do TSE aprovou, por unanimidade, instrução mantendo o poder da polícia judiciária de instaurar inquérito, de ofício, visando a apurar crimes eleitorais.

No mesmo mês de abril de 2021, após a referida sessão administrativa, foi publicada a Resolução nº 23.640, revogando a Resolução nº 23.396 e versando sobre a apuração de crimes eleitorais.

À semelhança do que faz o Código de Processo Penal, a Resolução nº 23.640 estabelece que a *notitia criminis* pode ser endereçada ao juiz, ao membro do Ministério Público ou à autoridade policial. E esta, uma vez verificada a procedência, autenticidade e veracidade das informações, mandará instaurar o respectivo inquérito (art. 3º, par. único), respeitadas as regras de foro especial por prerrogativa de função.

Desse modo, o delegado de polícia pode e deve instaurar inquérito para investigar crime eleitoral e conexos, independente de qualquer tipo de provocação.

3.3.3.5 Autorização do Tribunal, no caso de autoridade com foro especial por prerrogativa de função

Outra condição sem a qual a autoridade policial não poderá iniciar uma investigação criminal, nos casos de suspeitos com foro especial por prerrogativa de função, é a autorização do Tribunal que tenha competência para processá-lo criminalmente. Infelizmente é um tema sobre o qual o STF ainda não sedimentou um posicionamento em

relação a todas as autoridades com prerrogativa de foro. A análise que segue, portanto, é provisória e condicionada pelos futuros julgamentos da matéria nos tribunais de sobreposição.

Antes desta análise, porém, é importante deixar claro que existem dois grandes grupos de autoridades com foro especial por prerrogativa de função, se analisarmos a submissão de tais autoridades a uma investigação policial, segundo a doutrina absolutamente majoritária: a) membros do Poder Judiciário e do Ministério público, os quais não podem ser investigados pela polícia; e b) as demais autoridades com foro especial por prerrogativa de função, as quais se submetem a investigações policiais. Ambos os grupos serão aqui analisados.

Até o julgamento da Ação Penal 937, julgada pelo STF, no começo de 2018, tinha-se, de forma sumária, o seguinte quadro:

Tratando-se de pessoas com foro especial no STF, a instauração do respectivo inquérito dependia de exposto requerimento do Procurador Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, além de prévia autorização do Ministro Relator,²⁹⁵ conforme preconiza o art. 21, inc. XV, do RISTF.

Apesar da ausência de previsão legal, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*”²⁹⁶.

Segundo o art. 21, inc. XV, do RISTF, o Ministro Relator poderá negar a instauração de inquérito quando verificar alguma das seguintes situações: a) existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; b) existência manifesta de excludente de culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; d) que esteja extinta a punibilidade do agente; ou d) ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de 19.06.2015*. Brasília: STF, 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3940. Rel. Min. Rosa Weber.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.411 QO. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 out. 2007. No mesmo sentido, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Inquérito 2.842/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 fev. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AP 912/PB. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 maio 2017.

Embora possam ser bons parâmetros, não são suficientes para definir a justa causa para a instauração de um inquérito policial. A redação o referido dispositivo é confusa. Não ser evidentemente crime o fato narrado ou pode ser traduzido por apenas *atipicidade*; ou por *atipicidade, licitude e não culpabilidade*, excluindo, portanto, todos os elementos constitutivos do conceito analítico de crime. Contudo, a exclusão da ilicitude e da culpabilidade foram tratadas de forma apartada, o que deixa claro que a referida hipótese se refere mesmo à atipicidade, a qual também inclui a materialidade, tratada em alínea própria também. De todo modo, o que esse dispositivo faz é estabelecer hipóteses de ausência de *justa causa* para a instauração de um inquérito. Discorda-se, porém, da hipótese das excludentes de culpabilidade, como foi analisado acima, onde se presume a justa causa.

Nos demais casos de pessoas com foro especial por prerrogativa de função (exceto membros do Ministério Público e do Judiciário, como será analisado abaixo), embora sem fundamento normativo, a doutrina e a jurisprudência entendem que a instauração de inquérito dependerá de autorização do respectivo relator do caso, à semelhança do que ocorre no STF.

O próprio STF já se manifestou no sentido de que, surgindo indícios de participação de alguma autoridade com foro especial por prerrogativa de função no curso de uma investigação, a autoridade policial deverá remeter imediatamente ao tribunal com competência para julgar a referida autoridade, sob pena de usurpação de sua competência, a qual se estende à fase de investigação. Com efeito, segundo o Min. Marco Aurélio, é “inadmissível que, uma vez surgindo o envolvimento de detentor de prerrogativa de foro, se prossiga nas investigações”.²⁹⁷ E, de forma mais contundente, o STF²⁹⁸ tem posicionamento pacificado no sentido de que, em se tratando de investigação envolvendo Deputados Estaduais, tanto a instauração quanto o indiciamento dependerão de prévia autorização do desembargador relator do inquérito.

Porém, esse quadro mudou, ao menos em parte, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão de ordem na Ação Penal 937. Em síntese, o STF restringiu o foro especial de Deputados Federais e Senadores da República às hipóteses de crimes cometidos durante o mandato, ou seja, a partir da diplomação, e que sejam relacionados ao exercício das funções parlamentares.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de 12.08.2014*. Brasília: STF, 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3305. Rel. Min. Marco Aurélio.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3825 QO/MT. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 abr. 2007.

Em sentido contrário, a 5ª Turma do STJ entende que a necessidade de autorização do Ministro Relator para a instauração de inquérito para investigar autoridade com foro especial dependia de previsão em ato normativo. No caso, somente previsto no Regimento Interno do STF, como mencionado. Portanto, entende o STJ que, nos demais casos, o inquérito poderá ser instaurado independentemente de qualquer autorização. Com efeito, de acordo com a 5ª Turma do STJ:²⁹⁹

1. No que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o tribunal, a lei não excepciona a forma como se procederá à investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, a qual não requer prévia autorização do Judiciário. "A prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial" (Pet 3825 QO, Relator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 10/10/2007). Precedentes do STF e do STJ.

2. Não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial, sendo certo que a garantia constitucional diz respeito tão somente ao processamento e ao julgamento de eventual ação penal movida em desfavor de ocupante de cargo cujo status constitucional assegure privilégio de foro, de modo a evitar persecução criminal infundada. Por isso, não há que se falar em nulidade quando o procedimento de investigação instaurado pelo Ministério Público prossegue sem a chancela do Poder Judiciário, pois trata-se de procedimento pré-processual, não acobertado pela garantia de foro especial.

3. Em resumo: a) O Código de Processo Penal prevê, como primeira hipótese, a instauração de inquérito policial ex officio pela Polícia Judiciária, em cumprimento de seu dever constitucional, sem necessidade de requerimento ou provocação de qualquer órgão externo; b) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou a concorrência de atribuição entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária para realizar investigações criminais; c) Sendo assim, a mesma sistemática é válida tanto para procedimentos investigatórios ordinários quanto para investigações que envolvam autoridades com prerrogativa de função; d) Por constituírem limitações ao poder de investigação conferido pela Constituição Federal à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, as hipóteses em que a atividade investigatória é condicionada à prévia autorização judicial exigem previsão legal expressa - REsp n. 1.697.146/MA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/10/2018, DJe 17/10/2018. No mesmo diapasão: RHC n. 93.723/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7/8/2018, DJe 15/8/2018 e RHC n. 73.829/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *RHC 79.910/MA*. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 26 mar. 2019. No mesmo sentido, cf BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *AgRg no HC 404.228/RJ*. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 1 mar. 2018.

DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017.

No Procedimento de Controle Administrativo nº 0002734-21.2018.2.00.0000,³⁰⁰ de relatoria do Conselheiro André Godinho, o CNJ interpreta restritivamente o art. 21, inc. XV, do RISTF, ou seja, entendendo que a referida norma só se aplica aos casos de sua competência, como se pode ver no seguinte trecho da decisão:

No que se refere a impossibilidade de extensão da exigência prevista no RISTF aos demais Tribunais Estaduais, oportuno transcrever, por sua clareza, trecho da manifestação proferida pelo Ministra Rosa Weber quando do julgamento da AP 912/PB, de Relatoria do Ministro Luiz Fux:

Reputo importante o registro porque, diferentemente das autoridades sujeitas ao regime de prerrogativa de foro nesta Suprema Corte, onde há norma regimental expressa a condicionar a instauração do inquérito à determinação/autorização do Ministro Relator (artigo 21, XV, do RISTF), não existe disciplina normativa equivalente com relação aos Prefeitos Municipais (artigo 29, X, da CF), que se sujeitam, quanto à instauração do inquérito, às normas comuns do CPP. De fato, o artigo 21, XV, do RISTF, incluído pela Emenda Regimental nº 44/2011, atribui ao Relator “(...) determinar a instauração de inquérito a pedido de Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido”, nos casos das autoridades com prerrogativa de foro nesta Suprema Corte. Já quanto aos Prefeitos, a norma do artigo 29, X, da CF, garante apenas o “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”, e nada dispõe a respeito de autorização/determinação judicial para o início das investigações. Submetem-se os Prefeitos Municipais, desse modo, quanto à instauração do inquérito, às normas ordinárias do CPP, aplicável à generalidade dos cidadãos, as quais não exigem autorização jurisdicional para a mera abertura de investigações preliminares. As normas pertinentes à prerrogativa de foro – especialmente aquelas que interferem na embrionária etapa das investigações preliminares, em que protagonizam a Polícia e o Ministério Público – por serem exceções ao regime republicano, devem ser interpretadas com comedimento. Essa é a linha de compreensão que venho adotando nesta Suprema Corte e, particularmente quanto à questão da autorização judicial para a instauração do inquérito, já tive a oportunidade de expô-la em *obiter dictum* no voto vista que proferi no INQ 3847/AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 08.6.2015. (AP 912, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, acórdão eletrônico DJe-101, divulgado em 15-05-2017, publicado em 16-05-2017).

Com essa decisão, o CNJ fixa um entendimento segundo o qual, como regra, a investigação criminal de autoridades com foro especial por prerrogativa de função deve ocorrer sem a autorização prévia do Poder Judiciário. Excepcionalmente, quando houver expressa previsão em sentido contrário, constante de atos normativos primários no ordenamento jurídico pátrio, ela estará condicionada à prévia autorização do Judiciário.

³⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). PCA nº 0002734-21.2018.2.00.0000. Rel. Cons. André Godinho. Brasília: CNJ, 21 jul. 2018.

No que concerne aos critérios de manutenção do foro especial por prerrogativa de função fixados pelo STF, pouco tempo depois da decisão que os estabeleceu, o STJ também aplicou o mesmo entendimento para Conselheiros de Tribunais de Contas e Governadores, nas ações penais 857 e 866, respectivamente. Porém, entendeu inaplicáveis aos membros do Poder Judiciário que atuam nos Tribunais e aos membros do Ministério Público.

Com efeito, no que diz respeito aos magistrados, o STJ tratou da matéria na AP 878 QO³⁰¹ e fixou o entendimento segundo o qual somente aos magistrados que atuam em Tribunais não se aplicam as regras estabelecidas pelo STF na AP 937 QO,³⁰² ou seja, quando o autor de um crime for um desembargador ou ministro, o Tribunal competente será competente para julgá-lo, independente da contemporaneidade da prática criminosa ou da sua pertinência com a atuação funcional:

1. Hipóteses em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná responde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR. 2. O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça. (...) 4. Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial. 5. A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal.

Por outro lado, e de forma nada isonômica, na decisão do CC 177100/CE/2021, o STJ entendeu que “compete aos tribunais de justiça processar e julgar os delitos comuns, não relacionados com o cargo, em tese praticados por Promotores de Justiça”.³⁰³ Observe-se que, ao contrário do julgamento em relação a membros do Poder Judiciário, em que juízes de primeiro grau ficaram de fora do julgamento, nada a eles sendo dito, restringindo-se aos membros que atuam nos Tribunais, aqui os membros do Ministério Público que atuam na

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AP 878 QO, Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 21 nov. 2018.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. AP 937 QO. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 3 maio 2018.

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 177100/CE. Rel. Min. Joel Irlan Paciornik. Julgado em 08 set. 2021.

primeira instância foram contemplados, decidindo-se, de forma expressa, que os mesmos serão sempre julgados pelo tribunal de justiça competente, independente dos critérios estabelecidos pelo STF estarem ou não preenchidos. Parece claro que essa decisão fere a isonomia estabelecida pelo constituinte (art. 96, inc. III, da CF) entre os membros do Ministério Público e da magistratura, em termos de foro especial por prerrogativa de função.

Resta uma decisão definitiva em relação a todas as autoridades com foro especial. Até que isso aconteça, em relação a Deputados Federais, Senadores da República, Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas, caso se trate de crimes praticados antes da diplomação ou do exercício do cargo, ou ainda, que não guarde com eles relação de pertinência, o inquérito policial poderá ser instaurado diretamente pelo delegado de polícia, independente de prévia autorização.

Por fim, importa analisar os casos em que o agente com foro especial comete o crime quando exercia outro mandato eletivo, ou quando foi reeleito ou quando ficou sem mandato por um tempo e voltou a se eleger. Veja-se que se está diante de três cenários distintos e com consequências procedimentais igualmente diversas: reeleição, eleição sucessiva para cargo distinto (mandatos cruzados) e de mandatos intervalados.

No primeiro caso, ou seja, de reeleição, o ocupante de um mandato político consegue se reeleger para o mesmo cargo, na eleição subsequente. Nesse caso, de acordo com o STF, como a atual diplomação decorreu de sucessivas e ininterruptas reeleições para o mesmo cargo, o foro por prerrogativa terá a sua competência mantida.³⁰⁴ Portanto, a autoridade policial dependerá de autorização para a instauração do respectivo inquérito policial.

No segundo cenário, o da eleição para novo cargo, o agente exercia um cargo político X e, na eleição subsequente e sem interrupção, candidata-se a cargo distinto e se eleger, ou seja, a hipótese conhecida como mandatos cruzados. Neste caso, entendia o STF que o foro por prerrogativa de função não seria mantido, até porque o enunciado sumular 394 do STF, que versava sobre o tema, foi revogado. Além disso, o art. 84, §§ 1º e 2º do CPP, que também regulava a prerrogativa por ex-função, foi declarado inconstitucional. Entendia, portanto, o STF, que “não se configura situação a incidir a competência do Supremo à supervisão do inquérito, por se tratar de fato delituoso distinto, anterior ao exercício do cargo

³⁰⁴ STF, Inq 4435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 13 e 14 mar. 2019.

de deputado federal”.³⁰⁵ Porém, ao julgar a Reclamação 41910, proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, na qual se discutia sobre a investigação contra um Senador da República, o qual teria desviado recursos públicos quando era Deputado Estadual, no que ficou conhecido como “esquema das rachadinhas”, especialmente se a competência seria de um juiz de primeira instância ou do órgão especial do TJRJ. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu ser da sua competência, vez que o ex-Deputado Estadual elegeu-se, sucessivamente, para Senador, não deixando de ser parlamentar. Essa decisão foi mantida pela 5ª Turma do STJ³⁰⁶ e também pela 2ª Turma do STF,³⁰⁷ em contrariedade ao que ficou estabelecido na Questão de Ordem da AP 937 e numa verdadeira repristinação da Súmula 394 do STF e do art. 84, §§ 1º e 2º do CPP. Isso significa que, segundo o novo entendimento do STJ e do STF sobre a prorrogação do foro especial no caso dos mandatos cruzados, o delegado de polícia dependerá de autorização do tribunal respectivo para instaurar inquérito.

Por fim, o terceiro quadro de mandatos intervalados em que o político que exercia um mandato não consegue se reeleger ou se eleger para cargo distinto, na eleição subsequente. Contudo, tempos depois, elege-se a um novo mandato. Houve, portanto, um intervalo entre os mandatos eletivos. Neste caso, suposto crime praticado no primeiro mandato não será julgado pelo tribunal competente para julgar o agente com foro especial pelo exercício do mandato eletivo atual.³⁰⁸ Se o foro especial por prerrogativa de função não se mantém, igualmente o inquérito policial poderá ser instaurado sem a necessidade de autorização.

O segundo grande grupo de autoridades com foro especial por prerrogativa de função, as quais, ao menos segundo a doutrina absolutamente majoritária, não podem ser investigadas pela Polícia Judiciária, é composto pelos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Quanto aos membros do Ministério Público estadual, o art. 41, par. único, da Lei nº 8.605/93, prever que, identificando-se indícios da prática de infração penal por membro do Ministério Público, a autoridade policial deverá remeter, imediatamente e sob pena de

³⁰⁵ STF, Inq 4435 AgR-quarto/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 13 e 14 mar. 2019. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, QO na APn 874-DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, por maioria. Julgado em 15 maio 2019.

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. EMB.DECL NO AG.REG. NO RHC 135.206/RJ. Voto Divergente do Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 21 nov. 2021.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RCL 41910. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 30 nov. 2021.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1185838/SP. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em 14 maio 2019.

responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, o qual realizará a investigação.

No âmbito do Ministério Público da União, existe previsão semelhante, no art. 18, par. único, da LC nº 75/93, determinando que, havendo indícios da prática de uma infração penal por parte de um membro do Ministério Público da União, os autos deverão ser encaminhados ao Procurador-Geral da República, o qual fará a respectiva investigação.

De igual modo, a LC nº 35/79 (art. 33, par. único) estabelece que, se houver indícios da prática de uma infração penal por parte de um magistrado, a autoridade policial deverá remeter os autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que seja levado a cabo a respectiva investigação.

Segundo a doutrina majoritária,³⁰⁹ esses dispositivos impedem que a autoridade policial instaure inquérito ou qualquer outro procedimento investigativo contra membros do Ministério Público e da magistratura.

Em outro extremo, Eugênio Pacelli³¹⁰ entende serem inconstitucionais os referidos dispositivos que concedem ao Ministério Público e ao Poder Judiciário a realização de investigações contra seus próprios membros, argumentando essencialmente que: a Constituição reservou à polícia judiciária a missão de investigar quaisquer autoridades; ao juiz não é dado investigar, de acordo com a regra do juiz natural; e ao Ministério Público, embora possa investigar, não foi concedido tal poder de forma privativa.

Especificamente em relação aos magistrados, e tendo como fundamento o sistema acusatório e a necessidade de se manter a imparcialidade do julgador, Renato Brasileiro³¹¹ entende que “não se pode, pois, interpretar o art. 33, parágrafo único, da LC nº 35/79, no sentido de que o Tribunal de Justiça irá desempenhar, na fase investigatória, funções equivalentes às de um delegado de polícia ou de um membro do Ministério Público”. Para o referido processualista, deve-se dar uma interpretação conforme a Constituição ao citado dispositivo, no sentido de que a atuação do Tribunal de Justiça ou do órgão especial será meramente de coordenação das atividades, jamais como protagonista da própria investigação e colheita de provas.

³⁰⁹ Cf., por todos, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 234 e MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 218-219.

³¹⁰ PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86.

³¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 187.

Parece estar com a razão a doutrina que entende não haver qualquer impedimento às autoridades policiais de instaurarem e levarem a cabo uma investigação contra membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público, bastando, para tanto, que houvesse autorização e supervisão do Tribunal competente para o julgamento, à semelhança do que ocorre em todos os demais casos de autoridades com foro especial por prerrogativa de função.

Não há qualquer razão, lógica ou jurídica, que justifique esse discrimen em relação a membros do Ministério Público e magistrados, criando uma sistemática exclusiva e privativa de investigações no processo penal brasileiro. Ao contrário do que sustenta a doutrina majoritária, a investigação *interna corporis* não garante imparcialidade e julgamento justo, com o afastamento de quaisquer influências políticas. Como pontuou, de forma cirúrgica, Danielle Cavalcanti,³¹²

Outrossim, o risco de mácula à imparcialidade e impessoalidade do investigador poderá estar presente, ainda com maior vigor, nas investigações internas, dada a marca do corporativismo associada a esses procedimentos, e o sistema precisa prever uma estrutura de coerência para investigações criminais, para que não haja rompimentos injustificáveis ao princípio da isonomia entre os indivíduos submetidos à persecução criminal.

Portanto, defende-se aqui a possibilidade de a autoridade policial instaurar e levar a cabo investigações contra quaisquer autoridades com foro especial por prerrogativa de função, vez que o constituinte lhe garantiu tal poder; em respeito ao princípio da isonomia; ao sistema acusatório; e à coerência do sistema de investigação preliminar.

3.3.4 Originalidade aparente

A originalidade consiste na ausência de *coisa julgada* e de *litispendência*. Haverá litispendência quando existirem dois processos iguais, simultaneamente. Haverá coisa julgada quando houver dois processos iguais, sucessivamente, ou seja, um após o outro.

Segundo Gustavo Badaró, “**há identidade de demandas**, no processo penal, quando ambas tiverem **o mesmo acusado** e for imputado **o mesmo fato naturalístico**”³¹³ (grifo do autor). Ou seja, a constatação de identidade de demandas independe da classificação jurídica dada ao fato criminoso. Desse modo, se um determinado cidadão está sendo processado por furto mediante fraude e, posteriormente, vem a saber da propositura de uma

³¹² CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 122-123.

³¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015. p. 328.

outra ação, pelo mesmo fato, mas agora com a classificação jurídica de estelionato, ter-se-ia identidade de demandas.

No que tange à coisa julgada, esta é considerada um atributo ou qualidade da decisão judicial que se tornou irrecorrível e imutável. Esse atributo é exclusivo da chamada coisa julgada material, a qual impede que o objeto do processo volte a ser discutido em outro processo que envolva as mesmas partes e os mesmos fatos. É o que se convencionou chamar de eficácia negativa da coisa julgada.

