

LEONARDO MARCONDES
MACHADO

Manual de
INQUÉRITO POLICIAL

DE ACORDO COM AS LEIS
13.869/19 - ABUSO DE AUTORIDADE
e **13.964/19** - PACOTE ANTICRIME

2020

EDITORA
CEI

CAPÍTULO 1 – INQUÉRITO POLICIAL: CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

1.1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a investigação policial pode ocorrer atualmente por meio de dois procedimentos formais de apuração: **inquérito policial** (IP/IPL) ou **termo circunstanciado** (TC), também chamado em algumas unidades da federação de termo circunstanciado de ocorrência (TCO).

As **diferenças** fundamentais podem ser assim resumidas: a) quanto à **previsão legal**: o termo circunstanciado está previsto na Lei n. 9.099/1995 enquanto o inquérito policial no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41); b) quanto ao **objeto de apuração**: o termo circunstanciado fica reservado às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (art. 61 da Lei n. 9.099/1995) enquanto o inquérito policial às demais espécies de fatos puníveis criminalmente; c) quanto aos **atos de constituição**: o termo circunstanciado representa um procedimento de menor complexidade (não só pelo número de atos como também pela sua natureza formativa) se comparado ao inquérito policial; d) quanto ao **órgão jurisdicional de controle (e remessa)**: o termo circunstanciado fica submetido à competência do juizado especial criminal (procedimento comum sumaríssimo) ao passo que o inquérito policial à competência do “juiz das garantias”¹¹ (procedimento comum ordinário ou sumário ou procedimento especial).

O inquérito policial, enquanto modalidade de investigação preliminar, fica submetido à **definição** já exposta em trabalho anteriormente publicado a respeito da etapa prévia de persecução criminal,¹² apenas com um dado adicional, qual seja, o órgão responsável pela sua direção, que é a polícia judiciária investigativa, representada pela autoridade do delegado de polícia (civil estadual ou federal).

Nesse sentido, trata-se de procedimento cognitivo, iniciado e vinculado a certa notícia-crime, conduzido por órgão de polícia judiciária investigativa, sob a presidência do delegado de polícia, que se destina à apuração, em nível indiciário, de suposto fato (passado) aparentemente delitivo, com o objetivo de legitimar a deflagração (ou não) da ação processual penal.

1.2. FINALIDADES

O fim do inquérito policial consiste, de modo primordial, na apuração, em nível indiciário, da materialidade e autoria de noticiado fato punível, a fim de subsidiar a análise

¹¹ Em face da decisão liminar do STF, proferida pelo Min. Luiz Fux, nos autos das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, quanto à suspensão da eficácia dos dispositivos referentes ao “juiz das garantias”, o controle judicial do inquérito policial permanece vinculado à competência do mesmo juízo criminal competente para o processo e julgamento do caso penal.

¹² MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução Crítica à Investigação Preliminar*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 102-105.

da existência (ou não) de justa causa para a propositura de ação processual penal pelo respectivo legitimado ativo.¹³ Em síntese, o seu objetivo é a apuração, preliminar ou sumária, da notícia-crime para o avanço (ou não) da persecução penal.

O foco é a ideia de **justa causa** enquanto “suspeita suficiente” ou “alta probabilidade de condenação”¹⁴ para a formação da *opinio delicti*. Trata-se, conforme já afirmado em publicação anterior,¹⁵ do **filtro democrático** da investigação preliminar e, portanto, do inquérito policial, cujos elementos informativos serão fundamentais à deliberação do titular da ação processual penal. Ademais, em sendo proposta a ação¹⁶, tem o condão de limitar o objeto da acusação, bem como viabilizar a decisão judicial quanto ao seu recebimento (ou não).

Por óbvio, embora não seja a sua finalidade precípua, o inquérito policial também acaba servindo para outras formas de convencimento e tomada de decisões anteriores ao processo penal como é o caso das **medidas cautelares** reais ou pessoais (ex.: buscas e apreensões domiciliares, prisões preventivas, retenções de passaportes etc). O que, sem dúvida, de grande relevância, dado o caráter aflitivo da subjetividade, bem como criador de estigmas, desse tipo de medida processual penal.¹⁷ Mais uma vez, o potencial contra-majoritário que pode ser desempenhado pelo inquérito policial; desde que, por evidente, concebido como limite, e não mero instrumento, do poder punitivo.

Em tempo, quanto à sua função no campo probatório, fala-se, em regra, de uma “natureza cautelar, no sentido de preservação de eventuais elementos ou meios de prova”.¹⁸ Nesse viés, o inquérito teria como finalidade ordinária identificar e resguardar possíveis fontes de instrução do caso penal¹⁹ (ex.: testemunhas, documentos, objetos etc), logo

¹³ Segundo Mendes de Almeida, “se a instrução definitiva prova ou não prova que há crime ou contravenção, a instrução preliminar prova ou não prova que há base para a acusação” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A Contrariedade na Instrução Criminal*. São Paulo: [s.n.], 1937, p. 12).

¹⁴ SCHÜNEMAN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

¹⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução Crítica à Investigação Preliminar...*, p. 105-108.

¹⁶ Conforme Nunes da Silveira, “ação processual penal é o poder, conferido ao Ministério Público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando à instauração do processo penal principal (ação processual penal em sentido estrito, acusação) ou o conhecimento de outra questão que deve ser objeto de um provimento jurisdicional (modalidades diversas de ação processual penal)” (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma Teoria da Ação Processual Penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 227).

¹⁷ “(...) de mero filtro procedimental (finalidade imediata) a fase investigatória recolhe importantes elementos, cujos reflexos atingem o *status* de cidadão, sua esfera patrimonial e pessoal, com o fornecimento de base aos rumos do procedimento, ao arquivamento, ao deferimento ou não de medidas cautelares constritivas da liberdade (prisão preventiva, v.g.) e dos bens (arresto, sequestro, v.g.), bem como delimitam a pretensão acusatória estatal (oferecimento de denúncia)” (GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal – crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 58).

¹⁸ SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas” ..., p. 31.

¹⁹ “(...) a ideia de lide penal é questionada. Em seu lugar, propomos a expressão caso penal, porque não só representa um novo conceito, mas também um outro referencial semântico, adequado realisticamente ao conteúdo do processo penal (...) estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvi-

quando da notícia-crime, de modo a viabilizar os demais momentos probatórios em juízo, em sendo deflagrada a etapa processual penal. Um procedimento, em síntese, de salvaguarda dos vestígios criminais para o regular desenvolvimento da persecução penal. Apenas de modo excepcional serviria o inquérito policial como instância de produção de prova. Citem-se, por exemplo, os meios probatórios não repetíveis (ex.: exame de corpo de delito / contraditório diferido) ou antecipados (ex.: depoimento testemunhal de alguém sob grave risco de morte ou desaparecimento / contraditório antecipado).

1.3. DESTINATÁRIOS

A partir do entendimento de que o inquérito policial serve de base para análise da justa causa à propositura (ou não) da ação processual penal, de iniciativa pública ou privada, é de se reconhecer que esse procedimento de investigação preliminar se destina, de forma imediata ou direta, ao **órgão acusador** (ministério público ou querelante). Nesse sentido, o titular do direito ou poder de ação processual penal figura como **destinatário primário** do inquérito policial.

Ocorre que também o **juízo de garantias**, competente para a admissibilidade da acusação, figura como **receptor** do inquérito policial (arts. 3º-B e 3º-C do CPP). Isso porque a decisão de recebimento ou rejeição da inicial acusatória, que deve ser orientada por um juízo de probabilidade sobre o caso penal, especialmente no tocante à condição de justa causa, extrai-se por óbvio do conjunto de informações reunido no procedimento de investigação prévia.

Não se pode esquecer que à **defesa** importa (e muito) o inquérito policial, uma vez que a sua resistência à iniciativa acusatória deverá considerar o procedimento levado a efeito pelo órgão de polícia judiciária investigativa. Ainda que se admita a investigação defensiva, ou seja, a instrução prévia autônoma e paralela do caso penal pela defesa, os elementos de informação e as narrativas possíveis a partir do inquérito policial não podem ser desprezadas pelo defensor, especialmente na sua tarefa de desconstrução da tese (inicial) acusatória. A busca defensiva pelo arquivamento da investigação ou, então, pela rejeição da denúncia ou queixa oferecida passa necessariamente pelo manejo estratégico do inquérito policial.

Isso sem falar, mais uma vez, na influência da investigação quanto às medidas cautelares reais ou pessoais na primeira fase da persecução criminal (ex.: seqüestro de bens imóveis adquiridos pelo indiciado),²⁰ bem como no controle de legalidade diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento desse procedimento investigativo (ex.: trancamento do inquérito policial - art. 3º-B, IX, do CPP); circunstâncias que remeterão todos

da, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incide no tipo penal. Em não sendo autoexecutável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. XV e 135).

²⁰ Marta Saad ressalta que os elementos informativos do inquérito, além de servirem ao órgão acusador para a deflagração (ou não) da ação processual penal, destinam-se à formação do convencimento do julgador para as decisões de admissibilidade da acusação ou eventuais medidas cautelares (SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160-161).

os sujeitos, parciais e imparciais, ao necessário conhecimento e manifestação a respeito do conteúdo da investigação policial que fundamenta esses pedidos direcionados ao poder judiciário.