Sabe-se que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo fato. É o chamado *ne bis in idem* ou princípio da *proibição de dupla incriminação*, mas que aqui se propõe princípio da *proibição de dupla imputação*. Imputar significa atribuir a alguém a prática de determinado fato delituoso. Portanto, haverá identidade de demandas sempre que elas se fundarem na mesma imputação contra a mesma pessoa.

A proibição de dupla incriminação ou imputação possui fundamento normativo constitucional e convencional. Com efeito, segundo o art. 5º, XXXVI, da CF, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, estatui, em seu art. 8º, inc. 4, que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Por fim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, inc. 7, asseriu que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

A doutrina majoritária³¹⁴ entende que a ausência de litispendência e de coisa julgada são pressupostos negativos de validade do processo ou da relação processual. Portanto, um processo só pode ser considerado válido se não houver litispendência e coisa julgada.

De modo diverso, Afrânio Jardim³¹⁵ sustenta que falar-se em *pressuposto negativo* é uma contradição nos próprios termos. Além disso, para o citado processualista, o segundo processo não é nulo, vez que seus atos foram praticados segundo as normas

³¹⁴ Por todos, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 617; NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 306; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 117.

³¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 194, nota 59.

processuais que o regulam. A consequência deve ser a extinção do segundo processo sem julgamento do mérito.

Com base nisso, Afrânio Jardim sustenta que a ausência de litispendência e de coisa julgada são, em verdade, condições para o exercício da ação penal, que ele chamou de *originalidade*. Com efeito, em suas palavras:

Entendemos, hoje, existir uma quinta condição para o regular exercício da ação, inclusive penal. Na verdade, é vedado pelo nosso ordenamento jurídico que se exercite, por mais de uma vez, o mesmo direito de ação. Vale dizer, a ação tem de ser originária, não podendo ser uma indevida reprodução de uma outra já julgada (coisa julgada) ou em tramitação (litispendência). Destarte, a originalidade é uma condição para o exercício legítimo da ação penal, seja condenatória, declaratória, constitutiva ou mandamental.³¹⁶

Desse modo, conclui o referido autor: “quando o sistema normativo proíbe a litispendência e a violação à coisa julgada, ele está disciplinando, regulando, limitando o exercício do direito de ação”.³¹⁷

Antes de Afrânio Jardim, embora sem se referir à originalidade como uma nova condição da ação penal, Ada Pellegrini³¹⁸ já sustentava que alguns requisitos, a exemplo da litispendência e da coisa julgada, não podem alocar-se entre os pressupostos processuais, por dizerem respeito ao exercício do direito de ação.

O raciocínio desenvolvido pelos mencionados processualistas parece acertado. Contudo, a originalidade não se limita ao exercício do direito de ação. Uma tal limitação desconsidera, em absoluto, os efeitos deletérios de uma investigação criminal, com grandioso potencial de afetação a direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias só incidem, nesta fase preliminar, de forma tangencial, a exemplo da ampla defesa e do contraditório.

Se se deseja verdadeiramente levar os direitos fundamentais do imputado a sério, a originalidade deve ser antecipada para a investigação criminal, devendo ser uma condição

³¹⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 194, nota 59. O mesmo posicionamento manteve o autor em JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 36, nota 29 e JARDIM, Afrânio Silva. Originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [S. l.], v. 15, p. 4-10, jan./jun. 2015. Esse entendimento também é partilhado por CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1, p. 444 e NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014. p. 235 et seq.

³¹⁷ JARDIM, 2015, op. cit., p. 9.

³¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 24.

para a instauração de um inquérito, de um termo circunstanciado ou de um auto de investigação de ato infracional.

Nereu Giacomolli³¹⁹ se posiciona pela vedação da dupla investigação simultânea sobre o mesmo fato e sobre o mesmo investigado. Entende que, diante da possibilidade de diversas instituições realizarem investigação no Brasil, não raramente poderá ocorrer de o mesmo fato e a mesma pessoa estarem sendo investigados simultaneamente por mais de uma instituição. Nesse caso, segundo o citado processualista, haverá *bis in idem*, sendo necessário condensar as investigações na instituição com preponderância da competência constitucional para investigar, da especialidade e da proteção da função pública. A autonomia investigatória das demais instituições deve ser relativizada diante do risco de afetação dos direitos do imputado. Porém, resta-lhes o poder de levar a cabo investigação sobre os mesmos fatos e mesmo investigado, visando outros fins, que não criminais.

No mesmo sentido, e a partir da crítica ao conceito de *lide* no processo penal, entende Aury Lopes Jr.³²⁰ que a teoria das exceções deve ser reestruturada, tendo como base o conceito de acusação ou de imputação, de modo que será cabível a exceção de acusações/imputações repetidas relativas ao mesmo réu. E mais, sustenta o referido autor que não se deve admitir a tramitação simultânea de duas ou mais investigações preliminares, em diferentes órgãos, pelo mesmo caso penal.

Frederico Marques³²¹ também se posiciona pela necessidade de encerramento daquilo que ele chama de “litispêndência pré-processual”. Contudo, diante da indisponibilidade da pretensão punitiva (embora se saiba que se trate, nesta fase, de pretensão persecutória/acusatória), a paralisação da segunda persecução penal deve se dar mediante a atuação do órgão judiciário.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de analisar a matéria, decidindo que “É ilegal a utilização, por parte do MP, de peça sigilosa obtida em

³¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97-98. No mesmo sentido, cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 314; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 700.

³²⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 481.

³²¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 127.

procedimento em curso no STF para abertura de procedimento investigatório criminal autônomo com objetivo de apuração dos mesmos fatos já investigados naquela Corte”.³²²

Ou seja, segundo o postulado *ne bis in idem*, ninguém poderá responder pelo mesmo fato mais de uma vez, e não apenas ser processado. Não poderá, sequer, ser investigado. Com efeito, a identidade de demandas deve ser analisada desde a investigação, uma vez que nessa fase já se reúnem os elementos essenciais da imputação, quais sejam, a atribuição da autoria de uma infração penal a alguém, baseada em elementos de prova,³²³ que serão corroborados ou não ao longo da persecução penal, num percurso gradual, proporcional à cognição permitida em cada momento.

Como destaca Gabriela Estefania,³²⁴ a imputação na fase preliminar pode ser exteriorizada através de diversos atos, a exemplo do despacho de indiciamento e da representação por medidas cautelares e meios de obtenção de prova. Mas também, embora de forma excepcional, já na portaria inaugural de um inquérito policial, por exemplo.

Em verdade, é possível, antes mesmo da instauração de um inquérito, já se constatar a identidade de demandas, a depender dos elementos de prova apresentados, por exemplo, na representação ou requerimento do ofendido, na requisição do Ministro da Justiça, do Ministério Público ou do juiz, ou ainda, no curso da investigação sumária ou verificação preliminar de informações.

Especialmente com o grau de sofisticação tecnológica hoje existente e disponível às agências da administração da justiça criminal, é possível que a autoridade policial identifique, de forma inequívoca, a existência de um inquérito, ou processo em curso, ou já transitado em julgado, com identidade de demandas.

Portanto, a inexistência de investigações simultâneas sobre o mesmo fato e contra a mesma pessoa, bem como a inexistência de coisa julgada, também sobre o mesmo fato imputado à mesma pessoa, são condições para que uma investigação criminal mais complexa seja iniciada.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RHC 149.836/RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. Convocado TJDFT). Rel. para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 fev. 2022.

³²³ ARCENTALES, Gabriela Estefania Paredes. *Ne bis in idem e dupla imputação: reconhecimento e controle no processo penal brasileiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. p. 92.

³²⁴ *Ibid.*, p. 94-97.

Caso um novo inquérito policial, por exemplo, seja instaurado para investigar o mesmo fato e a mesma pessoa, seja simultânea ou sucessivamente, deverá o Ministério Público promover o arquivamento do segundo; ou o imputado poderá impetrar *habeas corpus*; ou ainda, havendo propositura da respectiva ação penal, poderá o réu suscitar a exceção de litispendência ou de coisa julgada; ou poderá o juiz reconhecer, de ofício e a qualquer tempo, tal situação processual, que é de ordem pública.

3.3.5 Punibilidade concreta aparente

Parte da doutrina pátria,³²⁵ com base no já revogado inc. II do art. 43 do Código de Processo Penal, considera a punibilidade concreta como condição da ação. Além disso, os autores que assim se posicionam, compreendem a punibilidade concreta exclusivamente a partir de uma perspectiva negativa e limitada à ausência de causas extintivas de punibilidade.

Diferentemente dessa doutrina, entende-se que a punibilidade concreta é também condição para a própria instauração de uma investigação formal, embora sua exigência seja apenas de aparência, compondo a estrutura dogmática da justa causa; ela possui um aspecto positivo e outro negativo, como se verá; e não se limita às causas extintivas de punibilidade.

Portanto, a instauração de uma investigação criminal também pressupõe a real possibilidade, detectável na investigação, de que o fato possa ser punido. Parece claro que toda infração penal é, a princípio e abstratamente, punível.

Essa punibilidade materializada pela pena, que Zaffaroni e Pierangeli³²⁶ chamam de coerção materialmente penal, é inerente a toda infração penal, tem o sentido de merecimento de pena ou punibilidade abstrata. Mas não é disso que se trata aqui.

A punibilidade que se considera como elemento da justa causa para a investigação é o que os referidos autores chamam de coerção formalmente penal, a qual engloba a anterior, mas é mais abrangente, uma vez que leva em conta todas as exigências legais ou constitucionais, de naturezas diversas (penal, processual penal, administrativa, civil, etc.), de

³²⁵ Cf. BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, 1980, p. 178 et seq.; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 148-149; LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 339; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

³²⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2015. p. 661-662.

tal forma que, mesmo diante de um fato típico, antijurídico, culpável e, em tese, punível, não será aplicada uma pena. Possui o sentido, portanto, de possibilidade de aplicar a pena.

Com efeito, segundo a doutrina de Zaffaroni e Pierangeli,³²⁷

O vocábulo “punibilidade” tem dois sentidos, que devem ser claramente delineados: a) *punibilidade* pode significar *merecimento de pena*, ser digno de pena no sentido da palavra alemã *Strafwürdig*; neste sentido, todo delito (toda conduta típica, antijurídica e culpável) é punível, pelo simples fato de sê-lo; b) *punibilidade* pode significar *possibilidade de aplicar a pena*, no sentido da palavra alemã *Strafbar*; neste sentido, nem todo o delito é passível da aplicação de uma pena, isto é, não se pode dar a todo delito o que teria merecido. *Nem sempre a punibilidade no sentido “a” pode ser satisfeita no sentido “b”.* Isto não é consequência da falta de qualquer característica do delito, mas é apenas uma questão que tem lugar e opera dentro da própria teoria da coerção penal. A afirmação de que o delito é punível (sentido a) surge da afirmação de que é delito, mas a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede a sua atuação (sentido b). (grifo do autor)

A punibilidade concreta, como elemento dogmático da justa causa para a investigação criminal, possui um aspecto positivo e outro negativo. Quanto ao primeiro aspecto, entende-se que é necessário que estejam presentes as condições objetivas de punibilidade, quando a lei o exigir. Já no aspecto negativo, é necessário que inexistam, de forma inequívoca, escusas absolutórias e causas extintivas de punibilidade incidentes já na fase preliminar de investigação.

Observe-se que o aspecto negativo da punibilidade concreta é qualificado pela inequívocidade. Ou seja, diante do juízo de possibilidade típico da cognição sumária feita no momento da tomada de decisão sobre a instauração ou não de um procedimento investigatório criminal, a inexistência de escusas absolutórias e de causas extintivas de punibilidade deve ser evidente, comprovável preliminarmente.

Importa reforçar que a punibilidade concreta aparente, como elemento essencial da justa causa para a instauração de uma investigação criminal, abrange apenas aquelas causas e circunstâncias preexistentes à investigação respectiva, embora possa e deva o juiz reconhecer, inclusive de ofício, as supervenientes.

Cada uma dessas componentes da punibilidade concreta será tratada de forma apartada.

³²⁷ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2015. p. 662.

3.3.5.1 Presença de condições objetivas de punibilidade

As condições objetivas de procedibilidade são as circunstâncias ou requisitos, previamente estabelecidos na lei, as quais não se relacionam com o dolo ou a culpa do agente (por isso mesmo objetivas), que condicionam a punibilidade do fato típico, antijurídico e culpável. São, portanto, elementos condicionantes da punibilidade alheios à estrutura dogmática do delito.

Essas condições mostram-se como a face positiva da punibilidade, servindo-lhe, desse modo, de fundamento. Ou seja, sua ausência impede a punição de um fato típico, antijurídico e culpável.

Sendo elas objetivas, uma vez ausentes, impede a punição de autores, coautores e partícipes.

São exemplos de condições objetivas de punibilidade: a) a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou a recuperação extrajudicial, nos crimes falimentares (art. 180 da Lei nº 11.101/2025); b) a decisão final do procedimento administrativo nos crimes materiais contra a ordem tributária, nos termos da Súmula Vinculante 24 do STF; c) nas hipóteses de extraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira (art. 7º, inc. II e §§ 2º e 3º, do CP), a punibilidade estará condicionada pelas seguintes circunstâncias: c1) ingresso do autor no território brasileiro; c2) punibilidade do fato no Brasil e no país estrangeiro respectivo; c3) fato punível incluído entre aqueles extraditáveis, de acordo com a lei brasileira; c4) ausência de absolvição ou de cumprimento de pena no estrangeiro; c5) ausência de perdão no estrangeiro ou de extinção da punibilidade, de acordo com a lei mais favorável. Também será o caso de aplicação da lei penal brasileira quando o crime for praticado por estrangeiro, contra brasileiro, fora do Brasil, e reunir, além das condições anteriormente referidas, as seguintes: c6) não tiver sido pedida ou tiver sido negada a extradição; c7) houver requisição do Ministro da Justiça.

Não sendo satisfeita a condição objetiva de punibilidade exigida, não haverá justa causa para a instauração de uma investigação criminal.

3.3.5.2 Ausência inequívoca de escusas absolutórias pessoais

As escusas absolutórias, ao contrário das condições objetivas de punibilidade, são circunstâncias ou requisitos de caráter pessoal cuja presença exclui a punibilidade de fatos

típicos, antijurídicos e culpáveis. São, portanto, igualmente elementos condicionantes da punibilidade alheios à estrutura dogmática do delito.

Essas condições mostram-se como a face negativa da punibilidade, servindo-lhe, desse modo, de fundamento. Ou seja, sua presença impede a punição de um fato típico, antijurídico e culpável.

Sendo elas de caráter subjetivo, uma vez presentes, impede a punição exclusivamente de autores, não se comunicando ou se estendendo aos coautores e partícipes.

Não há consenso doutrinário quanto à denominação dessas circunstâncias. Na doutrina alemã, Jescheck e Weigend³²⁸ e Roxin³²⁹ por exemplo, preferem a expressão “causas pessoais de exclusão e de supressão da pena”. Já a doutrina italiana utiliza a expressão “causas de exclusão da pena ou da punibilidade”, como o fazem Mantovani³³⁰ e Marinucci e Dolcini.³³¹ Por fim, a doutrina espanhola,³³² à semelhança do que ocorre com a maior parte da doutrina brasileira,³³³ prefere a expressão “escusas absolutórias”.

As diferenças entre as escusas absolutórias e as condições objetivas de punibilidade podem ser sumariadas da seguinte forma: a) enquanto as primeiras preexistem legalmente à consumação do crime, as segundas são eventos futuros e incertos; b) as primeiras são analisadas a partir do seu aspecto negativo, ou seja, sua presença serve de fundamento da não punibilidade do crime, ao passo que as últimas são analisadas a partir da perspectiva positiva da punibilidade, de tal forma que sua presença serve de fundamento para a punibilidade do crime; c) as primeiras são condições pessoais de isenção de pena, não se comunicando aos coautores e partícipes, enquanto as últimas são condições objetivas de punibilidade, razão pela qual se estendem aos coautores e partícipes.

³²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 593.

³²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 2006. t. 1, p. 977 et seq.

³³⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2009. p. 796.

³³¹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1, p. 655.

³³² Cf. CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Lima: Aras, 2007. p. 1159 e GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 418.

³³³ Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008; e BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na teoria do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; e FERRO, Ana Luíza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A preexistência legal à consumação do delito é criticada por Érika Mendes de Carvalho, a qual, após cuidadosa análise de diversos posicionamentos doutrinários, aduz que existem escusas absolutórias anteriores e posteriores à consumação do delito. As anteriores não são motivo de divergência. As posteriores, ou comportamentos pós-delitivos, como a referida autora prefere nominar a categoria, geram dissensos.

Segundo a citada penalista,³³⁴ existem três características fundamentais das escusas absolutórias posteriores ou comportamentos pós-delitivos, a saber: a) a posteridade; b) a voluntariedade; e c) o seu conteúdo positivo. Ou seja, o comportamento pós-delitivo é sempre posterior à execução do delito, mesmo que a consumação não se concretize, como ocorre com a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Além disso, é necessário que o comportamento do agente seja voluntário, ou seja, livre e “representado por motivos *autônomos* – excluindo motivos *heterônomos* ou causas obrigatórias de impedimento de prosseguir na execução”³³⁵ (itálico no original). Por fim, essas escusas absolutórias posteriores exigem um comportamento positivo do agente, manifestando-se normalmente na reparação ou redução das consequências do delito ou na colaboração com a administração da Justiça.

Essa distinção, entretanto, não impede sua inclusão, juntamente com as escusas absolutórias anteriores, na categoria punibilidade, trazendo, uma vez presentes, as mesmas consequências práticas, qual seja, a exclusão da punibilidade.

São exemplos de escusas absolutórias: a) desistência voluntária (art. 15 do CP); b) arrependimento posterior (art. 16 do CP); c) (art. 181 do CP); d) restituição do menor ou do interdito (art. 249, § 2º do CP); e) declaração e confissão espontânea das contribuições, importâncias ou valores e prestação das informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal (art. 337-A, § 1º do CP); f) relação de parentesco no favorecimento pessoal feito por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso (art. 348, § 2º do CP); g) imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (art. 53, da CF); h) imunidade diplomática; i) imunidade profissional do advogado quanto aos crimes de injúria e difamação, quando praticados no exercício profissional, em juízo ou fora dele (art. 7º, § 2º do EOAB).

³³⁴ CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008. p. 147-149.

³³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 220.

Dessas escusas absolutórias, parece de difícil configuração inequívoca já no curso de uma investigação sumária ou verificação da procedência das informações: a desistência voluntária e o arrependimento posterior. Nesses casos, a justa causa será presumida, devendo a autoridade policial instaurar o respectivo procedimento investigatório.

Já a restituição do menor ou do interdito, caso seja feita ainda no curso da investigação sumária, obsta a instauração do respectivo inquérito policial, por ausência de justa causa.

As demais escusas absolutórias referidas podem ser identificadas, de maneira inequívoca, antes mesmo do início de uma investigação formal, impedindo sua instauração, por ausência de justa causa.

3.3.5.3 Ausência inequívoca de causas extintivas da punibilidade

Como se disse anteriormente, todo crime merece, a princípio, ser punido. A pena, embora não componha o fato criminoso, é dele decorrência natural. Ou ao menos deveria sê-lo. Contudo, por razões várias, a punição de determinados crimes pode não ocorrer. São circunstâncias que extinguem o poder de punir do Estado, genericamente considerado.

Segundo Érika Mendes de Carvalho,³³⁶ “a terminologia empregada pelo Código Penal brasileiro – causas de extinção de punibilidade, não se ajusta à natureza jurídica dos elementos em apreço, que são, na realidade, causas extintivas da responsabilidade penal”, isso porque essas causas não atingem nem a estrutura dogmática do crime, nem tampouco a punibilidade abstratamente considerada, mas a própria pena. Neste particular, não se pode concordar com a referida autora.

Com efeito, embora seu entendimento possa estar adequado à maioria das causas extintivas da punibilidade, não se aplica a todas. E aqui fica clara a dificuldade em classificar, definir ou caracterizar todas essas circunstâncias sob a mesma rubrica.

Veja-se, por exemplo, a nova lei discriminante. Segundo leciona Aníbal Bruno,³³⁷ “A nova lei elimina o tipo a que se ajustava o ato praticado pelo réu, e, como, por ser mais benigna, tem efeito retroativo, faz desaparecer do fato arguido o caráter de ação típica

³³⁶ CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008. p. 186.

³³⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 3, p. 196-197. No mesmo sentido, cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 102-103.

necessário para a sua definição como crime. O fato punível deixou realmente de existir”. De igual modo ocorre com a anistia, mesmo que se possa dizer tratar-se de uma ficção. Como se pode notar, esses exemplos atingem, a um só tempo, o próprio crime e sua punibilidade em abstrato, como merecimento de pena, e não apenas a pena em si mesma.

Segundo o Código Penal (art. 107), são causas que extinguem a punibilidade: a) a morte do agente; b) a anistia, a graça e o indulto; c) a retroatividade da lei descriminalizadora; d) a prescrição, a decadência ou a preempção; e) a renúncia à queixa ou o perdão, em crimes de ação penal privada; f) a retratação do agente; e g) o perdão judicial.

Essas causas enumeradas no art. 107 do CP não são taxativas, não encerrando portando as hipóteses de causas extintivas da punibilidade. É o que ocorre, por exemplo, com a morte do ofendido, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento (art. 236 do CP). Nesse caso, único no ordenamento pátrio, diga-se, somente o ofendido é titular do direito de ação. Caso ele venha a falecer, restará extinta a punibilidade. De igual modo, a reparação do dano, desde que precedente à sentença irrecorrível, no peculato culposo (art. 312, § 3º, do CP).