1.4. PRESIDÊNCIA

A presidência do inquérito policial é atribuição conferida aos **delegados de polícia de carreira**²¹ seja no âmbito da **polícia civil estadual** seja na estrutura da **polícia federal** (art. 144, §§ 1º e 4º, da CF). Registre-se que, em face da ordem constitucional de 1988, apenas os profissionais aprovados em concurso público e devidamente nomeados e empossados no cargo de delegado de polícia, estadual ou federal, poderão atuar nessa função; resta afastada qualquer possibilidade de designação *ad hoc*.

Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.830/2013, *in verbis*: “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”.

1.5. NATUREZA JURÍDICA

A doutrina, em geral, costuma perquirir a respeito da natureza jurídica dos institutos. Essa busca pela “essência” das coisas, típico resquício da “metafísica jurídica”, encontra no inquérito policial a sua identificação como **procedimento administrativo**.

Em primeiro lugar, quanto à sua natureza **procedimental**, e não processual, representa ainda a classificação teórica majoritária.²² Diz-se tratar de procedimento anterior (ou antecedente) ao processo penal. Por isso, o título de investigação (ou instrução) preliminar. Ademais, preparatório quanto à ação processual penal.

Frise-se, portanto, que nessa acepção a fase investigatória não apresentaria natureza estritamente processual, o que apenas teria lugar diante da apresentação de uma pretensão acusatória no seio da jurisdição criminal (etapas de admissibilidade da acusação e julgamento de mérito ou, também chamadas no sistema acusatório, de etapa intermediária e juízo oral).

No tocante ao caráter **administrativo**, explicado normalmente pelas características do órgão de presidência do inquérito policial, qual seja, a polícia judiciária investigativa, um ente vinculado à estrutura da administração pública. A partir da teoria de repartição dos poderes e da natureza dos respectivos atos, tem-se no inquérito a identificação como

²¹ STF - Tribunal Pleno - ADI 1570/DF - Rel. Min. Maurício Corrêa - j. em 12.02.04 - DJ de 22.10.04.

²² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 01 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 148; NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 18. Em sentido contrário (a considerar a natureza processual penal do inquérito policial): PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e Poder: o processo (de investigação) penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 201-232.

procedimento administrativo.

Importante essa distinção entre o **campo jurisdicional** do processo penal e a **esfera administrativa** da investigação preliminar. O que fica mais evidente no contexto do modelo acusatório. No sistema inquisitório clássico, com a direção da investigação preliminar pela autoridade judicial, a divisão entre essas etapas ficava bastante prejudicada. Na verdade, o momento investigativo acabava se convertendo em uma instância processual, de tal maneira que o processo propriamente dito tinha início com a investigação; uma evidente distorção quanto ao direito de ação processual penal e um risco grave à imparcialidade judicial.²³

Sublinhe-se, no entanto, que a diferenciação quanto a essas duas fases da persecução criminal não constitui apenas uma questão formal ou dogmática, mas com importante repercussão prática, dentre outras coisas, na necessidade de limitação do transporte automático da carga informativa preliminar ao juízo de mérito, ou seja, na restrição da comunicabilidade entre os elementos cognitivos do inquérito e do processo quando da resolução do caso penal.

Em suma, trata-se do tormentoso dilema concreto de separação entre as fases de investigação e de juízo com a proibição rígida da utilização das diligências investigativas como meios de prova para fundamentar uma sentença condenatória.²⁴

1.5.1. Limitações Cognitivas

Já foi dito que investigação preliminar e processo penal constituem duas etapas distintas da persecução penal, inclusive com diferenças estruturais significativas no tocante à natureza jurídica de cada uma delas. Muito embora diferentes, apresentam uma relação de instrumentalidade, marcada sobremaneira pelo fato de o resultado da investigação servir de base à aferição de justa causa da ação processual penal.

Agora o que deve ficar claro é que existem **limites cognitivos** entre essas fases, ou melhor, que o grau de cognição da instrução preliminar não pode ser o mesmo do processo penal; pelo contrário, deve ser reduzido (ou limitado) em todos os planos (quantitativo e qualitativo) e níveis (horizontal e vertical).²⁵ Justo porque os objetos são distintos.

A investigação parte de um juízo de possibilidade para análise de uma probabilidade delitiva. O processo, por sua vez, se inicia com um juízo limitado de probabilidade e apenas poderá, ao final, redundar em decreto condenatório se restar comprovada a procedência da imputação acusatória em “um elevado ou elevadíssimo grau de probabi-

²³ FLORES PRADA, Ignacio. Garantías y Derechos Fundamentales en el Proyecto de Código de Proceso Penal Español de 2013. In: MACHADO, Bruno Amaral (Cord.). *Justiça Criminal e Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 65.