Algumas dessas causas extintivas da punibilidade, entretanto, só incidem ou no curso da ação penal, como a preempção e o perdão do ofendido; ou após a ação penal, mas sem condenação, como é a hipótese do perdão judicial e da retratação (sua apreciação pelo juiz); ou após a condenação, como ocorre com a graça e o indulto. Por não incidirem na fase preliminar de investigação, torna-se desnecessária sua análise como baliza da justa causa para a investigação criminal.

Abaixo serão analisadas as causas extintivas de punibilidade que possuem ressonâncias na justa causa para a investigação criminal, apenas nos aspectos de maior interesse cognitivo para a presente pesquisa.

De todo modo, sempre que possível se identificar, de maneira inequívoca, que a punibilidade está extinta, não haverá razão para a instauração de uma investigação formal, por ausência de justa causa.³³⁸

³³⁸ No mesmo sentido, embora sem o adensamento necessário ao tema, por suas peculiaridades, cf. COSTA, José Armando da. *Fundamentos de polícia judiciária: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 129-130.

3.3.5.3.1 Morte do agente

A morte do agente extingue a punibilidade por decorrência lógica do princípio da personalidade da pena (art. 5º, inc. XLV, da CF), segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Por se tratar de uma causa de caráter pessoal, ela não se estenderá aos coautores e partícipes.

A morte do agente pode ocorrer em qualquer momento da persecução criminal. E até mesmo antes dela. E, em qualquer instante em que ela ocorrer, extinguirá a punibilidade. Obviamente a que obstará a instauração de uma investigação criminal será a ocorrida antes do seu início. A prova da morte do agente se dá mediante certidão de óbito (art. 62 do CPP).

Segundo Heleno Fragoso,³³⁹ a morte presumida também extingue a punibilidade. Segundo o atual Código Civil, haverá presunção de morte ou por declaração judicial de ausência (art. 6º) ou de extrema probabilidade de morte de pessoas em perigo de vida (art. 7º, inc. I) ou de prisioneiro ou desaparecidos em campanha não encontrados até dois anos após o término da guerra (art. 7º, inc. II).

Entende-se igualmente que a morte presumida do agente obsta a instauração de uma investigação criminal, desde que a prova da mesma, feita através da sentença que a declarou, seja anterior ao início da respectiva investigação.

3.3.5.3.2 Anistia

Juntamente com a graça e o indulto, a anistia compõe o chamado direito de graça, o qual possui fundamento ético-jurídico e político e acompanha o instituto da pena em toda a sua história.³⁴⁰

Esse direito de graça, contudo, é criticado por alguns autores. Cobo Del Rosal e Vives Antón,³⁴¹ por exemplo, afirmam que esses institutos deveriam ser expurgados do estado democrático de direito, pois surgiram em uma época em que não existia o princípio da

³³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 400.

³⁴⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 3, p. 200-201.

³⁴¹ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p. 951.

legalidade dos delitos e das penas, nem tampouco o próprio estado de direito. Era uma época em que o direito penal era sinônimo de arbitrariedade.

Como dito acima, ela exclui não só a pena, mas o próprio crime e seus efeitos penais e processuais penais, conseqüentemente. Ela decorre de um ato do parlamento, materializando-se por meio de lei. É da competência portanto, do Poder Legislativo, mais especificamente, da União (art. 21, inc. XVII e art. 48, inc. VIII, da CF).

Como lei que é, ela pode surgir em qualquer momento da persecução penal, inclusive antes dela. A anistia que impedirá a instauração de uma investigação criminal será, por razões óbvias, aquela cuja lei for promulgada antes do início da respectiva investigação.

O âmbito de incidência da lei de anistia são determinados fatos, não determinados indivíduos.³⁴² No caso nacional, geralmente são anistiados crimes políticos, militares e eleitorais. A Constituição Federal proíbe, expressamente, a concessão de anistia aos crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos.

Sendo ela de caráter objetivo, todos aqueles que tenham cometido os crimes abrangidos pela lei de anistia, nas circunstâncias nela especificadas, serão beneficiados pela extinção da punibilidade.

Embora ela possa ser parcial, não se pode admitir, sob pena de ferir o princípio da isonomia, que pessoas que se encontrem nas mesmas circunstâncias que aquelas que forem beneficiadas pela anistia fiquem de fora de tal medida legal.³⁴³

3.3.5.3.3 *Retroatividade da lei descriminalizadora*

A lei penal, assim como qualquer lei, surge para regular os fatos ocorridos na sua vigência. Como regra, portanto, a lei deve agir e não retroagir ou ultra-agir. Contudo, no âmbito penal, em decorrência mesmo da morosidade da persecução penal, é comum que exista sucessão de leis regulando o mesmo fato, surgindo a necessidade de se solucionar tal conflito.

³⁴² BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 3, p. 203.

³⁴³ CALLEGARI, André; PACHELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 569.

O princípio que norteia a sucessão de leis e sua aplicação é o *tempus regit actum*, ou seja, os fatos são regidos pela lei vigente ao tempo em que ocorreram. A regra, portanto, repita-se, é da atividade da lei e não da sua irretroatividade ou ultra-atividade.

A irretroatividade em matéria penal, como consectário lógico do princípio *tempus regit actum*, segundo a doutrina Aníbal Bruno,³⁴⁴ é “princípio de garantia e estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo”.

Por mandamento constitucional (art. 5º, XL da CF), convencional (art. 9º da CIDH) e legal (art. 2º, *caput*, do CP), a lei nova que deixar de considerar como crime uma conduta antes assim prevista, retroagirá, fulminando todos os efeitos penais da prática da conduta desincriminada, independente do momento da persecução penal em que se encontrar.

O fundamento dessa solução de política criminal, segundo assere Aníbal Bruno,³⁴⁵ “é que, se o próprio Estado reconhece, pela nova lei, não necessária à defesa social a incriminação do fato, nada justifica que, por haver anteriormente praticado fato dessa espécie, venha alguém ser punido ou continue a execução da pena aplicada”.

Como referido, a *abolitio criminis* fulmina todas as consequências penais do fato, independente do momento em que se encontrar a persecução. Se a pena já estiver sendo cumprida, cessará sua execução. Se estiver no curso do processo ou da investigação, deverão ser “trancados”. Se a investigação ainda não tiver sido iniciada, não poderá sê-lo, por falta de justa causa para tanto.

3.3.5.3.4 Prescrição

A prescrição é a causa extintiva da punibilidade decorrente da inação do Estado por certo período de tempo. Portanto, decurso do tempo e inércia do poder público são as únicas causas da prescrição.

Aníbal Bruno³⁴⁶ identifica ao menos três fundamentos que justificam a perda da pretensão punitiva do Estado por causa da prescrição. O primeiro, que se pode chamar de político-criminal, decorre da impossibilidade de se justificar que sobre o criminoso pese indefinidamente a ameaça da persecução penal. O segundo, de ordem penal, que é o

³⁴⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 1, p. 159.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 162.

³⁴⁶ *Ibid.*, t. 3, p. 210.

desaparecimento do interesse do Estado em punir. Por fim, existe ainda um fundamento de ordem processual, aplicável à prescrição anterior à sentença condenatória, qual seja, a dificuldade de provar o fato imputado.

A prescrição pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, obstando ou a investigação ou a ação penal (prescrição da pretensão punitiva); ou após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, obstando a execução da pena concretamente aplicada (prescrição da pretensão executória).

Dessas, a única que poderá incidir na fase preliminar de investigação, podendo inclusive obstar seu início, por ausência de justa causa, é a prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual a análise prosseguirá em relação a ela.

A prescrição que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória atinge o poder de investigar e o poder de exercer a ação penal, extinguindo a pretensão punitiva estatal.

O legislador pátrio a regulou tendo como base o máximo da pena privativa de liberdade cominada abstratamente ao crime, da seguinte forma (art. 109, incs. I a VI, do CP): a) em 20 anos, quando a pena máxima for superior a 12 anos; b) em 16 anos, quando a pena máxima for superior a 8 e menor ou igual a 12 anos; em 12 anos, quando a pena máxima for superior a 4 e menor ou igual a 8 anos; em 8 anos quando a pena máxima for superior a 2 e menor ou igual a 4 anos; em 4 anos quando a pena máxima for superior a 1 e menor ou igual a 2 anos; em 3 anos quando a pena for inferior a 1 ano.

Esse prazo começa a fluir dos seguintes marcos legais (art. 111, incs. I a IV, do CP): a) da consumação crime; b) da cessação da tentativa; c) da cessação da permanência, nos crimes dessa natureza; d) do conhecimento do fato, nos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de registro civil; e e) da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal, nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

Segundo o que dispõe o art. 115 do Código Penal, os mencionados prazos prescricionais são reduzidos pela metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

O fundamento desse fator etário de redução do prazo prescricional é, de acordo com Cirino dos Santos,³⁴⁷ “o insuficiente desenvolvimento psicossocial de agente menor de 21 anos, na data do fato, ou a degeneração psíquica de agente maior de 70 anos, na data da sentença”. O mesmo autor afirma que a redefinição da capacidade civil etária para 18 anos não repercutiu na redução do prazo prescricional para os agentes menores de 21 anos, constituindo, qualquer outra interpretação diversa dessa, analogia *in malam partem*, proibida em matéria penal. Por outro lado, sustenta o citado autor, de acordo com o Estatuto do Idoso, o limite etário de 70 anos, na data da sentença, deve ser modificado para 60 anos, como parâmetro para a redução do prazo prescricional. Neste caso, está-se diante de uma analogia *in bonam partem*, permitida pelo direito penal. Contudo, os tribunais superiores³⁴⁸ sustentam a higidez eficaz do art. 115 do Código Penal, mantendo, portando, a idade de 70 anos como parâmetro.

O legislador prevê algumas causas suspensivas e interruptivas da prescrição. Porém, nenhuma delas repercute na investigação, especialmente no momento de análise sobre a existência de justa causa para sua instauração.

Por fim, importa destacar que o constituinte considera como imprescritíveis os crimes de racismo (art. 5º, inc. XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inc. XLIV). Além desses, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que, por ser espécie do gênero racismo, a injúria racial também é imprescritível.³⁴⁹

3.3.5.3.5 Decadência

A decadência é também uma causa extintiva da punibilidade que decorre do transcurso do tempo, atingindo o próprio direito de ação privada ou a representação, no caso de ação penal pública condicionada.

Como regra, o prazo decadencial é de 6 meses, contados, também como regra: a) ou da data do conhecimento da autoria do crime; ou b) da data em que expira o prazo para oferecimento da denúncia, no caso de ação penal privada subsidiária da pública. Esse último caso (ação penal privada subsidiária), contudo, não repercute na fase preliminar de

³⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 405-406.

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 16856/RJ-2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 jun. 2005 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107398/RJ. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 maio 2011.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC nº 154.248/DF. Rel. Min. Edson Fachin *Diário da Justiça*. Brasília, 23 fev. 2022.

investigação, especialmente na decisão sobre a sua justa causa para ser iniciada, uma vez que já a pressupõe, razão pela qual não será analisada neste tópico.

Como já mencionado no tópico sobre o requerimento do ofendido, o legislador apresenta duas exceções à regra do prazo ou do parâmetro do início da contagem de tal prazo, as quais repercutem na investigação preliminar.

A primeira encontra-se no art. 236, par. único, do CP, no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento. Por se tratar de crime de ação penal privada personalíssima (única hipótese no ordenamento pátrio), a queixa-crime somente poderá ser proposta pelo contraente enganado, no prazo de seis meses, contados, porém, do trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

A segunda exceção legal à regra do art. 38 do CPP, diz respeito aos crimes contra a propriedade imaterial que deixem vestígios cuja ação penal é de iniciativa privada. Nos termos do art. 529 do CPP, a queixa-crime deve ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, contados da homologação do laudo pericial comprobatório da materialidade delitiva. Neste caso, o requerimento para a instauração do respectivo procedimento investigatório poderá ser feito a qualquer tempo, desde que a investigação seja concluída antes desse prazo decadencial de 30 (trinta) dias.

O prazo decadencial, por sua natureza de direito material, deve ser contado na forma do art. 10 do Código Penal. Pela mesma razão, esse prazo não se suspende nem se interrompe.

Se o prazo decadencial fluir antes do início da investigação criminal, não haverá justa causa para que ela se inicie, por ter se operado a extinção da punibilidade.

3.3.5.3.6 Renúncia ao direito de queixa

Do mesmo modo que a decadência, a renúncia também se aplica na ação penal privada e na ação penal pública condicionada à representação. Além disso, ambas podem se configurar antes mesmo da propositura da ação penal, ou seja, no curso da investigação ou até mesmo antes do seu início.

A renúncia é a causa extintiva da punibilidade em que o titular do direito de queixa ou de representação abdica de exercê-lo. Ou seja, é um ato de disposição do direito de queixa ou de representação.

Trata-se de ato unilateral, prescindindo, portanto, do aceite do beneficiado pela renúncia. É, pois, um direito potestativo.

A renúncia pode ser expressa ou tácita. Será expressa quando for escrita. A renúncia tácita é aquela decorrente da prática de uma conduta incompatível com o desejo de exercer o direito de queixa ou de representação. A renúncia tácita admite qualquer meio de prova.

Sem dúvida a renúncia expressa ao direito de queixa, antes da investigação, impede sua instauração, por ausência de justa causa, já que ocorreu a extinção da punibilidade.

Contudo, se, mesmo diante de situações que possam configurar renúncia tácita, o ofendido apresentar requerimento solicitando a instauração de investigação de crime de ação penal privada, se não tiver ocorrido a decadência, nem configurada qualquer outra causa extintiva da punibilidade, a melhor conduta parece ser instaurar o procedimento, para melhor avaliar sua ocorrência ou não.

3.4 Fundamentação da justa causa para a investigação criminal

Questão das mais importantes no que tange aos atos administrativos praticados pelo Delegado de Polícia, entre os quais a instauração de um inquérito, seja mediante portaria, seja por meio da lavratura de um auto de prisão em flagrante, é saber se os mesmos devem ser motivados ou não.

Entende-se que o Delegado de Polícia tem o dever constitucional, convencional e legal de fundamentar sua decisão de formalizar a instauração de um procedimento investigativo, especialmente se se tratar de prisão em flagrante, indicando a justa causa, a hipótese flagrancial ocorrida e justificando as razões que o levaram a tipificar a conduta como sendo este ou aquele crime.³⁵⁰

³⁵⁰ Para LIMA, Marcellus Polastri. Comentários sob a perspectiva brasileira referente ao capítulo II. In: AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 144, não há necessidade de o Delegado de Polícia fazer constar, na nota de culpa, “o dispositivo penal em que se enquadra o agente”.

Aliás, a nova Lei de Abuso de Autoridade (art. 30 da Lei nº 13.689/2019) reforça essa necessidade ao considerar crime iniciar a persecução penal sem a justa causa devidamente fundamentada.

Em verdade, não só a instauração de um procedimento investigatório, mas “toda e qualquer decisão administrativa deve ser acompanhada de um ‘porque’ claramente indicado”, como bem observou Marçal Justen Filho.³⁵¹

No âmbito constitucional, esta obrigatoriedade decorre, primeiramente, da regra da liberdade (art. 5º, *caput*, e incs. XV e LXI, da CF) bem como da exigência de fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, incs. IX e X, da CF). Desse modo, as decisões que restrinjam, ou possam restringir, direitos fundamentais do imputado, devem ser fundamentadas.

Na lição de Bandeira de Mello,³⁵² a motivação dos atos administrativos deve ser a regra, pois “[...] se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivados (inciso X do citado artigo 93), *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, estabelece que “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela” (art. 7º, 4).

Já no que se refere ao aspecto legal, temos a previsão, inicialmente, da Lei nº 4.717/1965 (Ação Popular), a qual afirma que serão nulos os atos lesivos ao patrimônio de alguma das entidades previstas no art. 1º, entre as quais, a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, em decorrência de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e e) desvio de finalidade (art. 2º).

Para evitar dúvidas, a própria lei resolveu dizer o que se deve entender por cada uma dessas hipóteses. No caso de maior interesse cognitivo neste tópico, *inexistência de motivos*, o parágrafo único, *d*, do art. 2º da referida lei proclama que os motivos serão

³⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 320.

³⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 368-369.

considerados inexistentes “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Interpretando esse dispositivo (art. 2º), Carlos Horbach conclui que o legislador da Ação Popular, ao estabelecer as causas de nulidade, firma os “requisitos de validade do ato administrativo no ordenamento jurídico pátrio”.³⁵³

Ainda no âmbito legal, e de forma mais enfática, a Lei nº 9.784/1999 (art. 50, inc. I), impõe à Administração Pública o dever de motivar os seus atos, indicando os fatos e fundamentos jurídicos quando “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”, entre tantas outras razões.

Ora, a instauração de um procedimento investigatório amolda-se perfeitamente na última hipótese, vez que sempre poderá restringir direitos fundamentais do imputado, inclusive sua liberdade de locomoção. Deve, pois, ser fundamentada.

Para Bandeira de Mello, a motivação deve conter: “(a) a regra de Direito habilitante; (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente (c) a *enunciação da pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado”.³⁵⁴ Esses elementos devem ser expostos de forma explícita, clara e congruente (art. 50, § 1º da Lei 9.784/1999).

A inexistência de motivação de um ato administrativo, tanto no que tange a sua existência material e legal, segundo Cirne Lima,³⁵⁵ o qual acompanha Roger Bonnard, é uma causa material de nulidade.

No caso específico das nulidades na investigação preliminar, aplica-se o princípio da extensibilidade jurisdicional, o qual, nas palavras de Ricardo Gloeckner,³⁵⁶ “torna passível de controle de validade aquele ato praticado em investigação preliminar e cujo ingresso no processo, por acompanhar a denúncia, se jurisdicionaliza”.

Seria o caso de se reconhecer, também na lavratura do auto de prisão em flagrante ou a instauração, mediante portaria, de outro procedimento investigativo, como ato

³⁵³ HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 226.

³⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 366-367.

³⁵⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 256.

³⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 564.

administrativo que é, o atributo da presunção de legalidade? Sim, porém, esta presunção deve ser considerada, irremediavelmente, relativa. Nesta senda, uma vez mais, os direitos fundamentais do investigado devem servir de parâmetro para esta análise.

Com razão, seria ilógico sustentar-se que a liberdade, que é a regra no nosso sistema constitucional, pudesse ceder, sendo restringida, a uma presunção. Somente quando justificada, e exclusivamente nas hipóteses constitucionais e legais, a liberdade de locomoção pode ser limitada.

Ademais, a fundamentação dos atos restritivos de direitos fundamentais serve, a um só tempo, como justificativa e como meio de controle da legalidade do ato praticado. Para Ferrajoli,³⁵⁷ “[...] a motivação permite a fundação e o controle das decisões, seja de *direito*, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de *fato*, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo entre convencimento e provas”.

Ou seja, em um Estado Constitucional, o imputado tem o direito de conhecer as razões que levam o Delegado de Polícia a formalizar sua prisão ou para simplesmente instaurar um procedimento investigativo contra ele. Este conhecimento é o pressuposto básico para o citado controle da legalidade do ato, enfim, para pôr à prova os próprios argumentos estatais para seus atos.

Ainda no âmbito legislativo, e especificamente no inquérito instaurado mediante prisão em flagrante, com a publicação da Lei nº 12.830/2013, a qual versa sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, resta indubitável a necessidade de fundamentação da justa causa da prisão em flagrante. De acordo com o art. 2º, § 6º da referida lei, "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". Ora, na formalização da prisão em flagrante, o indiciamento se dá no exato momento da lavratura do respectivo auto. Portanto, sua fundamentação é imperativo legal.

Por fim, a nova Lei de Abuso de Autoridade ratifica a necessidade de a autoridade policial fundamentar a justa causa para a instauração de qualquer investigação, ao considerar

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 9. ed. Bari: Editori Laterza, 2008. p. 640. No original: “Precisamente, la motivazione consente la fondazione e il controllo delle decisioni sia *in diritto*, per violazione di legge o difetti d’interpretazione o sussunzione, sia *di fatto*, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicazione del nesso tra convincimento e prove”. (itálico no original)

crime dar início à persecução penal sem justa causa fundamentada (art. 30 da Lei nº 13.869/2019).

Por tudo isso, entende-se que o Delegado de Polícia está obrigado a fundamentar sua decisão para instaurar um procedimento investigativo contra alguém.

Esta fundamentação deve ser compreendida como o substrato inaugural para o futuro regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

3.5 Justa causa para a investigação criminal

3.5.1 Investigação preliminar sumária ou verificação preliminar de informação

Como já referido, a Lei nº 13.869/2019 considera crime instaurar procedimento investigatório de infração penal, em desfavor de alguém, *quando faltar qualquer indício da prática de crime* (art. 27), bem como dar início a uma persecução penal sem *justa causa* fundamentada ou contra quem sabe inocente (art. 30).

No que tange especificamente às condutas acima descritas, pois os tipos penais são mais amplos, alcançando também infrações e procedimentos cíveis e administrativo-disciplinares, os crimes dos arts. 27 e 30 são redundantes, uma vez que a falta de qualquer indício da prática de crime configura ausência de justa causa. Essa discussão, contudo, não é o interesse cognitivo deste capítulo.

O que importa destacar é a necessidade de se averiguar, antes mesmo da instauração de algum procedimento investigatório mais complexo e com consequências nos direitos fundamentais do imputado, se existe justa causa para tanto, a fim de se evitar a prática dos crimes acima referidos.

Essa averiguação deve ser feita a partir de uma cognição sumária, superficial e suficiente para se alcançar o *juízo de possibilidade* que se espera nesse momento da persecução criminal.