²⁴ FLORES PRADA, Ignacio. Garantías y Derechos Fundamentales en el Proyecto de Código de Proceso Penal Español de 2013..., p. 66.

²⁵ Cf., por todos, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 06 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169-183 / 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*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81-95.

lidade” (ou certeza relativa).²⁶ O que também expresso por alguns como “para além de toda a dúvida razoável” (“*beyond any reasonable doubt*”).

Em que pese inúmeras críticas²⁷ e controvérsias²⁸ a respeito dos *standards* probatórios, inclusive pelos riscos de “americanização à brasileira”²⁹, deve ficar clara a necessidade de distinção entre os níveis informativos do caso penal conforme os respectivos momentos do sistema de persecução criminal (ex.: instauração do inquérito policial, admissibilidade da acusação criminal e julgamento condenatório penal).

Aliás, se não houvesse essa individuação, não faria o menor sentido a existência de duas etapas fundamentais no sistema de justiça criminal. Desrespeitada essa diferenciação cognitiva e procedimental, o processo penal transforma-se em uma repetição inútil da investigação preliminar. A razão estrutural do sistema de persecução penal fica absolutamente invertida. O processo deixa de ser o núcleo, o centro, e sim a investigação, numa espécie de “**instrumentalidade às avessas**”.

Conforme Jacobsen Gloeckner, a fim de se evitar que o nível de cognição do inquérito policial se sobreponha ou mesmo antecipe aquele próprio da esfera judicial (processo penal), deve-se atentar para a necessidade de **sumarização** do procedimento de **investigação preliminar**. Nesse sentido, a **limitação qualitativa** deverá ocorrer em dois planos: **horizontal** e **vertical**. Na primeira dimensão, tem-se que o campo instrutório do inquérito estará delimitado pelos elementos de convicção necessários à verificação factual da notícia-crime (e nada mais). Já na segunda esfera, pelos elementos que sustentam o conceito analítico de crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), bem como os requisitos de punibilidade, tudo sob uma avaliação de probabilidade (ou seja: indícios de fato aparentemente típico, ilícito, culpável e punível). Por fim, a **sumariedade quantitativa** dos atos de investigação. O que significa uma rigorosa limitação temporal à conclusão do inquérito policial.³⁰

Registre-se que a adoção de um modelo sumário de inquérito policial no sentido de

²⁶ “A ‘verdade’ atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 06 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 385).

²⁷ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, p. 221-248, 2019.

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; PEREIRA FREDES, Esteban (org.). *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 401-430; LAUDAN, Larry. *Verdad, Error y Proceso Penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 103-136.

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Para entender standards probatórios a partir do salto com vara: um complemento*. São Paulo: Consultor Jurídico, 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/limite-penal-standards-probatorios-partir-salto-vara-complemento>>. Acesso em: 01.04.2020.

³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da Investigação Preliminar Brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial..., p. 86-87.

limitação cognitiva atrelada à justa causa em nada diminui a sua importância no contexto da persecução criminal. Justo pelo contrário, reforça o seu potencial democrático (e libertário) ao corrigir uma distorção histórica quanto ao uso indevido dos atos de investigação preliminar, ao invés das provas processuais penais, na fundamentação de decretos condenatórios pela justiça criminal.

1.6. RACIOCÍNIO JURÍDICO INVESTIGATIVO

O devido procedimento de investigação preliminar exige necessariamente uma base racional informativa. Não se pode conceber o inquérito policial como mero espaço de casos investigativos ou subjetivismos persecutórios. Muito embora a fase investigativa não se confunda com a etapa processual, ambas ficam submetidas, cada qual segundo os respectivos limites procedimentais, ao primado básico de **justificação racional**.

Nesse sentido, desde o início até o fim de um procedimento de investigação preliminar, devem ser considerados os elementos fundamentais de uma teoria do raciocínio jurídico. Também no inquérito policial (ou no auto de prisão em flagrante) há que se falar, *v.g.*, em premissa fática, premissa normativa, coerência e justificação decisória.³¹ Claro que com as adaptações necessárias a essa fase específica da persecução criminal.

Em que pese baixa produção acadêmica no campo do raciocínio jurídico investigativo criminal em *terrae brasiliis*, algumas obviedades já deveriam ter sido assimiladas pelas agências do sistema penal. Citem-se alguns exemplos: - as decisões tomadas pelo delegado de polícia no contexto de um procedimento de investigação criminal devem apresentar base racional, e não meramente intuitiva;³² - a justificação (interna) do inquérito policial depende da coerência (lógica) entre as premissas consideradas (fática e normativa) bem como a conclusão investigativa;³³ - a justificação (externa) do inquérito policial depende da validade argumentada na formação do conjunto de premissas fática e normativa do inquérito³⁴.