Com efeito, segundo Pitombo,³⁵⁸ referindo-se à fase procedimental do inquérito policial, existem dois juízos, quanto à autoria (melhor dizer quanto à justa causa) possíveis: do possível e do provável. Para o processualista, o juízo de possibilidade é aquele que surge neutral, sem motivos fortes pró ou contra. Por outro lado, o juízo de probabilidade surge

³⁵⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Obra em processo penal*. São Paulo: Singular, 2018. p. 163.

aneutral, como verossímil, aproximando-se da verdade sem ser necessariamente verdadeiro, partindo de razões fortes, porém, ainda não decisivas.

O juízo que se busca alcançar em uma investigação sumária, portanto, é o de possibilidade da existência de justa causa para a instauração de algum outro procedimento investigativo criminal mais complexo.

Neste particular, a Lei nº 13.869/2019 solucionou razoavelmente o problema, ao estabelecer, no art. 27, par. único, que *não haverá crime* quando se tratar de *investigação preliminar sumária*, devidamente justificada. É a chamada verificação preliminar de informações ou verificação da procedência das informações, cujo fundamento normativo originário é o art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, nos termos do art. 5º, § 3º, do CPP, “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”. Obviamente que a referência exclusiva a inquérito policial justifica-se em razão de os dois outros procedimentos investigatórios (termo circunstanciado e auto de investigação de ato infracional) policiais não existirem à época da entrada em vigor do Código de Processo Penal.

No âmbito da apuração de crimes eleitorais, a Resolução nº 23.640/2021 também regulamenta a chamada verificação preliminar de informações ou investigação criminal sumária, ao estabelecer que a *notitia criminis* pode ser endereçada ao juiz, ao membro do Ministério Público ou à autoridade policial. E esta, uma vez verificada a autenticidade e veracidade das informações, mandará instaurar o respectivo inquérito (art. 3º, par. único).

Tendo como base a obrigatoriedade da instauração do inquérito policial, Michel Misse³⁵⁹ entende ser a verificação da procedência da informação um exemplo típico de uma “informalidade ineficiente” que diminui tanto as garantias de direitos dos imputados quanto potencializa a capacidade investigativa da Polícia. Parece, contudo, uma visão equivocada desse procedimento.

³⁵⁹ MISSE, Michel. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 39, jan./mar. 2010.

Em verdade, a chamada verificação preliminar de informações está para o inquérito policial, para o auto de investigação de ato infracional e para o termo circunstanciado de ocorrência, assim como esses estão para o juízo de acusação. Ou seja, a verificação preliminar de informações busca averiguar a existência de justa causa para o inquérito, para o auto de investigação de ato infracional e para o termo circunstanciado, evitando, desse modo, as naturais consequências de suas formais instaurações, protegendo, portanto, “o inculpação contra as imputações temerárias, caluniosas ou infundadas”, de modo que “*é para a justiça um meio de caracterização precisa dos fatos e da moralidade das ações*”, para usar as vivas palavras de Mendes de Almeida,³⁶⁰ ao se referir à instrução preliminar (grifo do autor). Por isso, pode-se afirmar que, na persecução penal, a investigação sumária possui uma instrumentalidade punitiva cúbica, pois é instrumento dos procedimentos investigatórios acima referidos, os quais, por sua vez, são instrumentos do processo penal (genericamente considerado) e este, por fim, é instrumento de aplicação do direito material. E todos, sem exceção, possuem a instrumentalidade garantista como marca indelével.

A natureza jurídica da investigação preliminar sumária ou verificação da procedência de informações é de causa especial de excludente da ilicitude, mais especificamente, de estrito cumprimento de um dever legal. Por isso mesmo o legislador usou a expressão “*não haverá crime*”, no citado art. 27, par. único, da Lei nº 13.869/2019.

Desse modo, atendendo ao princípio da legalidade, bem como em respeito aos direitos fundamentais do imputado, a autoridade policial tem o dever de realizar uma investigação sumária antes de instaurar algum procedimento investigatório mais complexo, quando ausente, no momento inicial, justa causa para tanto, independente da natureza da ação penal do crime, já que as contravenções e os atos infracionais são sempre de ação pública incondicionada.

Se a investigação preliminar sumária é preparatória para os demais procedimentos investigatórios criminais, não se pode admitir, por exemplo, a realização de diligências investigativas mais complexas que pressupõem justa causa mais elevada que a própria instauração de um inquérito, por exemplo. Ou seja, a simplicidade, a cognição e a própria finalidade que norteiam a investigação preliminar sumária são incompatíveis, por exemplo, com as medidas cautelares e os meios de obtenção de provas.

³⁶⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 12.

Apesar de sua simplicidade, é importante que os atos da investigação preliminar sumária sejam escritos, que cada procedimento seja numerado e até que seja registrada em livro ou sistema próprios, a fim de possibilitar a sindicabilidade dos mesmos pelo Ministério Público,³⁶¹ no exercício do controle externo da atividade policial, até porque o art. 28 do Código de Processo Penal submete ao controle do Ministério Público não só o inquérito policial, mas *quaisquer elementos informativos* de natureza investigativa, como é o caso da investigação criminal sumária.

A investigação criminal sumária, portanto, é o procedimento administrativo, informal e simplificado, que busca sindicatar a procedência das informações relativas à prática de uma infração penal cuja iniciativa de ação seja pública incondicionada, com consequente identificação da justa causa para a instauração de um inquérito policial, de um auto de investigação de ato infracional ou de um termo circunstanciado de ocorrência, evitando-se, desse modo, procedimentos investigatórios açodados, temerários e desnecessários, com base em comunicações espúrias ou falsas. É o primeiro filtro da persecução criminal contra futuras acusações infundadas.

Tomando por base o art. 5º, § 3º, do CPP, e antes da Lei nº 13.869/2019, Afrânio Silva Jardim³⁶² sustenta que “a ‘verificação preliminar de informações’ somente terá lugar em se tratando de *notitia criminis* fornecida por ‘qualquer do povo’”. Segundo o referido processualista, portanto, a autoridade policial não poderia instaurar uma investigação sumária quando a *notitia criminis* fosse de qualquer outra natureza, a exemplo do requerimento ou da representação do ofendido, da requisição do Ministério Público ou mesmo do Ministro da Justiça, etc. Um tal posicionamento, parece claro, pelo que se disse acima, não leva em conta a finalidade da investigação sumária e das graves consequências, para os direitos fundamentais do imputado, da instauração de um inquérito policial, por exemplo.

Contudo, não se pode desconsiderar que a investigação sumária ganha mais relevo quando se trata da chamada “denúncia anônima”, delação apócrifa ou *notitia criminis* inqualificada. Isso porque, se, por um lado, é natural que as pessoas que decidem comunicar a prática de um crime não queiram ser identificadas, por receio de represálias, razão pela qual o fazem através dos chamados “disque denúncia”; por outro, tem-se a proibição constitucional

³⁶¹ No mesmo sentido, entendendo pela sindicabilidade da verificação preliminar de informação, cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 194.

³⁶² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 195.

do anonimato (art. 5º, inc. IV, da CF). E aqui reside uma contrariedade fundamental que precisa ser equilibrada.

Acredita-se que a conciliação desses aspectos pode ocorrer através da verificação da procedência das informações contidas na “denúncia anônima” antes da instauração de algum outro procedimento investigatório mais complexo, a exemplo do inquérito policial.

Como destaca Daniel Sarmento,³⁶³ “O modelo de liberdade de expressão desenhado pela Constituição de 1988 é o da liberdade com responsabilidade”. Ou seja, ao mesmo tempo que o constituinte garante amplamente a liberdade de expressão, ele proíbe seu uso abusivo, com a devida responsabilização legal, o que é viabilizado precisamente pela proibição do anonimato. Ainda bem que este é o modelo adotado, afinal, como questionou Beccaria: “Quem pode defender-se da calúnia, quando ela está armada com o mais forte escudo da tirania: o *segredo*?”³⁶⁴ (grifo do autor).

A proibição do anonimato, portanto, é uma limitação legítima à liberdade de expressão. Não por outra razão que os tribunais superiores possuem remansosa jurisprudência no sentido da impossibilidade de instauração de inquérito policial com base apenas em “denúncia anônima”. É necessário que se verifique preliminarmente a procedência das informações, a fim de se evitar uma espécie de denunciismo irresponsável.

Não por outra razão que o STF tem consolidada jurisprudência no sentido de que “a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas, a partir dela, poderá a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito”.³⁶⁵

No que tange especificamente à situação flagrancial de tráfico ilícito de entorpecentes, o STF fixou a tese, em sede de repercussão geral, no recurso extraordinário nº 603.616/RO, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, segundo a qual

³⁶³ SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 268.

³⁶⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 91.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 95.244/PE. Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010. No mesmo sentido, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 99.490/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 nov. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 103.566/RJ. Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada TJMG). *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 dez. 2008.

a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorreu situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Portanto, e ainda segundo o acórdão,

a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme ao direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

A tese fixada parece absolutamente correta. Com efeito, não se pode admitir que agentes do Estado, com base apenas em uma denúncia anônima, possa ingressar no domicílio de alguém. É necessário que se verifique a procedência das informações recebidas, sob pena de se esvaziar o núcleo fundamental da inviolabilidade do domicílio garantido constitucionalmente (art. 5º, inc. XI, da CF).

O que preocupa é a evolução interpretativa que se está dando a essa tese, alargando demasiadamente aquilo que o STF fixou. Veja-se, por exemplo, a decisão da 6ª Turma do STJ, no REsp. 1.865.363/SP, de relatoria do Min. Antonio Saldanha Pinheiro, onde se considerou ilícita a prova, com conseqüente anulação das prisões em flagrante realizadas, obtida a partir da realização de diligências para confirmar uma denúncia anônima, onde os policiais constataram, observando pela janela, que duas pessoas estavam manipulando a droga na mesa do domicílio.

No que diz respeito à regulamentação infralegal da investigação sumária, inicialmente o Departamento de Polícia Federal editou a Instrução Normativa nº 01/1992, a fim de estabelecer regras sobre o inquérito policial, mas acabou tratando também da *investigação policial preliminar* (arts. 183 a 195), procedimento que antecede o inquérito e que buscava apurar previamente as notícias de crime recebidas pela Polícia Federal. Atualmente esse procedimento está previsto na Instrução Normativa nº 108/2016, do Diretor-Geral da Polícia Federal, que regulamenta a atividade da Polícia Federal e dá outras providências, mais especificamente, no art. 18.³⁶⁶ Por mais simples e breve que possa parecer

³⁶⁶ Art. 18. Quando a notícia-crime for anônima ou não possibilitar a imediata instauração de inquérito policial, a Corregedoria-Geral, a Corregedoria Regional, o Chefe de Delegacia descentralizada determinará a verificação de procedência de informações, nos termos da lei, após registro em sistema oficial de polícia judiciária, e distribuirá o expediente a Delegado de Polícia Federal, para instrução.

esse regramento, ele traz o essencial sobre o procedimento sob análise: a) âmbito de incidência e admissibilidade, embora se restrinja, equivocadamente, às denúncias anônimas (art. 18, *caput*); b) titularidade, prazo para conclusão e resultado (art. 18, § 1º); c) vedações (art. 18, § 2º); d) formalização das diligências (art. 18, § 3º); e) resultado positivo da VPI (art. 18, § 4º); e f) resultado negativo – arquivamento – da VPI (art. 18, § 1º).

Alguns Estados³⁶⁷ também acabaram regulamentando a matéria, podendo gerar diferenças injustificáveis entre as abordagens. O ideal é que haja uma padronização nacional, preferencialmente em lei própria, estabelecendo as balizas procedimentais mínimas da VPI, podendo tomar como norte, a referida regulamentação do Departamento de Polícia Federal, inclusive quanto ao prazo de noventa dias para sua conclusão.

Nesse sentido, houve uma tentativa de regulamentação nacional do instituto, através do PL nº 4.209/2001 (art. 9º), mas o mesmo foi arquivado. Infelizmente, o projeto de reforma total do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010, da Câmara dos Deputados), perde a oportunidade de estabelecer os parâmetros mínimos da investigação sumária ou verificação da procedência de informações no Brasil.

De tudo o quanto antes se disse, importa ressaltar a importância da investigação sumária como primeiro filtro processual contra futuras instaurações de inquérito policiais, autos de investigação de ato infracional ou termo circunstanciado de ocorrência, vez que busca exatamente identificar a justa causa para tais procedimentos.

3.5.2 Inquérito policial

Tudo o que acima se disse acerca dos elementos dogmáticos da justa causa para uma investigação criminal aplica-se inteiramente ao caso específico do inquérito policial instaurado mediante portaria, sem qualquer ressalva. Contudo, no caso de inquéritos iniciados

§ 1o A verificação de procedência de informações poderá ser atribuída pelo Delegado de Polícia Federal competente a servidor policial e será concluída no prazo de até noventa dias, findo o qual será restituída à autoridade determinante, com informação do que foi apurado.

§ 2o Na verificação de procedência de informações são vedadas intimações, representações por medidas cautelares e apreensões, salvo de coisas encaminhadas com a notícia-crime.

§ 3o As entrevistas e diligências realizadas constarão de informação policial, de forma circunstanciada.

§ 4o A Corregedoria-Geral, a Corregedoria Regional, o Chefe de Delegacia descentralizada, ao decidir pela instauração de inquérito policial, consignará o fato em sistema oficial de polícia judiciária e procederá ao encaminhamento do expediente, conforme o disposto na Seção II, do Capítulo II.

§ 5o A decisão pelo arquivamento seguirá a disciplina do art. 11 e seguintes desta IN.

³⁶⁷ Cf. Rio de Janeiro (Resolução nº 605/1993 e Portaria nº 703/2015 – PCERJ), Ceará (Portaria Normativa nº 578/2013 – SSPDS/GDGPC), Paraíba (Portaria nº 416/2013 GAB/PCPB/DGPOL), Goiás (Portaria Normativa nº 033/2020).

mediante autos de prisão em flagrante, restam ser analisadas algumas situações específicas e que repercutem na justa causa para sua formalização.

Com efeito, a normatividade pátria relativa à prisão em flagrante impede a prisão em flagrante de determinadas pessoas, naquilo que se pode chamar de imunidade pessoal absoluta à prisão em flagrante. Em outros momentos, apenas condiciona a prisão em flagrante a determinadas circunstâncias, razão pela qual se pode falar em imunidades relativas à prisão em flagrante.

Se se estiver diante de alguma hipótese de imunidade absoluta ou relativa à prisão em flagrante, não será possível a formalização da prisão em flagrante, por ausência de justa causa.

3.5.2.1 Imunidades absolutas à prisão em flagrante

3.5.2.1.1 *Presidente da república*

A primeira hipótese de imunidade pessoal absoluta à prisão em flagrante é a do Presidente da República. Com efeito, de acordo com o art. 86, § 3º, da CF, nas infrações penais comuns, o Presidente da República não poderá ser preso, em qualquer hipótese, antes da sentença condenatória. Ou, de outro modo: o Presidente da República não está sujeito a nenhuma prisão no curso da persecução penal.

O fundamento desta imunidade é a relevância fática e simbólica da função exercida pelo Presidente, como Chefe de Estado e Chefe de Governo de um País. A sua representatividade política, dentro e fora do Brasil, legítima e democraticamente conquistada pelo voto popular, levou o constituinte originário a excepcionar, no caso do Presidente da República, a regra da restringibilidade do direito de locomoção a partir da prisão em flagrante delito ou de ordem judicial. Desse modo, pode-se afirmar que a imunidade prisional cautelar do Presidente da República é uma exceção da exceção. Ou, de outra forma: um limite do limite.

Embora não esteja clarividente no texto constitucional, deve-se interpretar que a referida imunidade prisional vai até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.³⁶⁸

³⁶⁸ No mesmo sentido, cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 738; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 761 e ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 523; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2010. p. 63.

Segue-se este entendimento, até porque, desde a reforma parcial do Código de Processo Penal de 2008, a prisão a ser decretada, caso necessária, em decorrência de sentença condenatória recorrível, será a preventiva.

Esse mesmo entendimento foi reforçado pelo pacote anticrime (art. 313, § 2º, do CPP). Não teria sentido admitir que o Presidente da República pudesse ser preso preventivamente, em decorrência da sentença condenatória recorrível, se a presunção de inocência ou de não culpabilidade só acaba com o trânsito em julgado da sentença, e, especialmente, porque ele poderá ser absolvido ao final, de tal modo que sua imagem estaria já maculada com sua prisão cautelar anterior. O fim da norma constitucional do art. 86, § 3º, da CF, não seria alcançado, portanto.

Por mais que o princípio da simetria pudesse levar à conclusão de que a mesma imunidade prisional do Presidente da República pode ser estendida aos Governadores e Prefeitos, através das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, respectivamente, isto não é possível, vez que se trata de matéria processual, e, portanto, de competência privativa da União (art. 22, inc. I, da CF). E a Constituição só prevê esta imunidade para o Presidente da República.³⁶⁹

3.5.2.1.2 Imunidade diplomática

A segunda hipótese é a de imunidade diplomática absoluta. Segundo o que dispõe o art. 29 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, promulgada pelo Decreto nº

³⁶⁹ Este é o entendimento do STF, como se pode ver no julgamento da BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1.026/SE. Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, Brasília, 18 out. 2002, p. 26, ocasião em que se considerou inconstitucional o art. 86 da Constituição do Estado de Sergipe, o qual previa a imunidade prisional do Governador do Estado, à semelhança da norma do art. 86, § 3º, da CF. No mesmo sentido: "Orientação desta Corte, no que concerne ao art. 86, § 3º e § 4º, da Constituição, na ADI 1.028, de referência à imunidade à prisão cautelar como prerrogativa exclusiva do presidente da República, insuscetível de estender-se aos governadores dos Estados, que institucionalmente, não a possuem." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 1.634-MC. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgado em 17 set. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 set. 2000. Por fim, e sem deixar margem para dúvidas: "O Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao governador a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da República. A norma constante da Constituição estadual – que impede a prisão do governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da CF." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 978. Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello. Julgado em 19 out. 1995. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 nov. 1995. E mais recentemente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC 102.732, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 4 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 7 maio 2010.

56.435/1965, a pessoa do agente diplomático é inviolável, não podendo ser submetido a nenhuma forma de detenção ou prisão.

Esta imunidade prisional, embora não esteja prevista, de forma expressa, para os familiares do agente diplomático e para o pessoal administrativo e técnico da Missão e seus familiares que não sejam nacionais do Estado acreditado, nem tenham residência permanente nele, pode a estes ser estendida, vez que os mesmos gozam da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado, segundo o art. 31, nº 1 e art. 37, nº 1 do Decreto 56.435/1965. Desse modo, tal qual os agentes diplomáticos, se não estão sujeitos à jurisdição brasileira, também não poderão se submeter a nenhuma hipótese prisional, nem mesmo à prisão em flagrante.

3.5.2.1.3 Imunidade da criança

Por fim, a terceira hipótese,³⁷⁰ segundo se entende, é a da criança, assim compreendida aquela com até 12 (doze) anos incompletos (art. 2º da Lei nº 8.069/1990). A criança, portanto, mesmo estando em uma das hipóteses do art. 302 do CPP, jamais poderá ser apreendida em flagrante de ato infracional,³⁷¹ conforme se depreende do art. 101, § 1º da Lei nº 8.069/1990.

3.5.2.2 Imunidades pessoais relativas à prisão em flagrante

Algumas pessoas, embora possam ser presas em flagrante, não o serão em qualquer hipótese. Sua prisão estará condicionada a algumas circunstâncias. Por isso se falar em imunidade relativa à prisão em flagrante.

São estas as pessoas que possuem imunidade prisional relativa: Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, magistrados e membros do ministério público, advogados, agentes consulares e adolescentes.

Por questões didáticas, optou-se por analisar o caso específico dos adolescentes autores de ato infracional em tópico apartado abaixo.

3.5.2.2.1 Senadores, deputados federais, estaduais e distritais

³⁷⁰ Não se desconhece que o ECA utiliza o termo “apreensão” (art. 106, par. único, e art. 107, do ECA), em substituição a “prisão”. E que o adolescente, portanto, é apreendido em flagrante de ato infracional, ao passo que o maior de 18 (dezoito) anos é preso em flagrante delito. Contudo, para efeitos da análise desenvolvida neste tópico, importa perceber que a criança está imune à privação, em situação de flagrância, de sua liberdade de locomoção.

³⁷¹ ECA, Art. 103: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

A fim de possibilitar o exercício mais amplo possível da representatividade democrática parlamentar, a Constituição Federal garantiu aos Senadores, Deputados Federais (art. 53, § 2º), Deputados Estaduais (art. 27, § 1º) e Deputados Distritais (art. 32, § 3º), desde a expedição do diploma, o direito de não serem presos cautelarmente, salvo em flagrante delito de crime inafiançável. É a chamada incoercibilidade pessoal relativa ou *freedom from arrest*.

A inafiançabilidade que autoriza a prisão em flagrante dos parlamentares é a absoluta, ou seja, as hipóteses de crimes que, por sua própria natureza, são considerados pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal como inafiançáveis, a saber: a) racismo; b) tortura; c) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; d) terrorismo; e) crimes hediondos; f) crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

É nesse mesmo sentido o entendimento de Carlos Maciel, para quem,

Dada a excepcionalidade da prerrogativa, a expressão ‘crime inafiançável’ deve aqui ser encarada em sua conotação técnica, correspondendo, atualmente, àquele escasso grupo de delitos catalogados pelo art. 323 do CPP, em consonância com o art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CF³⁷².