Não se ignora a distinção contextual entre investigação e processo, bem como a diferença funcional entre investigador e juiz.³⁵ Há inúmeros traços distintivos entre

³¹ Sobre o “raciocínio jurídico” em geral: SGARBI, Adrian. *Curso de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 307-320.

³² Um dos grandes riscos epistemológicos ao procedimento de investigação preliminar decorre justamente de uma tradição cultural de hipervalorização do “tirocínio policial”, ou seja, das experiências individuais do sujeito investigador reunidas ao longo de considerável tempo de profissão, em detrimento das regras científicas de raciocínio informativo do caso penal.

³³ A conclusão da investigação deve obrigatoriamente manter uma relação lógica em face do conjunto das premissas em análise. Se a conclusão investigativa não decorre da base fática e normativa em questão naquele inquérito policial tem-se uma relação de incoerência, a qual, por sua vez, interfere na justificação interna daquele procedimento (SGARBI, Adrian. *Curso de Teoria do Direito...*, p. 309-310).

³⁴ A conclusão da investigação deve necessariamente se apresentar como plausível (ou persuasiva) em face do conjunto das premissas em análise. Se a conclusão investigativa não se mostra viável diante da construção das premissas fática e normativa em questão naquele inquérito policial tem-se uma relação de invalidade argumentada, a qual, por sua vez, interfere na justificação externa daquele procedimento (SGARBI, Adrian. *Curso de Teoria do Direito...*, p. 311-312).

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thomson Reuters

essas duas etapas e autoridades do sistema de persecução criminal.³⁶ O que se defende, contudo, é que também a investigação preliminar processual penal seja orientada por **critérios epistemológicos**.

Do contrário, ter-se-ia (ou melhor: tem-se) um sério risco de maximização do potencial abusivo da justiça criminal. A esse respeito, importante lembrar que inúmeros erros judiciais por vícios no campo probatório penal apresentam relação direta com uma metodologia (de)formativa dos atos de investigação preliminar. Citem-se os casos recorrentes de condenações injustas por falsos reconhecimentos de pessoas.

Diferente do mundo ficcional das artes, em que os grandes casos penais são muitas vezes resolvidos por um certo “tirocínio policial”, “lances de sorte” ou até mesmo “revelações sobrenaturais”, a prática investigativa concreta demanda critérios racionais à determinação fática e, portanto, uma imersão na epistemologia aplicada às questões jurídicas.³⁷

É necessário sempre frisar que o direito não tem relação apenas com as normas, senão também com os fatos.³⁸ Fatos, aliás, que “precisam ser levados a sério”.³⁹ Daí a grande importância desse campo, ainda pouco explorado no direito, especialmente processual penal, que é a epistemologia jurídica.⁴⁰

Em que pese certa mudança nas últimas décadas em várias culturas jurídicas internacionais,⁴¹ a atenção com o modelo de raciocínio probatório (e investigativo) criminal parece não ter alcançado até agora o espaço devido na teoria e prática do processo penal, ao menos no contexto brasileiro em geral.

Ocorre, no entanto, que a preocupação “sobre as condições de produção e identificação do conhecimento válido, bem como da crença justificada”⁴², que se encontra na base da epistemologia, deveria ocupar um lugar de destaque na seara criminal, prin-

Brasil, 2019, p. 145-200.

³⁶ As diferenças começam na própria legitimidade instrutória do caso penal. Ao juiz, em um modelo acusatório processual penal, fica reservado um lugar de destinatário da prova oferecida pelas partes (acusação e defesa). Já ao delegado de polícia, na presidência de um inquérito policial, incumbe a responsabilidade pela produção de elementos informativos sobre o caso penal. Isso sem falar no tipo de raciocínio jurídico e na distinção entre os *standards* probatórios.

³⁷ VÁZQUEZ, Carmen. Entrevista a Susan Haack. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 36, p. 573-586, 2013, p. 580.

³⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Academia.edu: Books, p. 04. Disponível em: <https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acción>. Acesso em: 10.03.2020.

³⁹ TWINING, William. *Rethinking Evidence: exploratory essays*. 02 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 14-34 e p. 417-435.

⁴⁰ LAUDAN, Larry. *Verdad, Error y Proceso Penal: un ensayo sobre epistemología jurídica...*, pp. 316 e 23.

⁴¹ “Frente al abandono tradicional del razonamiento probatorio y de la teoría general de la prueba que ha caracterizado en nuestra cultura jurídica tanto los estudios procesales tradicionales como los de filosofía del derecho, puede decirse que en las dos últimas décadas se ha cambiado claramente la tendencia” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea..., p. 401).

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Fim do Império Cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul...*, p. 18-19.

principalmente latino-americana, marcada por abissais níveis de desigualdade (social, econômica e jurídica), cujos efeitos concretos das decisões penais mostram-se sobremaneira gravosos à subjetividade.

Nesse viés, impossível conceber uma teoria da prova (e da investigação) criminal dissociada de uma “filtragem epistêmica”, que seja rigorosa quanto aos critérios lógicos essenciais à justificação dos “achados fáticos”, sem, no entanto, “descuidar do inafastável respeito às garantias processuais”.⁴³ Afinal de contas, a legitimidade quanto ao exercício concreto do poder punitivo requer, dentre outras coisas, uma prévia determinação fática de qualidade, segundo um curso procedimental bastante exigente quanto à tutela dos direitos e garantias fundamentais.⁴⁴

O que, no fundo, sempre remete à questão primordial dos “fundamentos dos fundamentos” de cada um dos sistemas processuais penais, sua repercussão quanto às limitações de acesso ao conhecimento sobre o caso penal e, acima de tudo, por um necessário giro cultural dos agentes públicos da justiça criminal.⁴⁵

É o tipo de coisa que não se opera somente com uma alteração legislativa; demanda algo maior, no plano da “racionalidade jurídica”, que constanja as “instituições e seus membros a mudar mentalidades e atuar nos marcos condizentes com as aspirações democráticas tão caras à região”.⁴⁶

Nesse contexto, portanto, é que se deve buscar um modelo de raciocínio jurídico investigativo criminal que seja epistemologicamente orientado e democraticamente fundado, tudo com vistas à máxima redução possível do caráter abusivo do poder punitivo em consonância com os limites próprios de um Estado de Direito.

1.7. DISPENSABILIDADE?

A doutrina costuma afirmar que o inquérito policial seria um procedimento **dispensável**, isto é, prescindível, uma vez que não constitui pressuposto necessário ao exercício da ação.⁴⁷ Isso porque a justa causa processual penal, tipicamente uma condição da ação, poderia ser obtida por meio de outros instrumentos de apuração prévia⁴⁸. Ex.:

⁴³ MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. *A Prova Penal precisa passar por uma Filtragem Epistêmica*. São Paulo: Consultor Jurídico, 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>>. Acesso em: 14.01.2020.

⁴⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. En Materia de Prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, v. 1, p. 75-102, 2020, p. 78.

⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Para entender standards probatórios a partir do salto com vara: um complemento...*

⁴⁶ PRADO, Geraldo. Prólogo. In: POSTIGO, Leonel González. *Pensar na Reforma Judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 10-11.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 02 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 114-115.

⁴⁸ O lastro probatório exigido do órgão de acusação para o exercício da ação processual penal pode derivar de sindicâncias preparatórias, procedimentos administrativos disciplinares, inquéritos poli-

CAPÍTULO 6 – JUIZ DE GARANTIAS⁵³³

6.1. INTRODUÇÃO

A necessidade de reforma do sistema processual penal brasileiro para a instituição do “juízo de garantias” constitui um reclame antigo de parcela bastante respeitável da doutrina.⁵³⁴ Um tema, aliás, presente nas análises de direito comparado, inclusive do próprio continente latino-americano,⁵³⁵ bem como extraído a partir de precedentes importantes de cortes estrangeiras (ex.: italiana e espanhola) e internacionais (ex.: Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH⁵³⁶)⁵³⁷ em torno da necessária imparcialidade judicial.

Não custa lembrar que inúmeros códigos de processo penal mundo afora possuem regras expressas justamente nesse viés de separação entre os órgãos jurisdicionais de controle da investigação preliminar e de julgamento do caso penal com vistas à máxima imparcialidade possível. Cite-se, apenas a título de exemplo, a legislação chilena, que dispõe expressamente a respeito do chamado “*juez de garantía*” em contraposição ao “*miembro del tribunal de juicio oral*”.⁵³⁸ Similitudes, ainda, podem ser encontradas nos ordenamentos italiano (“*giudice per le indagini preliminari*”)⁵³⁹ e português (“juiz da ins-

⁵³³ Todos os dispositivos atinentes ao “juiz das garantias” tiveram eficácia suspensa por decisões liminares do Supremo Tribunal Federal (STF - Min. Dias Toffoli - ADI/MC 6298 6299 6300/DF - j. em 15.01.2020 e STF - Min. Luiz Fux - ADI/MC 6298 6299 6300 e 6305/DF - j. em 22.01.2020).