Desse modo, não se amoldam à previsão do texto constitucional, as circunstâncias de inafiançabilidade, ou seja, aquelas em que os crimes são, por natureza, afiançáveis, mas que, pelas razões previstas no Código de Processo Penal (art. 324, I e IV), tornam-se, circunstancialmente, no caso concreto, inafiançáveis, a saber: a) aqueles que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP; e b) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Além disso, se forem presos nesta hipótese, deverá a autoridade policial remeter os autos, em 24 (vinte e quatro) horas, à respectiva Casa Legislativa, onde seus membros decidirão, por maioria absoluta, sobre a prisão.

Importante ressaltar que, com a nova sistemática das medidas cautelares prisionais, ninguém mais poderá permanecer preso em flagrante, por mais de 72 (setenta e duas) horas. Depois desse tempo, caso seja necessário manter-se a segregação do autuado, a prisão em flagrante deverá ser convertida em temporária ou preventiva. Aqui reside, ao que

³⁷² MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 295.

tudo indica, um limite intransponível no art. 53, § 2º, da CF, pois não será possível a decretação de qualquer prisão cautelar aos Parlamentares Federais. Parte desse dispositivo constitucional encontra-se, portanto, com sua eficácia corroída.

Esta imunidade prisional cautelar relativa, aplicável aos parlamentares do Congresso Nacional, dos Estados e do Distrito Federal, não se estende aos vereadores, por ausência de previsão na Constituição Federal, não podendo fazê-lo a Constituição Estadual, segundo entendimento do STF.³⁷³

3.5.2.2.2 *Agentes consulares*

Como já referido, o cônsul, de acordo com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, promulgada pelo Decreto nº 61.078/1967, só possui imunidade em relação aos crimes funcionais, podendo ser preso em flagrante nas demais hipóteses, em que o crime praticado não guarde relação de pertinência com o exercício de suas funções. A sua imunidade prisional, portanto, é relativa.

3.5.2.2.3 *Membros da magistratura e do ministério público*

Os magistrados (art. 33, inc. II, da LC 35/1979) e membros do Ministério Público (art. 40, inc. III, da Lei nº 8.625/1993) também não poderão, como regra, ser presos em flagrante, salvo em caso de crime inafiançável.

São considerados inafiançáveis, segundo o art. 5º da CF, os seguintes crimes: a) racismo (inc. XLII); b) tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos (inc. XLIII); c) crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, conta a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. XLIV).³⁷⁴

Veja-se que, a partir da Lei 12.403/2011, todos os crimes são, em tese, afiançáveis, exceto as hipóteses constitucionais, repetidas pelo Código de Processo Penal, como antes referido. Ou seja, houve um encolhimento das possibilidades fáticas de prisão em flagrante de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Nestes casos, deverá a autoridade comunicar e apresentar imediatamente ao Presidente do Tribunal a que o magistrado esteja vinculado, se for este o caso (art. 33, inc. II,

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 94.059. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 12 jun. 2008.

³⁷⁴ Estas mesmas hipóteses foram incluídas na redação do art. 323, incs. I, II e III, do CPP, pela Lei nº 12.403/2011.

da LC nº 35/1979). Sendo membro do Ministério Público, a comunicação e apresentação deverão ser feitas pela autoridade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, ao Procurador-Geral de Justiça (art. 40, inc. III, da Lei nº 8.625/1993).

Sendo afiançável o crime praticado, o fato deverá ser apenas comunicado ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça, para que aí seja iniciada a respectiva investigação.

E sendo inafiançável, a quem competirá presidir o auto de prisão em flagrante do magistrado ou membro do Ministério Público? Ou, de forma mais incisiva: pode o Delegado de Polícia autuar em flagrante estes agentes? As perguntas, em síntese, giram em torno da interpretação de quem venha a ser *autoridade e preso em flagrante*, expressões contidas nos dispositivos legais acima referidos.

Grande parte da doutrina entende que a autoridade a quem se referem os citados dispositivos legais só pode ser o Presidente do Tribunal a que o magistrado estiver vinculado e o Procurador Geral de Justiça, no caso de membro do Ministério Público. E o fundamento para tanto é a previsão, nas mesmas leis (art. 33, par. único da LC 35/1979 e art. 41, par. único, da Lei nº 8.625/1993) de que, quando, no curso da investigação, houver indícios da prática de crimes por magistrados ou membros do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar, deverá remeter imediatamente os respectivos autos ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça, sob pena de responsabilidade. Se assim o é, o Delegado de Polícia não poderá, sequer, proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante de um magistrado ou de um membro do Ministério Público.³⁷⁵ Desse modo, por *preso em flagrante* deve-se entender que houve a captura ou detenção, e não a formalização da prisão em flagrante, com a lavratura do respectivo auto. Nestes casos, portanto, o Delegado de Polícia se limitará a capturar o magistrado ou membro do Ministério Público e fazer a imediata comunicação e apresentação do mesmo ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral.³⁷⁶

Sem embargo das opiniões contrárias, entende-se que o Delegado de Polícia pode, sim, lavrar o auto de prisão em flagrante de magistrado ou membro do Ministério Público, pela prática de crime inafiançável. E assim pensamos por várias razões.

³⁷⁵ Por todos, cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 861; e MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011. p. 172.

³⁷⁶ LIMA, op. cit., p. 861.

A uma, porque as regras previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal sobre a formalização da prisão em flagrante são aplicáveis a todos, indistintamente. Desse modo, seguindo o entendimento antes exposto, como comunicar ao juiz competente a prisão de um magistrado ou membro do Ministério Público, e encaminhá-lo o respectivo auto, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a captura/detenção do conduzido, num País tão grande como o Brasil, nos casos de magistrados federais ou membros do Ministério Público da União, onde a sede é em Brasília (Procuradoria Geral da República) ou em algumas capitais (Tribunais Regionais Federais)? Ou ainda, em Estados como o Amazonas, o Pará, Minas Gerais, Bahia ou Maranhão, onde alguns Municípios estão a mais de mil quilômetros da Capital, onde são sediados a Procuradoria Geral de Justiça e o Tribunal de Justiça? Nestes casos, concluir que o Delegado de Polícia deveria apenas apresentar o magistrado ou membro do Ministério Público à respectiva autoridade competente para prosseguir com a investigação tornaria inaplicável aquela regra procedimental.

A duas, porque seria incoerente com o sistema especial brasileiro de prisão em flagrante de algumas pessoas, como Parlamentares, os quais, mesmo possuindo imunidade em relação a qualquer prisão cautelar, o que não ocorre com magistrados e membros do Ministério Público, imunes relativamente apenas à prisão em flagrante, o Delegado de Polícia pode lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante. Apenas com a ressalva de que, após a formalizada da prisão em flagrante de parlamentares, os autos serão encaminhados à casa legislativa respectiva, por força do art. 53, § 2º, da CF.

A três, se assim fosse, estar-se-ia criando uma imunidade muito maior do que a estabelecida legalmente, vez que nem sempre seria possível a formalização da prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, por impossibilidade de apresentação à autoridade competente.

A quatro, quando o art. 33, par. único, da LC 35/1979, e o art. 41, par. único, da Lei nº 8.625/1993 exigem que, na hipóteses de indícios da prática de crimes por magistrados ou membros do Ministério Público, no curso da investigação, a autoridade policial, civil ou militar, deverá remeter imediatamente os respectivos autos ao Presidente do Tribunal ou ao Procurador Geral de Justiça, sob pena de responsabilidade, o que o legislador está a fazer é distinguir duas situações, quais sejam, prisão em flagrante e investigação sem prisão. Nesta última hipótese, é razoável a previsão legal de remessa, pela autoridade policial, dos autos, para serem investigados pelo órgão competente, como, aliás, deve ocorrer em todos os casos

em que existam indícios de autoria ou participação de um agente que possua foro especial por prerrogativa de função. Mas daí estender o mesmo raciocínio, como faz aquela doutrina acima citada, aos casos de prisão em flagrante, seria absolutamente incoerente e desarrazoado.

Por fim, a exigência de comunicação e apresentação imediata ou em 24 horas do magistrado ou do membro do Ministério Público, possui o mesmo fundamento das demais prisões em flagrante, ou seja, possibilitar o controle de legalidade da prisão.

Por tudo o quanto foi dito, repita-se, entende-se que a autoridade policial pode, sim, formalizar a prisão em flagrante de um magistrado ou membro do Ministério Público, lavrando o respectivo auto. Somente depois disso é que comunicará e apresentará o preso à autoridade competente, para que esta prossiga com as investigações.

Outra conclusão a que se pode chegar, a partir dessas considerações, é que a expressão *os autos deverão ser remetidos*, constante das leis orgânicas da magistratura e do Ministério Público, já tantas vezes citada, deve compreender também o auto de prisão em flagrante. Só assim estas regras poderiam ser conformadas com o texto constitucional, especialmente no que tange às imunidades prisionais parlamentares.

Nada obsta, porém, que, ocorrendo a prisão em flagrante na cidade sede da Procuradoria Geral ou do Tribunal competente, o Delegado a quem o magistrado ou membro do Ministério Público for apresentado o encaminhe ao Procurador Geral ou ao Presidente do Tribunal, para a lavratura do respectivo auto de prisão em flagrante.

3.5.2.2.4 *Advogados, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil*

Segundo o Estatuto da OAB, é direito do advogado ser preso em flagrante, por motivos do exercício da profissão, somente nos casos de crimes inafiançáveis (art. 7º, § 3º, da Lei 8.906/1994). Numa interpretação *a contrario sensu*, conclui-se que, nas hipóteses de crimes não relacionados ao exercício da profissão, os advogados poderão ser presos em flagrante, independente de o crime ser afiançável ou inafiançável.

Deste modo, a partir do dispositivo acima, podem-se extrair duas situações distintas. A primeira diz respeito à prática de crime estranho à atividade advocatícia, hipótese em que o advogado poderá ser preso e autuado em flagrante, independentemente de ser o crime afiançável ou inafiançável. A segunda refere-se aos crimes relacionados ao exercício da

profissão. Neste caso, o advogado somente poderá ser autuado em flagrante se o crime for inafiançável.

Sendo inafiançável o crime relacionado ao exercício da profissão, e havendo prisão em flagrante, ao advogado preso será assegurada a presença de representante da OAB. Nas demais hipóteses, embora não se exija a presença de representante da OAB, garante-te sua comunicação.

No mesmo sentido, a Lei nº 13.327/2016, em seu art. 38, inc. IV, c/c o art. 27, dispõe que Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil somente poderão ser presos em flagrantes se se tratar de crime inafiançável.

Vê-se com preocupação a expansão, muitas vezes injustificadamente, das imunidades relativas à prisão em flagrante. Como ficou dito acima, as únicas hipóteses de crimes inafiançáveis são as que já eram previstas na CF, de modo que as possibilidades dessas autoridades serem presas em flagrante reduziram-se imensamente. O que justifica, nestes casos, que um Procurador do Banco Central só possa ser preso em flagrante se o crime for inafiançável? Se o legislador entende ser mesmo necessária essa blindagem, por que deixar de fora Delegados de Polícia, Defensores Públicos e Procuradores do Estado?

3.5.3 Auto de investigação de ato infracional

Não existe uma designação específica para o procedimento policial que visa à apuração de atos infracionais. Nada obsta que seja *inquérito policial*. Contudo, esta terminologia já se consolidou na doutrina, jurisprudência e até mesmo nos textos legais, como sendo referente ao procedimento apuratório de crimes de médio e maior potencial ofensivo. Se o crime for de menor potencial ofensivo, bem como se se tratar de contravenção penal, serão apurados através de *termo circunstanciado*, como já ficou dito. Por essas razões, adota-se a terminologia usual na atividade policial: *auto de investigação de ato infracional*.

Assim, o auto de investigação de ato infracional é o procedimento administrativo policial escrito, instaurado pelo delegado de polícia, com o objetivo de apurar o cometimento de um ato infracional praticado por adolescente.³⁷⁷

³⁷⁷ Se o ato infracional for praticado por criança, não haverá formalização de procedimento investigatório policial. Neste caso, a autoridade policial deverá encaminhá-la imediatamente ao Conselho Tutelar ou à autoridade judiciária competente (art. 262 do ECA), para que sejam aplicadas as medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA.

Ao lado do inquérito policial e do termo circunstanciado, o auto de investigação de ato infracional mostra-se como o terceiro grande procedimento investigatório realizado pela Polícia Judiciária, conforme antes referido.

À semelhança dos dois outros procedimentos citados, o auto de investigação de ato infracional é dispensável, podendo ser substituído por quaisquer outros procedimentos investigatórios preliminares oficiais. Não obstante, mostra-se como a principal fonte de elementos de prova do cometimento de um ato infracional praticado por adolescente.

Muito do que já se disse acima sobre a justa causa para a instauração de um procedimento investigatório criminal, aplica-se ao auto de investigação de ato infracional. Porém, são identificadas algumas especificidades.

Antes, porém, uma pergunta deve ser feita: afinal, pode o adolescente ser responsabilizado quando o imputável, nas mesmas circunstâncias, não o seria?

Apesar de parecer óbvia a resposta à pergunta formulada, a análise de algumas situações práticas pode revelar certa complexidade por trás dessa questão, merecendo, portanto, uma atenção por parte dos aplicadores do direito, em especial, do delegado de polícia, por ser o que primeiro toma contato com o adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional.

Importa, de início, evidenciar uma diretriz (é verdadeiramente apenas uma diretriz, sem força normativa!) estabelecida pela Resolução 45/112, de 14.12.1990, das Nações Unidas – Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, que ficou conhecida como *Diretrizes de Riad*. Em seu art. 54, tem-se a seguinte orientação político-infracional:

Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo o ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.

Este dispositivo deve, segundo se entende, ser considerado o fio condutor e norte para uma séria reestruturação da dogmática e da política infracional, com todas as consequências que dele possam ser extraídas.

De forma direta e breve, a resposta à pergunta inicial deve ser não, sob pena de afronta a diversos direitos fundamentais do adolescente, amalgamados ora em normas princípios, ora em normas regras.

Definitivamente, “a criança e o adolescente não podem ser tratados pelo Estado em situação de inferioridade à resposta dada ao maior de 18 anos”,³⁷⁸ na feliz conclusão de Nereu Giacomolli. Ou, de outro modo, “um adolescente somente pode ser acusado, processado e sancionado por fatos que ensejariam, de igual forma, o funcionamento do sistema penal de adultos”.³⁷⁹ E acrescenta-se aqui: igualmente só poderão ser investigados quando os adultos, nas mesmas circunstâncias, também o seriam.

Mas esta opção exige invariavelmente uma reestruturação do modo como o Direito Infracional é hoje aplicado. Por absoluta impossibilidade de desenvolver o tema da forma como é necessário, por razões que extrapolam os objetivos deste trabalho, serão analisadas apenas as consequências que se relacionam com a justa causa para a investigação de ato infracional.

3.5.3.1 Tipicidade e antijuridicidade aparentes

A tipicidade e a antijuridicidade aparentes aplicam-se inteiramente ao auto de investigação de ato infracional.

Apesar de não se teorizar sobre a estrutura dogmática do ato infracional, esta deve ser análoga à do conceito de crime, não havendo qualquer razão lógica para que seja diverso, sob pena de se estar responsabilizando um adolescente por uma conduta que, se praticada por um adulto, este não o seria. Desse modo, a conduta praticada pelo adolescente deve ser típica, antijurídica e censurável.

A tipicidade deve ser entendida com todo o potencial garantista³⁸⁰ que se lhe reserva, ou seja, a partir da compreensão de que uma conduta somente poderá ser assim considerada quando descrita expressa e previamente em lei estrita, certa e com clareza,

³⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: lei 9.099/95*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 239.

³⁷⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143.

³⁸⁰ Sobre o Garantismo, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 9. ed. Bari: Editori Laterza, 2008; e CARBONEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

quando for antinormativa³⁸¹ e ofensiva³⁸² a um bem jurídico-penal digno e necessitado³⁸³ de tutela penal do Estado.

Desse modo, condutas bagatelares ou insignificantes; condutas fomentadas ou exigidas pelo Direito, como as traduzidas pelo exercício regular de direito ou pelo estrito cumprimento de um dever legal; condutas que afetem exclusivamente valores morais, etc., não podem ser consideradas como legítimos atos infracionais, nem tampouco merecem a guarida estatal. Incidem, portanto, as mesmas excludentes da tipicidade dos crimes. Somente assim poder-se-á falar em um Direito Infracional Mínimo ou de *ultima ratio*, como sugerem Morais da Rosa e Ana Christina,³⁸⁴ na esteira de Ferrajoli.

Sobre o tema, aliás, a Segunda Turma do STF³⁸⁵ assim se manifestou:

SEGUNDA TURMA. Ato infracional e princípio da insignificância. A Turma deferiu *habeas corpus* em que se pretendia a extinção de procedimento judicial de aplicação de medida sócio-educativa a menor inimputável, instaurado em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de furto. Salientou-se, de início, que, embora a impetração se insurgisse contra decisão monocrática proferida por Ministro do STJ que indeferira o pleito liminar aduzido perante aquela Corte, fazia-se necessária a superação da Súmula 691/STF, ponderadas as particularidades do *writ*. Em seguida, considerou-se incidir, no caso, o princípio da insignificância, uma vez que a conduta imputada ao paciente, de que lhe resultara a imposição de medida sócio-educativa de internação, caracterizaria ato infracional equivalente ao delito de furto de objeto avaliado em quinze reais. Esse elemento, aliado às demais circunstâncias em torno do ato, afastaria a tipicidade da conduta, o que evidenciaria a ausência de justa causa do procedimento instaurado contra o paciente, à luz do referido princípio.

³⁸¹ Para uma maior compreensão do tema, cf., entre outros: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 484 et seq.

³⁸² Para uma abordagem específica sobre a ofensividade, cf. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, Studia Ivri-dica, 2005; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. *maxime* p. 620 et seq.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giufrè, 2001. v. 1, *maxime* p. 649-613; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. Padova: CEDAM, 2009. p. 181-225.

³⁸³ Os princípios político-criminais da dignidade e necessidade de pena são densificados em: SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: RT, 2004. p. 137-162; SANTOS, Cleopas Isaías. Mandado expresso de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal: encilhando o Leviatã. In: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). *Tipo: inimigo*. Curitiba: FAE, 2011. p. 301-316.

³⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011. p. 209 et seq.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 102655/RS. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 jun. 2010.

Além de típica, para ser considerada ato infracional, a conduta deve ser ainda antijurídica, ou seja, contrária ao Direito.

As mesmas excludentes da antijuridicidade previstas no art. 23 do CP (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de direito), além das supralegais, aplicáveis ao crime, deverão ser levadas em conta em relação ao ato infracional.

Por fim, a culpabilidade, como último elemento do conceito analítico de crime, deve ser compreendida no contexto do ato infracional como censurabilidade,³⁸⁶ já que aquela pressupõe a imputabilidade do autor, ao passo que esta exige, ao contrário, sua inimputabilidade cronológica.

A censurabilidade infracional pressupõe, desse modo, os seguintes requisitos: a) inimputabilidade cronológica; b) exigibilidade de conduta diversa; c) potencial consciência da ilicitude da conduta infracional; e d) higidez psicológica.

Somente se presentes esses elementos, estaremos diante de um ato infracional merecedor de responsabilização estatal. Ausente algum deles, a intervenção estatal será ilegítima.

Por fim, vale lembrar que se estiverem presentes as outras formas de inimputabilidade, ou seja, diversas da cronológica (doença mental; desenvolvimento mental incompleto ou retardado; embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior),³⁸⁷ desde que retirem inteiramente a capacidade de o adolescente compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, deverá haver isenção de medida sócio-educativa, o que chamamos de *higidez psicológica*.

Importa destacar que, ao contrário da culpabilidade, a censurabilidade infracional deve se levar em conta para a aferição da justa causa para a instauração de um auto de investigação de ato infracional. Ao menos um dos seus elementos, qual seja, a

³⁸⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 342, usam a expressão *culpabilidade infracional* para referirem-se ao mesmo elemento. De igual modo, SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84, prefere a expressão *culpabilidade*, compreendida como *reprovabilidade* da conduta.

³⁸⁷ Referindo-se especificamente à embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, cf, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008. p. 157-158.

inimputabilidade cronológica ao tempo da prática do ato infracional. Os demais elementos não podem servir de baliza para a análise a justa causa da instauração de um auto de investigação de ato infracional, a qual deve ser presumida.

Com efeito, apesar desse limite etário (18 anos), excepcionalmente as normas estatutárias serão aplicadas também a pessoas adultas e imputáveis. Com efeito, o parágrafo único do mencionado art. 2º dispõe que “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”.

Obviamente a incidência das normas do ECA às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade está condicionada à prática do ato infracional ao tempo em que possuíam menos de dezoito anos. Aplica-se, neste caso, a teoria da atividade referente ao tempo do ato infracional (art. 104, par. único, do ECA).

Quando o ato infracional, portanto, for praticado ao tempo em que o adolescente possuía até 18 (dezoito) anos incompletos, a investigação do ato infracional e o seu processamento poderão acontecer até que ele adolescente complete os 21 (vinte e um) anos. É nesse sentido o teor da recente Súmula 605 do STJ: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”.

3.5.3.2 Condições de procedibilidade

De tudo o quanto se disse sobre as condições de procedibilidade como elemento constitutivo da dogmática da justa causa para a investigação criminal, apenas duas apresentam ressonâncias na justa causa para a investigação de ato infracional, que são a representação e o requerimento do ofendido. E assim o é porque, por um lado, as demais condições de procedibilidade são plicáveis apenas aos imputáveis, e por outro, infelizmente, o tríplice discurso jurídico (doutrinário, legislativo e jurisprudencial) predominantemente ainda insiste em afirmar (ou ser omissivo, como no caso do legislativo) que todo ato infracional é de ação penal pública incondicionada.