⁵³⁴ Nessa linha: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal...*; LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵³⁵ MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan-abr 2018.

⁵³⁶ Caso Piersack vs. Bélgica (1982) e Caso De Cubber vs. Bélgica (1984).

⁵³⁷ “Do panorama geral dado pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...) aos panoramas específicos do Tribunal Constitucional da Espanha, onde vige o princípio de que *el juez que instruye no puede juzgar*, e da Corte Constitucional da Itália, em que predomina o entendimento – aliás consoante previsão legal – de que o exercício sucessivo de atuações jurisdicionais por um mesmo juiz em diferentes fases de um único procedimento penal é caso de incompatibilidade, depreende-se a relevância da questão sob análise e os efeitos daí decorrentes no que os italianos denominam de *giusto proceso*” (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias...*, p. 237).

⁵³⁸ O art. 70 do CPP Chileno (Ley n. 19.696/2000) estabelece que “el juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución”. Ademais, a Lei de Organização Judiciária do Chile prevê que ficam impedidos de atuar no juízo oral (órgão de julgamento do caso) aqueles magistrados que já funcionaram, no mesmo procedimento, como juiz de garantias (art. 195, inciso 3º, do Código Orgánico de Tribunales - Ley n. 7.421/1943).

⁵³⁹ A reforma italiana de 1989 acabou com a figura do “*giudice istruttore*” / juiz da instrução, o qual é substituído pelo “*giudice per le indagini preliminari*” / juiz para as investigações preliminares (art. 328 do CPP), que, por sua vez, não se confunde com aquele órgão próprio de julgamento do caso. A propósito, o art. 34.2-bis do CPP Italiano traz regra expressa de incompatibilidade judicial, *in verbis*: “il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l’udienza preliminare; inoltre, anche fuori

trução”)⁵⁴⁰. Isso sem falar nas legislações francesa (“*juge des libertés et de la détention*”)⁵⁴¹, paraguaia (“*juez de garantías y del control de la investigación*”)⁵⁴² e colombiana (“*función de control de garantías*”)⁵⁴³.

Nessa linha, ressalta o professor lusitano Sousa Mendes que, no tocante à competência funcional, há de se “intervir no processo pelo menos dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase de julgamento”, sem o que restaria prejudicada a garantia da independência judicial.⁵⁴⁴ Um modelo, diga-se de passagem, completamente ignorado pelo autoritário CPP brasileiro de 1940, ao menos até a reforma (parcial) de 2019.

Por aqui, antes da Lei n. 13.964/2019, que previu o “juiz das garantias”, a lógica processual era justamente em sentido contrário ao da separação dos órgãos jurisdicionais. Imperava a regra inquisitória de antecipação do juízo penal competente para o julgamento do caso pela via da prevenção em relação aos atos jurisdicionais decisórios levados a cabo na fase de investigação preliminar.

O que se tem, portanto, com o juízo de garantias está para além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária. Trata-se, sem qualquer exagero, de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático.⁵⁴⁵ A mudança, no entanto, para que seja efetiva demanda uma profunda alteração do “próprio ‘modo-de-ser’ do juiz”⁵⁴⁶. Enfim, uma exigência de real transformação quanto à cultura jurisdicional.

dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio”.

⁵⁴⁰ O CPP Português, em seu art. 17, disciplina a competência do “juiz de instrução”, a qual não se confunde com a do “juiz de julgamento”. Aliás, o art. 40 do Código lusitano, em que pese controvérsias, reza que nenhum juiz pode participar “no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.

⁵⁴¹ A Lei n. 516/2000 (“*Loi 2000-516*”), de 15 de junho de 2000, em seus arts. 48 a 56, dispôs sobre o chamado “*juge des libertés et de la détention*” (“juiz das liberdades e da detenção”), cujo regramento foi inserido no *Code de Procédura Penale*. Nesse sentido, dentre outros tantos dispositivos criados ou modificados no CPP francês, a nova redação do art. 137-1 passou a prever que a prisão preventiva é ordenada ou prorrogada pelo juiz de liberdade e detenção, o qual, por sua vez, não pode, sob pena de nulidade, participar do julgamento dos respectivos casos criminais.

⁵⁴² O art. 42 do CPP Paraguai (Ley n. 1286/1998) estabelece que “los jueces penales serán competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación”, os quais não se confundem com “los tribunales de sentencia” (art. 41 do CPP).

⁵⁴³ É o que dispõe o art. 39 do CPP Colombiano (Ley n. 906/2004) com redação alterada pela Lei n. 1453/2011: “La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo”. De modo semelhante, a previsão constitucional: “El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función” (art. 250).