Ora, sabe-se que, em alguns casos, o Estado deixou a cargo do ofendido a decisão de dar início, ou mesmo proceder diretamente, à responsabilização do autor de um fato criminoso, através dos institutos jurídicos conhecidos como direito de queixa ou de representação, respectivamente nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação (arts. 24 a 39 do CPP e arts. 100 a 104 do CP).

Contudo, o ECA não tratou sobre a ação penal nos atos infracionais. Somente o fez em relação aos crimes praticados contra crianças e adolescentes (art. 227), nos seguintes termos: “os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada”.

Não obstante tal omissão, deve-se entender que o direito de queixa e de representação pertence à vítima de uma conduta prevista como crime, independente do nome que se lhe atribua: crime ou ato infracional.

Portanto, também nos casos de atos infracionais análogos a crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, caberá exclusivamente à vítima manifestar a vontade de dar início à responsabilização do respectivo autor. Desse modo, a autoridade policial somente poderá agir após o requerimento ou a representação da vítima.

Do contrário, ter-se-ia que admitir a irracional solução jurídica para a hipótese da prática de uma conduta descrita como crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, praticada em coautoria por um imputável e um adolescente. Caso a vítima não desejasse que os autores fossem responsabilizados, ainda assim o adolescente o seria, ao passo que o imputável seria beneficiado por esta medida de política criminal.

É nesse sentido a doutrina de Nereu Giacomolli, para quem, nos procedimentos apuratórios de atos infracionais, as soluções consensuais previstas na Lei 9.099/95, a exemplo da composição civil e da suspensão condicional do procedimento, bem como na legislação especial que possibilita a aplicação dessas medidas, como a Lei Antidrogas, deverão ser aplicadas sempre que a censura à criança ou ao adolescente for pior que o adulto, em iguais condições, receberia.³⁸⁸

Na mesma senda é o magistério de Saraiva, que assim se manifesta:

Ora, se a Lei 9.099/95 estabelece certas condições de procedibilidade que implicam que certas condutas não serão punidas se praticadas por adulto (a reconciliação, em uma construção restaurativa, ou a ausência de interesse em processar o agente causador do dano, vg.) evidentemente que tais preceitos devem ser estendidos ao adolescente, sob pena de se o (*sic*) o tratar de forma mais desfavorável que o adulto.³⁸⁹

³⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: lei 9.099/95*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 239.

³⁸⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 231.

Por fim, para limitar-se apenas a poucos, importa destacar o entendimento de Moraes da Rosa e Maria Christina Lopes, para quem, toda a sistemática garantista deve ser aplicada aos adolescentes infratores, destacando, entre outros, as excludentes de tipicidade, de antijuridicidade, o instituto do erro de proibição, a prescrição e representação ou requerimento do ofendido, neste último caso, levando-se em conta a natureza pública ou privada da ação.³⁹⁰

Os mesmos autores acima citados, depois de exaustivamente demonstrarem que o direito da infância e da juventude, na sua versão mais alienada, está indissociavelmente ligado à doutrina da Escola Positivista, asserem que,

Para ela (Escola Positivista), pouco importava, por exemplo, a manifestação da vítima nos casos de ações penais privadas ou condicionadas à representação porque queriam repreender a todos, na linha do Direito Infracional Máximo. [...] Entretanto, conforme a regra prevista no Código Penal (art. 100), necessária a manifestação expressa da vítima e/ou de seu representante para que somente então o Ministério Público congregue legitimidade.³⁹¹

Infelizmente não é este o entendimento predominante no discurso do Judiciário, sendo ainda raras as decisões corajosas nesse sentido. Vale a pena conferir a seguinte ementa, da lavra do Des. Geraldo Prado, do TJRJ:

EMENTA: APELAÇÃO. LEI 8.069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL SIMPLES. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA, QUE PERDOOU O OFENDIDO (*sic*) E EXPRESSAMENTE INFORMOU SEU DESEJO DE NÃO PROSSEGUIR COM O PROCESSO. REPRESENTAÇÃO CARENE DE UMA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NULIDADE DO PROCESSO DESDE O RECEBIMENTO DA REPRESENTAÇÃO.³⁹²

Por outro lado, lamentavelmente, ainda se vê o entendimento jurisprudencial predominante no sentido de que a ação sócio-educativa é de natureza pública incondicionada, podendo o Ministério Público, portanto, promovê-la independente da manifestação de vontade da vítima. Este entendimento jurisprudencial baseia-se exclusivamente no texto do ECA, sem qualquer esforço hermenêutico.

Nesse sentido, manifestou-se reiteradamente o STJ:

³⁹⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 257.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 254.

³⁹² RIO DE JANEIRO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5ª CCr, AP. 2008.100.00174. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em 24 jul. 2008.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE AMEAÇA. DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. REITERAÇÃO INFRACIONAL. INDICAÇÃO DE SETE ATOS ANTERIORES. ART. 122, II, DO ECA. HIPÓTESE AUTORIZATIVA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 171 e seguintes, que tratam da apuração de ato infracional atribuído a adolescente, não impõe a necessidade de representação da vítima como condição de procedibilidade da ação, registrando somente que, apresentado o menor a quem se atribua a autoria de ato infracional, caberá ao Ministério Público promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida socioeducativa (arts. 180, 182 e 201, II). 2. Portanto, o procedimento de apuração de ato infracional é sempre de iniciativa exclusiva do Ministério Público, a quem cabe decidir acerca da propositura da ação sócio-educativa, independentemente da manifestação do ofendido. [...]³⁹³

Pode-se notar, sem dificuldades, que esse entendimento mostra-se claramente prejudicial ao adolescente, o qual acaba por sofrer a censura estatal quando um adulto, nas mesmas circunstâncias, não sofreria. Urge, assim, uma mudança dessa ideologia punitivista infracional! Enquanto isso não acontece, a conta fica a cargo dos adolescentes, “sem defensores, sem direitos e vilipendiados constantemente pelos democratas de fachada”.³⁹⁴

3.5.3.3 Originalidade

Tudo o quanto se disse acima sobre a originalidade, aplica-se para a instauração de uma investigação de ato infracional, sem qualquer ressalva.

3.5.3.4 Punibilidade concreta

De tudo o quanto se disse acima sobre a punibilidade concreta como elemento dogmático da justa causa para uma investigação criminal, apenas a prescrição, a morte do agente e a retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso/ato infracional, como causas extintivas da punibilidade; e a escusa absolutória do art. 181 do Código Penal se aplicam também aqui na investigação de ato infracional. As demais causas extintivas da punibilidade, escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade são inerentes aos cronologicamente imputáveis.

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC nº 160.292/MG. Rel. Min. Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 jun. 2011. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC 15617/GO. Rel. Min. Paulo Medina. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 jun. 2005.

³⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito, *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 258.

Quanto à prescrição, apesar da divergência doutrinária sobre o tema, pois muitos autores não concordam com a aplicação da sistemática do direito penal e processual penal à apuração de ato infracional, atualmente predomina o entendimento de que ela é aplicável não somente aos crimes e às penas, mas também aos atos infracionais e medidas socioeducativas. Aliás, sobre o tema o STJ editou a Súmula nº 338: “a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”.

Concorda-se com a doutrina de Marina Michelman,³⁹⁵ a qual defende a aplicação do instituto da prescrição também à medida socioeducativa, pelas seguintes razões:

A uma, o próprio ECA estabelece, no art. 152, a aplicação subsidiária das normas processuais previstas na legislação pertinente. No caso sob análise, aplica-se subsidiariamente o art. 61 do CPP, o qual determina que o juiz reconheça, de ofício, caso não seja provocado a fazê-lo, a extinção da punibilidade, a exemplo da prescrição.

A duas, por mais que não se chame *pena*, a medida socioeducativa possui inquestionavelmente natureza retributiva, como forma de censura ao adolescente que cometeu um ato infracional análogo a um crime ou a uma contravenção penal. Essa censura, porém, é compreendida, acertadamente, como menos gravosa que a pena, uma vez que aplicada a um adolescente, um ser em desenvolvimento, cuja capacidade de compreensão e determinação é limitada de forma presumida pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional. Logo, se a pena aplicada a imputável pode ser extinta pela prescrição, com muito mais razão a medida socioeducativa também deve ser alcançada pela mesma causa extintiva da punibilidade.

A três, a própria condição de pessoa em desenvolvimento sugere a aplicação da prescrição, tendo em vista a possibilidade de o adolescente infrator readaptar-se espontaneamente aos padrões de conduta sociais exigíveis pela normatividade pátria, tornando desnecessária a aplicação ou execução da medida socioeducativa.

Contudo, ainda resta resolver um problema relacionado ao tema em apreço. Com efeito, qual seria o parâmetro para a prescrição da pretensão punitiva? Considerando que se está aplicando subsidiariamente as normas penais e processuais penais aos atos infracionais, poder-se-ia imaginar que o prazo prescricional seria o mesmo previsto para os crimes, levando-se em

³⁹⁵ MICHELMAN, Marina Aguiar. Da impossibilidade de aplicar ou executar medida sócio-educativa em virtude da ação do tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 212-213, jul./set. 1999.

conta a pena em abstrato, a partir dos limites estabelecidos no art. 109 do Código Penal. Contudo, tem-se entendido³⁹⁶ que o prazo prescricional será sempre de 4 (quatro) anos. Mas por que esse parâmetro? Porque a medida socioeducativa mais gravosa, a internação, tem prazo máximo de 3 (três) anos, a qual, segundo a regra do referido art. 109, inc. IV, do CP, prescreveria em 8 (oito) anos. Contudo, deve-se também aplicar o redutor do prazo prescricional previsto no art. 115 do Código Penal, o qual impõe redução pela metade, já que o adolescente tinha, necessariamente, menos de 21 (vinte e um) anos de idade no tempo da prática do ato infracional.

3.5.3.5 Flagrante de ato infracional

Outro aspecto que merece ser analisado criticamente, pois repercute diretamente na justa causa para a apuração de ato infracional, é o critério legal utilizado para a lavratura de um auto de apreensão em flagrante ou de um Boletim de Ocorrência Circunstanciada, dois procedimentos distintos, portanto, para uma situação flagrancial de ato infracional.

Com efeito, de acordo com o art. 106 do ECA, “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.” O ECA reproduz, portanto, a norma constitucional do art. 5º, inc. LXI, apenas restrito ao específico caso do adolescente.

As hipóteses de flagrância infracional são as mesmas previstas taxativamente no art. 302, incs. I, II, III e IV, do CPP. Mas a simples configuração de alguma dessas hipóteses flagranciais não é suficiente para a restrição da liberdade do adolescente infrator. É necessário que se avalie se o ato infracional foi praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, utilizados pelo Estatuto como parâmetros para a formalização ou não da apreensão em flagrante de um adolescente a quem se lhe atribua a prática de um ato infracional.

De fato, prescreve o art. 173 do ECA que, no caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial deverá lavrar auto de apreensão. Nos demais casos de flagrante, ou seja, quando o ato infracional for praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa, será lavrado um boletim de ocorrência circunstanciada.

³⁹⁶ Nesse sentido, cf. SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 217.

Esse critério, como já mencionado, merece críticas, especialmente porque, se aplicado isoladamente, sem a devida filtragem constitucional e sem uma hermenêutica comprometida com a sistemática do ordenamento jurídico pátrio, levará inevitavelmente a equívocos desastrosos para os direitos fundamentais dos adolescentes infratores.

Veja-se o exemplo da prática de uma lesão corporal leve, por um maior imputável e um adolescente. Não resta qualquer dúvida que, para apurar a conduta do maior imputável, caso a vítima manifeste sua vontade, seria formalizado um termo circunstanciado de ocorrência, por ser a lesão leve um crime de menor potencial ofensivo. Por outro lado, a conduta do adolescente seria apurada através de um auto de apreensão em flagrante de ato infracional, vez que praticada mediante violência a pessoa. E o que parece pior, independente da manifestação da vontade da vítima, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominantes, como já referido acima. Nada mais falacioso!

Por estas razões é que se sugere, em outro trabalho,³⁹⁷ que o critério a ser utilizado para a determinação do procedimento apuratório policial de um ato infracional deveria ser a pena em abstrato prevista para o ato infracional, qual seja, a de 2 (dois) anos, tal qual o fez o legislador da Lei nº 9.099/1995. É o chamado ato infracional de menor potencial ofensivo. Somente assim seria possível evitar a punição de um adolescente quando um adulto, nas mesmas circunstâncias, não o seria.

Outro aspecto que o Estatuto não esclarece, nem tampouco a doutrina ou a jurisprudência, diz respeito à natureza da violência que determina a formalização do auto de apreensão em flagrante de ato infracional.

Somente a violência real, aquela praticada com o uso da força, normalmente causando lesões corporais, mesmo que leves, caracterizam o citado critério? Ou a antiga violência presumida também o faz? A resposta não é simples.

Como mencionado, a doutrina é omissa quanto ao tema. Os autores que versam sobre ele, não o fazem de forma clara, mas é possível inferir de suas lições que somente a violência real deve ser considerada. Para alguns, apenas a violência real dolosa.

³⁹⁷ SANTOS, Cleopas Isaías. Investigação de ato infracional: aproximações a uma nova proposta dogmática. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner (org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 417-418.

Assim, para Liberati, “[...] a violência está presente quando são empregados meios físicos, aplicados sobre a pessoa da vítima, não só quando resulta morte (homicídio), mas também quando resulta dano anatômico ou ofensa à saúde (lesões corporais)”.³⁹⁸

Na mesma linha argumentativa, para o doutrinador do direito infracional Saraiva, “[...] há que se considerar a presença das elementares do tipo penal aptas a identificar a grave ameaça ou violência à pessoa enquanto integradoras da conduta descrita, na esteira da doutrina penal (latrocínio, homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, roubo, etc.)”.³⁹⁹

Já para Cury, Garrido e Marçura, não basta que a violência integre o tipo penal. Para os autores, é essencial que ela seja dolosa, única hipótese que legitima a restrição da liberdade do adolescente. Com efeito, segundo a doutrina estatutária dos referidos autores, “Nos crimes de homicídio e lesão corporal deve-se desconsiderar a modalidade culposa, uma vez que nesta a violência surge como consequência da imprudência, imperícia ou negligência do agente, não integrando os tipos penais como meio de execução”.⁴⁰⁰

Não se pode concordar, contudo, com esse último posicionamento. Sabe-se que a censura de um ato leva em conta não só o desvalor da conduta, mas também, e principalmente, o desvalor do resultado. O desvalor da conduta pode ser observado mais facilmente nos crimes comissivos e dolosos. Nos omissivos próprios e culposos, entretanto, o que é mais palpável é o desvalor do resultado. Este, aliás, é o fundamento de sua punibilidade. No caso dos omissivos, o dever de solidariedade a todos imposto, enquanto nos culposos, o dever objetivo de cuidado, inobservado por imprudência, negligência ou imperícia. Em todos esses casos, porém, há censura, apenas de forma proporcional à ofensa ao bem jurídico em questão. Nos comissivos e dolos, mais censura, em regra. Nos omissivos próprios e culposos, menos censura.

Além disso, quando o legislador do ECA diz que ato infracional é toda conduta descrita como crime ou contravenção, ele não distingue os crimes comissivos, omissivos, dolosos ou culposos. Para o Estatuto, qualquer conduta descrita como crime, seja de que

³⁹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 103.

³⁹⁹ SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 176.

⁴⁰⁰ CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: RT, 2002. p. 111.

natureza for, será considerado ato infracional. Portanto, não deve ser este o ponto de gravidade da questão em debate.

Havendo violência, mesmo que decorrente de imprudência, negligência ou imperícia, restará configurada a hipótese justificadora da restrição da liberdade do adolescente.

Resta ainda analisar-se a natureza dessa paramétrica violência, se apenas a real ou se também a presumida legalmente. Para tanto, tome-se o caso do estupro de vulnerável como guia.

Sabe-se que atualmente a vida sexual, por exemplo, é antecipada, prematura. Isso decorre, entre outros fatores, do acesso às informações relacionadas ao tema, nos diversos meios de comunicação, especialmente através da internet, pelos adolescentes. Tal fato gera uma inevitável curiosidade de experimentação de tais práticas. Por isso, não são raros os casos de adolescentes que têm uma vida sexual ativa. Diante disso, pergunta-se: restará configurado um ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput*, do CP), a conduta de um adolescente de 17 anos de idade que mantém relações sexuais com sua namorada, de 13 anos de idade, com o consentimento desta?

Da simples leitura do mencionado art. 173 do ECA, parece restar clara a intenção do legislador de que somente a, assim chamada, violência real sirva de parâmetro para a lavratura do auto de apreensão em flagrante de ato infracional. Nas hipóteses de consentimento inválido decorrente da incapacidade cronológica da, em tese, ofendida,⁴⁰¹ não restará configurada, segundo os termos do Estatuto.

Mas nas demais hipóteses de vulnerabilidade do art. 217-A, § 1º, do CP, onde houver ausência de consentimento ou consentimento inválido por outra incapacidade, diversa da cronológica, incidirá o critério adotado pelo ECA acerca da violência. Ou seja, no caso da prática das ações descritas no art. 217-A, *caput*, do CP com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

⁴⁰¹ Entende-se que a capacidade para consentir, nestes casos, inicia-se aos 12 (doze) anos de idade. Sobre o tema, cf. SANTOS, Cleopas Isaías; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; ALMEIDA NETO, João Beccon de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n 88, p. 19-42, jan./fev. 2011.

Em síntese conclusiva, como regra, somente a violência real, dolosa ou culposa, empregada na prática de ato infracional deve servir de parâmetro para a restrição da liberdade do adolescente. No caso de vulnerabilidade (aqui tomada como sinônimo de violência presumida), havendo capacidade etária da, em tese, ofendida, para consentir validamente, não será legítima a formalização da apreensão em flagrante do adolescente autor, nem tampouco posterior restrição de sua liberdade. Por fim, nas demais hipóteses de vulnerabilidade, que não a etária, a violência estará configurada para os fins legais.

3.5.4 Termo circunstanciado de ocorrência

Os elementos dogmáticos da justa causa para a instauração de um inquérito policial são os mesmos para a instauração de um Termo Circunstanciado de Ocorrência, procedimento administrativo instaurado com o fim de investigar uma infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, uma contravenção ou um crime com pena igual ou inferior a 2 (dois) anos.

Contudo, esse debate parece perder o sentido com as últimas decisões do STF sobre o tema, o qual gira em torno essencialmente do conceito de autoridade policial para fins da Lei nº 9.099/1995. Aliás, esse é um debate antigo, inclusive na doutrina e na jurisprudência.

A celeuma surgiu a partir da redação do art. 69 da Lei dos Juizados Especiais, segundo o qual, 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.

Como se pode ver, não existe qualquer explicação sobre quem deve ser a autoridade policial para fins da Lei nº 9.099/1995. E nem precisaria, diante da obviedade. Tanto o Código de Processo Penal quanto as demais leis extravagantes, quando se referem a *autoridade policial*, sempre estão se referindo ao Delegado de Polícia.

Não obstante a clarividência, existe um forte movimento da Polícia Militar, e agora também da Polícia Rodoviária Federal, com o objetivo de que sejam, também seus membros, considerados autoridades policiais para fins da Lei nº 9.099/1995. E com grande

repercussão doutrinária,⁴⁰² legislativa e em alguns membros do Ministério Público e do Judiciário.

No âmbito doutrinário, por exemplo, o processualista Nereu Giacomolli entende que “[...] nas infrações afetas à Justiça Consensual não haverá propriamente uma investigação policial, uma apuração pormenorizada, um inquérito policial, ou seja, uma atividade típica de polícia judiciária”.⁴⁰³

E, com base nessa premissa, o citado autor conclui: “Assim, uma interpretação do art. 69 da Lei 9.099/95, conforme o art. 144, §§ 4º e 5º da CF, e de acordo com os critérios da celeridade e da economia processual, preconizados pela própria Lei 9.099/95, nos leva a concluir que a polícia militar também pode lavrar o termo circunstanciado”.⁴⁰⁴

De outra parte, no campo legislativo, é interessante notar que a redação do Substitutivo do PLS 156/2009 (que na Câmara dos Deputados foi designado PL 8045/2010), apresentada pelo Senador Renato Casagrande, trazia, no lugar de “autoridade policial”, a expressão “delegado de polícia”, no dispositivo referente ao termo circunstanciado. Em virtude daquele movimento dos militares, o então Senador Demóstenes Torres apresentou a Emenda 5, subscrita pelo Senador Marco Maciel, ao referido projeto de lei, substituindo a expressão “delegado de Polícia” por “autoridade policial”, tal como a redação original da Lei nº 9.099/1995.

Mas o que deve definir a interpretação da referida expressão “autoridade policial” não é um interesse classista, seja ele qual for, nem tampouco a “simplicidade” procedimental, que é apenas aparente, mas a configuração sistemática do processo penal brasileiro, inafastavelmente orientada pela Constituição Federal de 1988.

Ora, a formalização de um termo circunstanciado não pode ser decorrência automática da notícia de uma infração penal de menor potencial ofensivo. Deve a autoridade policial responsável por sua confecção analisar valorativamente uma série de aspectos jurídicos, a saber, entre outros: se o fato praticado configura um crime ou uma contravenção; se o crime é de menor potencial ofensivo; se a prova da materialidade delitiva requer exame pericial; em

⁴⁰² Para uma ampla abordagem sobre o debate doutrinário inicial acerca do tema, cf., por todos, QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Juizados especiais criminais: o delegado de polícia e a lei nº 9.099/1995*. São Paulo: Iglu, 1996. *max.* p. 27-31.

⁴⁰³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: lei 9.099/95*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 88.

caso positivo, deverá requisitar ao órgão técnico competente; deve averiguar se o crime é de ação penal pública condicionada à representação ou privada; em caso afirmativo, deverá tomar por termo a representação ou o requerimento do ofendido, pois são condições objetivas de procedibilidade; deverá conhecer normas de competência, para fins de correto encaminhamento ao Juizado competente; em caso de flagrante delito, recusando-se o conduzido a comparecer imediatamente ao Juizado ou a assinar o termo de compromisso de comparecimento, deverá ser lavrado o respectivo auto, com arbitramento de fiança; deverá analisar se se trata de conexão, de concurso formal, material ou de crime continuado, para saber corretamente que procedimento formalizar; deve saber que nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena máxima cominada, não será aplicada a Lei nº 9.099/1995; deve saber que no caso de lesão corporal culposa no trânsito na forma simples, quando praticada nas circunstâncias do art. 291, § 1º do CTB será instaurado inquérito policial, mesmo sendo de menor potencial ofensivo; sendo complexo o caso, deverá ser instaurado inquérito policial; deve ser competente para realizar as diligências essenciais para o oferecimento da denúncia, em caso de devolução, pelo representante do Ministério Público; além de outras medidas que poderíamos aqui elencar.

Todos esses atos só podem ser realizados, segundo o sistema processual pátrio, e em respeito aos direitos fundamentais do imputado, pelo delegado de polícia. Além disso, todos dependem de valoração técnico-jurídica. E, o que parece mais contundente: o termo circunstanciado servirá de base para a ação penal, caso não haja a composição civil de danos nem a transação penal. Não pode ser, por óbvio, um procedimento realizado por quem não possua conhecimento jurídico. Desse modo, outro não pode ser o entendimento sobre a expressão “autoridade policial” senão o de que se trata do Delegado de Polícia.

Assim também pensa Marchi de Queiroz,⁴⁰⁵ para quem “[...] autoridade policial é a autoridade da unidade policial de atribuição, que toma conhecimento da infração penal de menor potencial ofensivo, seja ela de carreira, ou simplesmente portariada por Secretários de Segurança Pública, como frequentemente acontece nos remotos grotões do País”.

Outro não é o entendimento de Tourinho Filho,⁴⁰⁶ para quem “A autoridade (e essa autoridade, a nosso juízo, na esfera estadual, outra não é senão o Delegado de polícia, e, na Federal, o Delegado Federal) que tomar conhecimento da ocorrência lavrará *termo*

⁴⁰⁵ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Juizados especiais criminais: o delegado de polícia e a lei nº 9.099/1995*. São Paulo: Iglu, 1996. p. 31.

⁴⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 118.

circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima”.
(sem destaque no original)

Ao tratar sobre o tema, Afrânio Silva Jardim,⁴⁰⁷ estupefato diante do debate que se travava naquele momento, assim se manifestou:

Há uma interpretação que nos parece absurda, dizendo que a autoridade policial, que tem a atribuição para lavrar o *termo circunstanciado*, abrange também o secretário dos Juizados Especiais Criminais e policiais militares. Achamos que o soldado, o cabo da Polícia Militar, não são autoridades policiais, eles têm de levar à autoridade policial e esta lavrar o *termo circunstanciado*. (grifo do autor)

O STF já se pronunciou, em diversas ocasiões, sobre o tema, muitas vezes com posicionamentos divergentes. Com efeito, na ADI 3614/PR, o STF considerou inconstitucional a atribuição, por ato normativo estadual, a policiais militares, da competência para a lavratura do termo circunstanciado. A ementa da referida ADI possui o seguinte teor:

Constitucional. Administrativo. Decreto nº 1.557/2003 do Estado do Paraná, que atribui a subtenentes ou sargentos combatentes o atendimento nas delegacias de polícia, nos municípios que não dispõem de servidor de carreira para o desempenho das funções de delegado de polícia. Desvio de função. Ofensa ao art. 144, *caput*, inc. IV e V e §§ 4º e 5º, da constituição da república. Ação direta julgada procedente.⁴⁰⁸

Mais recentemente, o Presidente da República editou o Decreto nº 10.073/2019, o qual altera o art. 47, inciso XII, do Anexo I do Decreto nº 9.662/2019, para possibilitar que policiais rodoviários federais formalizem TCO's, contrariando posicionamento do STF. Contra esse decreto, o Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Estado de São Paulo, Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Estado do Paraná, Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Distrito Federal, no Espírito Santo e na Bahia e Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal ajuizaram ação de conhecimento contra a União, objetivando, em síntese, a declaração de nulidade do art. 6º do Decreto nº 10.073/2019. O Juiz Federal da 6ª Vara Federal Cível de Brasília julgou procedente o pedido.

Apesar disso, não resta dúvida em afirmar que o debate ainda continuará, até que o STF aprecie o art. 69 da Lei nº 9.099/1995 e dê à expressão “autoridade policial” uma interpretação conforme a Constituição. Ou ainda melhor, diante da cultura jurídica

⁴⁰⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 347.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3614/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20 set. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 147, Brasília, 23 nov. 2007.

brasileira: que sobrevenha uma mudança legislativa, substituindo aquela expressão por “delegado de polícia”, como deve ser. E esse movimento para uma análise definitiva do tema parece estar próximo.

Com efeito, ao julgar a ADI nº 3.807/DF, impetrada pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL), com a qual se pretendia fosse declarada a inconstitucionalidade do § 3º do art. 48 da Lei nº 11.343/2006, o STF assegurou o entendimento de que a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência, na exclusiva hipótese do art. 28 da mesma lei, poderia ser presidida tanto por Delegado de Polícia quanto por Juiz, sendo desta última autoridade a prioridade na referida presidência. Caso não seja possível ao Juiz presidir a lavratura do TCO, o autor do fato será levado à presença do Delegado de Polícia, para que o fizesse. A Min. Carmen Lúcia fundamentou seu voto vencedor, entre outras razões, no fato de que os §§ 2º e 3º do art. 48 da Lei nº 11.343/2006 devem servir para proteger o usuário de drogas, evitando contato com o ambiente policial.

Seja como for, deve-se estar atento à advertência de Vidal Gomes,⁴⁰⁹ o qual, discorrendo sobre o tema, asseve que “permitir que o termo circunstanciado seja lavrado por agente sem competência para tal, alheio às normas processuais vigentes, é a consagração do ‘jeitinho’ brasileiro na sua forma mais pitoresca”.

A Lei nº 12.830/2013 deveria sepultar qualquer dúvida sobre quem deve ser a autoridade policial competente para lavrar o TCO, uma vez que, nos termos do art. 2º, § 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”.

O dispositivo é taxativo ao afirmar que caberá ao Delegado de Polícia a condução da investigação criminal, seja através de inquérito policial seja através de qualquer outro procedimento previsto em lei, a exemplo do termo circunstanciado de ocorrência. Andou bem o legislador neste aspecto. Contudo, a Min. Carmen Lúcia, na referida ADI nº 3.807/DF, afirma que o termo circunstanciado não é um procedimento investigatório, embora ele substitua o inquérito policial nas hipóteses de infrações penais

⁴⁰⁹ GOMES, Amintas Vidal. *Manual do delegado: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 514.

de menor potencial ofensivo. Para ela, o termo circunstanciado é apenas um boletim de ocorrência mais detalhado.

É estranho e de difícil sustentação um tal argumento, diante da possibilidade de restrição a tantos direitos fundamentais a partir da lavratura de um termo circunstanciado, bem como da complexidade do raciocínio jurídico e das decisões que precisam ser tomadas por quem for presidir um termo circunstanciado, como detalhado acima, especialmente do domínio dos elementos dogmáticos da justa causa para sua instauração, aspecto de maior interesse cognitivo deste trabalho.

Não por outra razão que, tanto a Advocacia da União quanto o Ministério Público Federal, manifestaram-se, na citada ADI, de forma contrária à interpretação da Min. Carmen Lúcia. Em síntese, entendem que, por razões lógicas e sistemáticas, no caso do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, o autor deverá ser encaminhado primeiro à autoridade policial, a qual lavrará o respectivo termo circunstanciado, requisitará as perícias necessárias e encaminhará imediatamente o autor do fato ao juízo competente. Caso não seja possível o encaminhamento imediato do autor ao juízo competente, tomará por termo o compromisso do autor de comparecer no juizado especial criminal, para as providências legais.

Este parece o raciocínio mais coerente, adequado e conforme a Constituição e a legislação infraconstitucional. Afinal, imaginar que um juiz que preside um procedimento administrativo investigatório, típico da polícia judiciária, permanecerá imparcial, beira à ingenuidade.

Contudo, o tema voltou a ser analisado pelo Plenário do STF, na ADI nº 5637/MG, que considerou, por unanimidade, como constitucional a Lei do Estado de Minas Gerais nº 22.257/2016, a qual permite que policiais militares formalizem a lavratura do termo circunstanciado, e, por consequência, julgou improcedente a ação direta proposta pela ADEPOL/BR.⁴¹⁰

Embora se discorde dessa decisão, ela sepulta qualquer discussão acerca da justa causa para a lavratura de um termo circunstanciado de ocorrência e de sua análise pelo Delegado de Polícia.

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI 5637/MG*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 14 mar. 2022.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi analisado e debatido na presente investigação, sustenta-se a tese de que a justa causa deve ser reconceituada, vez que sua análise deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação, precisamente pelo fato de ser este âmbito o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, tendo em vista que algumas garantias, como o contraditório e a ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal; bem como que a estrutura dogmática da justa causa para a investigação é composta pelos seguintes vetores: a) tipicidade aparente; b) antijuridicidade aparente; c) condições de procedibilidade; d) originalidade aparente; e e) punibilidade concreta aparente.

Desse modo, resgatando-se o problema central desta pesquisa, delimitado na introdução, buscou-se responder a seguinte questão: quais os critérios que justificam, legitimamente, a instauração de uma investigação preliminar, restringindo ou podendo restringir direitos fundamentais do imputado?

1. Após a análise da evolução história do conceito de justa causa no processo penal brasileiro, bem como da sua insuficiência para a investigação criminal, reconceituou-se a justa causa como sendo a causa necessária e suficiente para desencadear legitimamente um procedimento penal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado. Ou, de outro modo, a justa causa é o conjunto de condições sem as quais a investigação criminal não pode ser desencadeada nem tampouco os atos que restringem direitos fundamentais do imputado podem ser levados a cabo.

Esse conceito, como se pode inferir, atribui à justa causa dois predicados, um quantitativo, representado pela necessidade e suficiência, e outro qualitativo, ancorado na legitimidade.

Com esse conceito proposto, portanto, pretende-se, em última análise, garantir padrões mínimos do exercício efetivo do poder de investigar das autoridades policiais e criar, conseqüentemente, maiores condições de concretização e observância das garantias constitucionais de direitos fundamentais do imputado.

2. Concluiu-se que a estrutura dogmática da justa causa para a investigação é composta pelos seguintes vetores: a) tipicidade aparente; b) antijuridicidade aparente; c) condições de procedibilidade; d) originalidade aparente; e e) punibilidade concreta aparente.

A justa causa deve ser avaliada sob uma dupla perspectiva: positiva e negativa. A positiva é consequência lógica da instrumentalidade punitiva, a qual decorre do poder/dever da persecução penal, inclusive da função típica da polícia judiciária. Por outro lado, a perspectiva negativa é sucedâneo da instrumentalidade garantista, apresentando-se como obstáculo à persecução penal. Esta última perspectiva mostra-se mais evidente. Por esta é razão que os elementos que compõem a estrutura dogmática da justa causa são qualificados pela aparência.

A aparência será identificada sempre que não houver, de maneira inequívoca, indubitosa e cabal, excludentes de algum dos elementos que compõem a justa causa.

Diferentemente dos que incluem a culpabilidade no juízo preliminar feito pela autoridade policial, quando da decisão acerca da instauração de uma investigação, entende-se que esta é a única categoria do conceito analítico do crime que não compõe a estrutura dogmática da justa causa para a investigação, ou melhor, ela é presumida, sendo desnecessária a sua análise no momento inaugural da investigação.

A culpabilidade aparente é presumida porque suas excludentes, cuja constatação poderia impedir a instauração de uma investigação (exceto a inimputabilidade, a qual enseja instauração de procedimento investigativo), apresentam problemas teóricos e práticos de difícil superação em um juízo prévio e epidérmico, típico da cognição sumária realizada pela autoridade policial no momento da análise da justa causa para a instauração de uma investigação.

2.1 Quanto à tipicidade aparente, apesar de a doutrina e a jurisprudência titubarem quanto ao estabelecimento do que é necessário minimamente para justificar a instauração formal de uma investigação, a aparência da prática de um fato criminoso é ponto incontroverso.

Essa tipicidade aparente, contudo, não pode ser analisada apenas com base na existência de elementos informativos quanto à materialidade e indícios de autoria, até porque,

sabe-se, a tipicidade é composta por outros elementos, inclusive elementos negativos, que aqui são de grande relevância para a análise da justa causa.

Quanto à tipicidade aparente, pode-se afirmar que a ausência de qualquer elemento que integra o tipo penal gera sua atipicidade. Porém, nem sempre será possível a identificação, pela autoridade policial, na sua análise preliminar e superficial, de maneira inequívoca, essas excludentes, a maioria dependente de instrução probatória.

De todo modo, a fim de refinar esse processo, é imprescindível ter-se em conta a diferente estrutura do tipo nos crimes de ação (dolosa e culposa), nos crimes de omissão (própria e imprópria) e nos crimes de lesão e de perigo (concreto e abstrato).

Os tipos comissivos dolosos possuem uma estrutura composta basicamente por ação, objeto, elementos objetivos, subjetivos, normativos, resultado, relação de causalidade e critérios de imputação.

Por sua vez, os tipos comissivos culposos são estruturados por ação, resultado, nexos de causalidade, critérios de imputação, infração do dever objetivo de cuidado, previsibilidade e evitabilidade.

Alguns desses elementos do tipo culposos, contudo, são de difícil identificação prévia, a exemplo da infração a um dever de cuidado, da previsibilidade e evitabilidade do resultado. Igual problemática se identifica nos tipos omissivos e nos tipos de perigo.

Por essas razões, entende-se que o Delegado de Polícia, quando diante de situações envolvendo condutas que configuram tipos culposos, omissivos e de perigo, deverá determinar a instauração do respectivo procedimento investigativo, independente da análise da tipicidade aparente, inclusive de suas excludentes, sendo, aqui também, presumida a justa causa.

A análise da tipicidade aparente, portanto, recairá essencialmente sobre os tipos comissivos dolosos, cujas excludentes são muitas, entre as quais, a) ausência de conduta (coação física irresistível, caso fortuito, atos reflexos, sonambulismo, etc.); b) falta de adequação formal da conduta ao tipo; c) não desaprovação da conduta ou do resultado (ofensa insignificante ao bem jurídico e crime impossível); d) ausência de dolo (erro de tipo invencível); e) ausência de nexos de causalidade entre conduta e resultado (concausas absolutamente independentes).

Dessas excludentes, somente a ofensa insignificante ao bem jurídico e a hipótese de crime impossível poderão ser analisados pelo Delegado de Polícia no momento da instauração de uma investigação, para a constatação da presença ou ausência de justa causa. As demais excludentes possuem problemáticas cuja identificação exige instrução probatória, de tal forma que não se vislumbra a possibilidade de o Delegado de Polícia deixar de inaugurar uma investigação com base nessas excludentes, detectáveis apenas no curso do procedimento investigativo, razão pela qual se considera presumida a justa causa nestas hipóteses.

2.2 À semelhança da tipicidade, a antijuridicidade aparente compõe a estrutura dogmática da justa causa para a investigação criminal. Isso significa que uma investigação não poderá ser iniciada quando a conduta tiver sido praticada, de maneira inequívoca, cabal, evidente, sob o manto de uma excludente da ilicitude.

Apesar de nem sempre ser possível se identificar, *ex ante*, a configuração de uma excludente de ilicitude, especialmente a legítima defesa e o estado de necessidade, de tal forma que exclua a justa causa para o início de uma investigação criminal, é plenamente possível que isso ocorra, principalmente quando se tratar de situação flagrancial e a conduta tiver sido gravada em sistema de videomonitoramento e tiver testemunhas, de tal forma que a excludente seja inequívoca.

Se for possível a autoridade policial constatar, em sua análise preliminar e sumária, antes da instauração de um procedimento investigativo formal e complexo, ou mesmo no curso de uma investigação sumária, que a conduta foi praticada sob o manto de excludentes de ilicitude, não haverá justa causa para a investigação.

Essa constatação parece mais fácil de ser realizada preliminarmente quando se tratar de estrito cumprimento de um dever legal, exercício regular de direito e consentimento do titular do bem jurídico. A legítima defesa e o estado de necessidade merecem mais atenção e cuidado. Seja como for, só restará afastada a justa causa quando a presença dessas excludentes for inequívoca.

2.3 Outro elemento dogmático da justa causa para a investigação criminal é a presença de condições objetivas de procedibilidade, quando assim for exigido, pela lei, amplamente compreendida, ou mesmo pela jurisprudência.

Tradicionalmente as condições de procedibilidade são analisadas apenas como condições para o exercício da ação penal, salvo raras exceções, a exemplo da representação e do requerimento do ofendido e da requisição do Ministro da Justiça, que também o são já para a instauração de um inquérito policial, até por determinação legal.

Porém, existem outras que, do mesmo modo, embora sem determinação legal expressa, são igualmente condições para a instauração de uma investigação formal mais complexa, a exemplo da entrada do agente em território nacional, nos casos de extraterritorialidade condicionada da lei penal.

A jurisprudência pátria acabou criando uma verdadeira condição objetiva de procedibilidade ao exigir autorização do Tribunal respectivo para a instauração de inquérito visando a investigar autoridade com foro especial por prerrogativa de função.

2.4 O quarto elemento dogmático da justa causa para investigação criminal é a originalidade aparente. Ou seja, não é possível, por ausência de justa causa, o início de uma investigação quando a mesma demanda (identidade de autor e fato) já foi julgada ou investigada ou se está sendo objeto de outra investigação ou processo. Seu fundamento é o postulado *ne bis in idem*.

A identidade de demandas deve ser analisada desde a investigação, uma vez que, nessa fase, já se reúnem os elementos essenciais da imputação, quais sejam, a atribuição da autoria de uma infração penal a alguém, baseada em elementos de prova, que serão corroborados ou não ao longo da persecução penal, num percurso gradual, proporcional à cognição permitida em cada momento.

Especialmente com o grau de sofisticação tecnológica hoje existente e disponível às agências da administração da justiça criminal, é possível que a autoridade policial identifique, de forma inequívoca, a existência de um inquérito, ou processo em curso, ou já transitado em julgado, com identidade de demandas.

Portanto, a inexistência de investigações simultâneas sobre o mesmo fato e contra a mesma pessoa, bem como a inexistência de coisa julgada, também sobre o mesmo fato imputado à mesma pessoa, são condições para que uma investigação criminal mais complexa seja iniciada.

2.5 Por fim, tem-se a punibilidade concreta como vetor da justa causa para a investigação. Verificou-se que parte da doutrina pátria, com base no já revogado inc. II do art. 43 do Código de Processo Penal, considera a punibilidade concreta como condição da ação. Além disso, os autores que assim se posicionam, compreendem a punibilidade concreta exclusivamente a partir de uma perspectiva negativa e limitada à ausência de causas extintivas de punibilidade.

Diferentemente dessa doutrina, sustenta-se que: a punibilidade concreta é também condição para a própria instauração de uma investigação formal, embora sua exigência seja apenas de aparência, compondo a estrutura dogmática da justa causa; ela possui um aspecto positivo e outro negativo; e não se limita às causas extintivas de punibilidade.

Quanto ao aspecto positivo, entende-se que é necessário que estejam presentes as condições objetivas de punibilidade, quando a lei o exigir. Já no aspecto negativo, é necessário que inexistam, de forma inequívoca, escusas absolutórias e causas extintivas de punibilidade incidentes já na fase preliminar de investigação.

O aspecto negativo da punibilidade concreta é qualificado pela inequívocidade. Ou seja, diante do juízo de possibilidade típico da cognição sumária feita no momento da tomada de decisão sobre a instauração ou não de um procedimento investigatório criminal, a inexistência de escusas absolutórias e de causas extintivas de punibilidade deve ser evidente, comprovável preliminarmente.

Por evidente que a punibilidade concreta aparente, como elemento essencial da justa causa para a instauração de uma investigação criminal, abrange apenas aquelas causas e circunstâncias preexistentes à investigação respectiva (morte do agente, anistia, retroatividade da lei descriminalizadora, prescrição, decadência e renúncia ao direito de queixa), embora possa e deva o juiz reconhecer, inclusive de ofício, as supervenientes.

3. Entende-se que o Delegado de Polícia tem o dever constitucional, convencional e legal de fundamentar sua decisão de formalizar a instauração de um procedimento investigativo, especialmente se se tratar de prisão em flagrante, indicando a justa causa, a hipótese flagrancial ocorrida e justificando as razões que o levaram a tipificar a conduta como sendo este ou aquele crime.

4. Tudo o que se disse acerca dos elementos dogmáticos da justa causa para uma investigação criminal aplica-se inteiramente ao caso específico do inquérito policial instaurado mediante portaria, sem qualquer ressalva. Contudo, a normatividade pátria relativa à prisão em flagrante impede a formalização da prisão em flagrante de determinadas pessoas, naquilo que se pode chamar de imunidade pessoal absoluta à prisão em flagrante. Em outros momentos, apenas condiciona a prisão em flagrante a determinadas circunstâncias, razão pela qual se pode falar em imunidades relativas à prisão em flagrante.

5. O auto de investigação de ato infracional é o procedimento administrativo policial escrito, instaurado pelo delegado de polícia, com o objetivo de apurar o cometimento de um ato infracional praticado por adolescente.

6. Muito do que se disse acima sobre a justa causa para a instauração de um procedimento investigatório criminal, aplica-se ao auto de investigação de ato infracional, com as especificidades inerentes à matéria, a exemplo da proposta feita acerca da necessidade de representação ou requerimento do ofendido, nos casos de atos infracionais análogos a crimes de ação penal pública condicionada ou ação penal privada; e da punibilidade concreta.

De tudo o quanto se disse sobre a punibilidade concreta como elemento dogmático da justa causa para uma investigação criminal, apenas a prescrição, a morte do agente e a retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso/ato infracional, como causas extintivas da punibilidade; e a escusa absolutória do art. 181 do Código Penal, aplicam-se também aqui na investigação de ato infracional. As demais causas extintivas da punibilidade, escusas absolutórias e condições objetivas de punibilidade são inerentes aos cronologicamente imputáveis.

No caso específico de apreensão em flagrante de ato infracional, propõe-se que o critério a ser utilizado para a determinação do procedimento apuratório policial de um ato infracional deveria ser a pena em abstrato prevista para o ato infracional, qual seja, a de 2 (dois) anos, tal qual o fez o legislador da Lei nº 9.099/1995, e não a violência ou a grave ameaça. É o chamado ato infracional de menor potencial ofensivo. Somente assim seria possível evitar a punição de um adolescente quando um adulto, nas mesmas circunstâncias, não o seria.

7. Os elementos dogmáticos da justa causa para a instauração de um inquérito policial são os mesmos para a instauração de um Termo Circunstanciado de Ocorrência,

procedimento administrativo instaurado com o fim de investigar uma infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, uma contravenção ou um crime com pena igual ou inferior a 2 (dois) anos.

Contudo, a questão sobre quem deva ser considerado autoridade para fins de lavratura do TCO voltou a ser analisado pelo Plenário do STF, na ADI nº 5637/MG, que considerou, por unanimidade, como constitucional a Lei do Estado de Minas Gerais nº 22.257/2016, a qual permite que policiais militares formalizem a lavratura do termo circunstanciado, e, por consequência, julgou improcedente a ação direta proposta pela ADEPOL/BR.

Embora se discorde dessa decisão, ela sepulta qualquer discussão acerca da justa causa para a lavratura de um termo circunstanciado de ocorrência e de sua análise pelo Delegado de Polícia.

8. De forma preliminar a todos os procedimentos formais que materializam uma investigação criminal, pode ainda a polícia instaurar um procedimento mais simplificado, a chamada verificação da procedência de informações, verificação preliminar de informações ou simplesmente investigação preliminar sumária, objetivando a colheita de elementos mínimos que justifiquem a instauração de algum daqueles procedimentos mais complexos, acima referidos, evitando-se, desse modo, o início injustificado de uma investigação capaz de restringir direitos fundamentais do imputado.

9. Acredita-se que a utilização de um conceito de justa causa como filtro persecutório e limite ao poder punitivo estatal somente é possível em um estado democrático de direito, no qual se pode conciliar a instrumentalidade punitiva com a instrumentalidade garantista da persecução penal.

Considerando que é no âmbito da investigação criminal que ocorrem ou podem ocorrer as maiores ofensas a direitos fundamentais do imputado, haja vista que as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo e outras, não são aplicáveis com todo o seu potencial democrático, é necessária a estruturação de uma investigação criminal com filtros persecutórios, desde o começo, a legitimar a intervenção do Estado nos direitos fundamentais do imputado, o que pode se dá através da justa causa.

10. Como se viu, o tema da justa causa é certamente um dos mais debatidos no processo penal pátrio. As divergências são muitas, a depender do referencial adotado, quase não havendo consenso sobre seus aspectos.

Para os interesses desta pesquisa, optou-se por analisar o tema a partir do momento da persecução penal, especialmente tendo em conta o parâmetro principal no debate contemporâneo, que é a ação penal.

Desse modo, foram estudados posicionamentos que analisam a justa causa fora do contexto da ação penal, exclusivamente referente à prisão cautelar e ao *habeas corpus*; outro grupo teórico que a inclui no âmbito da ação penal, considerando-a como condição autônoma ou relacionando-a com alguma outra ou com todas as demais condições da ação; e um grupo que possibilita analisar a justa causa em qualquer momento da persecução penal, inclusive na fase de investigação.

O que se constatou, ao se analisar brevemente sua evolução histórica, é uma constante ampliação protetiva do *habeas corpus* (e da justa causa) começando como antídoto contra prisões ilegais, depois servindo contra ameaça de constrangimento corporal, até se constituir como direito de defesa contra violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Parcela representativa da doutrina foi fundamental para a ultrapassagem da exclusiva noção de justa causa referenciada pela legalidade, pela prisão e pelo *habeas corpus*, para uma compreensão mais abrangente, ao considerar a justa causa como a causa *secundum ius*, não apenas a causa legal para a intervenção penal do Estado na esfera individual.

Entre os que entendem que a justa causa é uma condição da ação, existem aqueles que a relacionam à possibilidade jurídica do pedido, outros, ao interesse de agir, um terceiro grupo que a considera uma condição autônoma e até mesmo há quem não a considere condição da ação, mas a analisa a partir desse centro referencial, considerando que a ausência de qualquer condição da ação exclui a justa causa.

Embora limitando-se à ação penal, parte da doutrina apresenta formulações que possibilitam a antecipação da análise da justa causa a partir da investigação criminal, tendo em vista adoção de um critério normativo-axiológico legitimador de toda a persecução penal.

Outra parte da doutrina é enfática ao afirmar que a justa causa deve ser analisada já a partir da investigação e não apenas a partir da ação penal.

Concluiu-se que a justa causa deve ser compreendida como parâmetro axiológico-normativo para qualquer ato da persecução criminal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, desde a instauração da investigação, passando pela decretação de medidas cautelares e meios de obtenção, pelo indiciamento, ação penal até alcançar a sentença condenatória.

Apesar de a contribuição da doutrina até aqui ter sido essencial, a justa causa para a investigação possui nuances, bases, momentos e critérios outros, distintos daqueles da justa causa para a ação penal, os quais ainda não foram estabelecidos e analisados pela doutrina.

Considerando algumas semelhanças entre o *standard* probatório e a justa causa, optou-se por justificar a preferência por esse último instituo, tendo em conta que: a) os *standards* probatórios são vetores, balizas ou critérios referentes às provas, destinados ao julgador, a fim de possibilitá-lo decidir, com o maior grau de certeza e segurança possível, acerca de determinados fatos; b) o objeto do *standard* é probatório, logo, limitado aos elementos de prova sobre os fatos a serem analisados; c) além disso, seu destinatário é o juiz, a quem cabe decidir sobre os casos penais; d) por fim, como regra, o momento da análise dos *standards* probatórios é o processo, a partir, portando, do oferecimento da inicial acusatória. De forma excepcional, o juiz decide e analisa esses parâmetros probatórios no curso da investigação, quando da análise de representações por medidas cautelares e meios de obtenção de prova.

De outro lado, a justa causa, que também é um *standard*, porém, não exclusivamente probatório, mas essencialmente normativo-axiológico, é um instituto secular, o qual foi sendo tratado pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência de forma evolutiva e cada vez mais ampla, deixando de ser vista apenas como *standard* probatório (prova da materialidade e indícios de autoria) e passando a ser compreendida como *standard* normativo-axiológico legitimador de toda a persecução penal, e dependente de outros critérios que não apenas os probatórios, embora esses também o sejam. Assim, por exemplo, a originalidade aparente, a presença de condições objetivas de procedibilidade, a ausência de escusas absolutórias, a punibilidade concreta aparente e as imunidades à prisão em flagrante, forma

inaugural do inquérito, compõem a justa causa, embora nada tenha que ver com *standards* probatórios.

Além disso, o legislador (Lei nº 13.869/2019) considera crime “dar início a uma persecução penal sem *justa causa* fundamentada ou contra quem sabe inocente” (art. 30). A expressão “*justa causa*”, portanto, já se encontra sedimentada na linguagem do processo penal pátrio, embora ainda carente de conteúdo quando pensada a partir da investigação.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2010.

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

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 2004.

ARCENTALES, Gabriela Estefania Paredes. *Ne bis in idem e dupla imputação: reconhecimento e controle no processo penal brasileiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

ASÚA, Luis Jiménez de. *La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1976.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015.

BALTAZA JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf> Acesso em: 17 maio 2022.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal: hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal parte especial: dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva: 2013.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na teoria do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AP 878 QO*. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 21 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 177100/CE*. Rel. Min. Joel Irlan Paciornik. Julgado em 08 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *QO na APn 874-DF*. Rel. Min. Nancy Andrighi por maioria. Julgado em 15 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *AgRg no HC 404.228/RJ*. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 01 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *EMB.DECL NO AG.REG. NO RHC 135.206/RJ*. Voto Divergente do Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 21 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 12.443/SC. Rel. Min. Gilson Dipp. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 set. 2002

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus 130.000/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. *Diário da Justiça*, 8 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC nº 160292/MG. Rel. Min. Jorge Mussi. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 541.807/SC. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 dez. 2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RHC 149.836/RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. Convocado TJDFT). Rel. para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *RHC 79.910/MA*. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 26 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 16856/RJ – 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 20 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *AgRg no Agravo em Recurso Especial 158.220/SP*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 103.566/RJ. Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocado TJMG). *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3614/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20 set. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 147, Brasília, 23 nov. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107398/RJ. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.412/SP. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 nov. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de 12.08.2014*. Brasília: STF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de 19.06.2015*. Brasília: STF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.411 QO. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 out. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3305. Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3940. Rel. Min. Rosa Weber.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3825 QO/MT. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 1.634-MC. Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17 set. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 8 set. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 5637/MG. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 978. Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello. Julgado em 19 out. 1995. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AP 912/PB. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC 102.732, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 4 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 7 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC nº 154.248/DF. Rel. Min. Edson Fachin *Diário da Justiça*, Brasília, 23 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Inquérito 2.842/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 fev. 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. AP 937 QO. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 3 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Inq. 2.411QO/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, 10 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 87.310/SP. Rel. Min. Carlos Aires Britto. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 nov. 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 94.059. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado de 12 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 95.244/PE. Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1185838/SP. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em 14 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 99.490/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RCL 41910. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 30 nov. 2021.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 9, n. 9, 1980, p. 171-189, 1980.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento de dever legal*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: pena e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal parte especial I: artigo 121 ao artigo 234 do Código Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941, p. 16699.

CAMPOS, Roberto. *Na virada do milênio: ensaios*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Curso completo de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARBONEL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006

CARNELUTTI, Francesco. Sobre una teoría general del proceso. In: CARNELUTTI, Francesco. *Questiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960. p. 41-50.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: RT, 2008

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

CARVALHO, Taipa de. *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Lima: Ara, 2007.
- CEREZO MIR, José. *Obras completas I: derecho penal: parte general*. Lima: Aras, 2007.
- CHOUCK, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- CHOUCK, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CHOUCK, Fauzi Hassan. Justa causa: reflexões em torno da obra de Afrânio Silva Jardim. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 165-181.
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). PCA nº 0002734-21.2018.2.00.0000. Rel. Cons. André Godinho. Brasília: CNJ, 21 jul. 2018
- CORRÊA, Plínio de Oliveira. Conceito de Justa Causa. In: ESCRITOS de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Torvo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 247-262.
- COSTA, José Armando da. *Fundamentos de polícia judiciária: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.
- CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: RT, 2002.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica, 2005.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 41-81, 1996.

- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2018.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 516.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2001.
- DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- FAGUNDES, Rafael. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2005.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 9. ed. Bari: Editori Laterza, 2008.
- FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do delegado de polícia*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FERRO, Ana Luíza Almeida. *Escusas absolutórias no direito penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. Bologna: Zanichelli, 2010.
- FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FREITAS, Jayme Walmer de; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GAUER, Ruth M. Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GIACOMOLLI, José Nereu. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, José Nereu. Qualidade do inquérito policial. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (org.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 153-181.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: lei 9.099/95*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner (org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81-95.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJEA, 1961.

GOMES, Amintas Vidal. *Manual do delegado: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: RT, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou materia, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Empório do direito*. 9 ago. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/justa-causa-para-instauracao-do-processo-penal-condenatorio-por-franio-silva-jardim-1508758576> Acesso em: 7 jun. 2022.

JARDIM, Afrânio Silva. Originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [S. l.], v. 15, p. 4-10, jan./jun. 2015.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KFOURI FILHO, Abrahão José. A polícia civil e sua institucionalização no direito brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *A polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991. p. 25-33.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Trad. Santiago Sentís Meleno. Buenos Aires: EJEA, 1963.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Marcellus Polastri. Comentários sob a perspectiva brasileira referente ao capítulo II. In: AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LOPES JR., Aury. (Re)pensando as condições da ação processual penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.
- MACHADO, Antonio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de inquérito policial*. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- MACIEL, Anor Butler; MACIEL, José Alberto Couto. *Habeas corpus por falta de justa causa*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1966.
- MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 2009.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 2009.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.
- MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2001.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Princípio da insignificância: propostas para uma nova política criminal racional. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17-38.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.
- MICHELMAN, Marina Aguiar. Da impossibilidade de aplicar ou executar medida sócio-educativa em virtude da ação do tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 211-215, jul./set. 1999.

- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MISSE, Michel. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 35-50, jan./mar. 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*: Arts. 1º ao 90. Bauru: Edipro, 2002.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1984.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ORBANEJA, Emilio Gomes; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho procesal penal*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1981.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PALAZZO, Francisco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Introdução ao direito de polícia judiciária*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e poder*: o processo (de investigação) penal. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 2001.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: RT, 2015.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Cedam: Padova, 1985.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *A polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991. p. 34-40.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Obra em processo penal*. São Paulo: Singular, 2018.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Juizados especiais criminais: o delegado de polícia e a lei nº 9.099/1995*. São Paulo: Iglu, 1996.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: Parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2020.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5ª CCr, AP. 2008.100.00174. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em 24 jul. 2008.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro. *A formulação histórica do princípio da insignificância e a reincidência como obstáculo ao seu reconhecimento pelos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. De Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

SANTOS, Cleopas Isaías. A nova sistemática da prisão em flagrante. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação: teoria e prática no estado democrático de direito*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 231-341.

SANTOS, Cleopas Isaías. Investigação de ato infracional: aproximações a uma nova proposta dogmática. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner (org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 405-430.

SANTOS, Cleopas Isaías. Mandado expresso de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal: encilhando o Leviatã. In: FRANÇA, Leandro Ayres (org.). *Tipo: inimigo*. Curitiba: FAE, 2011,

SANTOS, Cleopas Isaías; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; ALMEIDA NETO, João Beccon de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n 88, p. 19-42, jan./fev. 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito, 2011.

SANTOS, Marcus Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 260-268.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, n. 24. Curitiba, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2020.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Márcio Alberto. *Eficiência e respeito a direitos fundamentais na atividade investigativa – um discurso possível: pela criação de axiomas que limitem a atuação estatal na busca de uma investigação criminal garantista*. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 117-131

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.

SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979.

- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: RT, 2004
- SPOSATO, Karyna Batista. *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TRINDADE, Daniel Messias da Trindade. *O garantismo penal e a atividade de polícia judiciária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2002.
- VALENÇA, Manuela Abath. *Soberania policial no Recife do século XX*. 2018. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)-Universidade de Brasília. Brasília, 2018.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010. t. 1.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 2, p. 229-260, maio/ago. de 2018.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

APÊNDICE A – CARTA-RESPOSTA À BANCA DE QUALIFICAÇÃO

Questões e sugestões formuladas pela Profa. Dra. Marta Saad

1 Na tentativa de procedimentalizar e carregar de garantias a fase de Verificação Preliminar de Informação, não acabamos reduzindo os controles?

Em verdade, da forma como se propõe, existe um incremento das garantias, pois a procedimentalização é apenas o mínimo necessário para se averiguar a viabilidade de um inquérito, ou seja, verificar se existe justa causa para sua instauração.

Além disso, a VPI continuará sob controle externo do Ministério Público, o que retira qualquer discricionariedade e disponibilidade do Delegado de Polícia sobre a VPI.

Diante das ponderações da professora, procurou-se reforçar esse aspecto das garantias na VPI.

2 O conceito de justa causa não está amplo demais?

Sim, de fato é um conceito amplo. Porém, seus elementos constitutivos são específicos e bem definidos.

3 A verificação da justa causa é atividade exclusiva do Delegado de Polícia? E no caso de requisição do Ministério Público ou do juiz, pode a autoridade policial se negar a atender?

De forma objetiva, sim, pode e deve, de forma fundamentada, claro. A obrigatoriedade da investigação pressupõe justa causa. Portanto, somente após a análise, por parte da autoridade policial, sobre a existência ou não de justa causa, estará ela obrigada a inaugurar o procedimento investigativo.

4 A Profa. Marta Saad sugeriu a leitura da Dissertação de Gabriela Estefania sobre *ne bis in idem* e dupla imputação, entendendo ser útil no tópico referente à originalidade, principalmente sobre o momento a partir do qual ela pode ser reconhecida.

A sugestão foi acatada e o trabalho foi analisado, sendo feitas as considerações devidas sobre o tema.

Questões e sugestões formuladas pela Prof. Dr. Ney Bello

1 Considerando a polissemia do termo “democracia”, o professor acha perigoso utilizá-lo. Diante disso, ele questiona se os inquéritos policiais não seriam em regra contra-majoritários? Pautam-se por legalidade, logo não possuem legitimação pela maioria. Como então articular esse conceito com investigação preliminar?

O uso da expressão “investigação democrática”, na pesquisa, quer significar apenas que é uma persecução criminal preliminar que busca conciliar a instrumentalidade punitiva do processo penal com sua instrumentalidade garantista, de tal forma que se possa investigar e punir aqueles que pratiquem infrações penais, ao mesmo tempo em que garante seus direitos fundamentais.

Sim, as investigações são contra-majoritárias, da mesma forma que os direitos fundamentais também o são.

A legitimidade democrática das investigações está exatamente no respeito aos direitos fundamentais do imputado e da vítima, que também tem o direito fundamental de ver seu caso penal investigado pelo Estado.

2 Se na fase preliminar de investigação, em tese, ainda não se tem prova colhida, então como avaliar as provas mínimas para a abertura de inquérito?

Considerando que um inquérito só pode ser instaurado de duas formas, ou por portaria, ou por auto de prisão em flagrante, pode-se afirmar que, neste último caso, sempre haverá prova de materialidade delitiva e indícios de autoria.

No que tange aos inquéritos iniciados mediante portaria, é possível, sim, em muitas hipóteses, ter-se o mínimo de elementos que indiquem a prática de uma infração penal, o que já seria suficiente, quanto a esse critério, exclusivamente, dar início a uma investigação. Claro que o juízo formulado, nesse momento inaugural, é o de possibilidade.

3 Como constatar a aparência que qualifica os elementos dogmáticos da justa causa?

Pela ausência inequívoca de causas excludentes desses elementos, identificáveis de forma preliminar.

4 As categorias como originalidade, representação e outras não se encaixam no conceito de justa causa.

Podem até não se encaixarem em algum dos muitos conceitos sobre a justa causa, principalmente os tradicionais. Contudo, no conceito que se propõe, qualquer condição, elemento ou circunstância exigida para a persecução penal é considerada elemento da justa causa.

5 Segundo o professor Ney Bello, o foco da justa causa deveria ser na aparência de fato típico, ilícito e culpável, argumentativamente sustentável.

A proposta sobre justa causa feita no presente trabalho já faz isso. Mas não só. Amplia, como se disse, esse âmbito de incidência, abarcando outros elementos, como originalidade, condições de procedibilidade e punibilidade concreta.

Questões e sugestões formuladas pela Prof. Dr. Felipe Freitas

1 O Prof. Felipe Freitas demonstrou a mesma preocupação que teve o Prof. Ney Bello com o uso do termo “democrática”, qualificadora da investigação, mas ficou satisfeito com as explicações ofertadas.

2 O Prof. Felipe Freitas sugeriu a leitura da tese de Manuela Abath e seu conceito de “soberania policial”, questionando se a justa causa amplia ou reduz essa “soberania policial”.

A sugestão foi acolhida e o trabalho foi lido e referenciado. Concluiu-se que a justa causa tem potencial de eliminar a “soberania policial”, tal como conceituada pela referida autora. Por isso se considerou que a justa causa é um antídoto contra tal soberania.

3 Após afirmar que o trabalho é também sobre controle da atuação policial, o Prof. Felipe Freitas o relacionou com o conceito de “mandato policial” e questionou onde deve estar a regulação da atuação policial. Na legislação? Na doutrina? Como isso se dá em relação ao modo que as polícias são estruturadas?

De fato a justa causa é uma forma de controle da atuação estatal na esfera preliminar penal, essencialmente levada a cabo através da atividade policial. Tendo em conta o monopólio estatal da força, o “mandato policial” decorre da lei, primariamente, sendo

inclusive exigência constitucional, já que a atividade policial é administrativa. Porém, muitas vezes a lei autoriza que algumas regulamentações sejam feitas por meio de outros atos normativos, como Portarias, Decretos, Instruções Normativas, etc. Mas sempre dentro dos parâmetros legais.

É inegável, contudo, que a doutrina e a jurisprudência exercem também papel fundamental na delimitação do “mandato policial”, por meio da interpretação da Constituição, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, e da legislação ordinária.