⁵⁴⁴ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 111.

⁵⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias – um nascituro estigmatizado..., p. 305.

⁵⁴⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica do direito brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 147.

6.2. IMPARCIALIDADE JUDICIAL

Na linha de uma estrutura processual acusatória, estabeleceu-se a figura do “juiz das garantias”, bem como duas vedações expressas ao órgão judicial no modelo brasileiro reformado pela Lei n. 13.964/2019, quais sejam, a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória da acusação (art. 3º-A do CPP).

Essas duas limitações têm relação direta com a garantia maior de imparcialidade do juízo⁵⁴⁷ e, por via reflexa, de separação das funções no sistema de persecução criminal, em especial no campo instrutório. O desenho processual acusatório impõe ao juiz um modo de atuação diferente e lhe reserva um lugar distinto daquele consagrado historicamente pelo modelo inquisitório. Ao julgador, enquanto árbitro de responsabilidade criminal, fica designado o lugar de terceiro imparcial.⁵⁴⁸

Por consequência, segundo o princípio acusatório, deve o juiz conhecer do caso penal a partir das provas apresentadas pelas partes, e não ele mesmo assumir a posição de investigador ou acusador. A outorga de iniciativa probatória ou investigativa ao órgão responsável pelo julgamento é um dos principais mecanismos de violação à imparcialidade judicial. Não há devido processo legal sem mecanismos que visem garantir ao máximo a originalidade cognitiva (possível) do julgador. Frise-se: um juiz com poderes investigativos ou iniciativa probatória é um sujeito fora de seu lugar imparcial, ao menos em uma arquitetura processual de base acusatória (ou adversarial).

6.3. COMPETÊNCIA

O juiz das garantias tem por objetivo central o “controle da legalidade da investigação criminal” e a “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 3º-B, *caput*, do CPP).

Segundo Casara, o juiz das garantias pode ser definido como o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual”.⁵⁴⁹

Em síntese, uma posição constitucional do órgão jurisdicional na etapa investigativa

⁵⁴⁷ “A modificação legal — em consonância com o que se faz no mundo ocidental — tem o condão de proteger a imparcialidade do magistrado que instrui e decide o processo, separando definitivamente quem acusa de quem julga, restabelecendo o equilíbrio entre defesa e acusação no processo criminal” (BELLO, Ney. *Juiz das garantias: avanço necessário!* São Paulo: Consultor Jurídico, 03 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>>. Acesso em: 04.01.2020).

⁵⁴⁸ Sobre a reserva ao magistrado, à luz do princípio acusatório, da função jurisdicional, excluindo-o da iniciativa processual e de qualquer poder investigatório, em respeito à máxima imparcialidade do órgão julgador, também em decorrência da presunção de inocência (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 03 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 216).

⁵⁴⁹ CASARA, Rubens R. R.. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1..., p. 170.

CAPÍTULO 10 – PROPOSTAS (ENSAÍSTICAS) DE REFORMA DO INQUÉRITO POLICIAL

10.1. INTRODUÇÃO

O vertente capítulo tem como objetivo reunir algumas das ideias centrais, já mencionadas ao longo deste trabalho, sobre a necessidade de reforma do procedimento do inquérito policial no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se trata, contudo, de um projeto em sua versão final, mas, apenas e tão-somente, de uma formulação ensaística na tentativa de qualificação dos debates nessa área, sempre visando um caráter de maior racionalidade democrática possível do sistema de persecução criminal.

10.2. LINHAS GERAIS

O inquérito policial, enquanto procedimento de investigação preliminar, compreende ao menos três **momentos fundamentais**: instauração, desenvolvimento e conclusão (indiciária) a respeito do caso penal. Ao contrário daqueles que entendem irrelevante do ponto de vista jurídico a “ordem procedimental”,⁷⁶² parece-nos que uma investigação preliminar democrática também deve ser regida por uma “sequência de normas, de atos e de posições subjetivas”⁷⁶³, muito embora sem a mesma conotação estrita da fase processual penal.

A preocupação com a forma⁷⁶⁴, e não com o mero formalismo burocrático, surge como garantia e condição de legitimidade procedimental em um sistema de justiça criminal desenvolvido a partir do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, formulou-se a seguir uma proposta a respeito das linhas gerais de um novo procedimento policial de investigação preliminar. Trata-se, no fundo, de uma **construção ensaística** sobre uma possível reforma estrutural quanto ao rito estabelecido para o inquérito policial.

As ideias, absolutamente iniciais, são colocadas à disposição dos leitores para o debate público na expectativa de nutrir caminhos concretos ao estabelecimento de outro paradigma investigativo preliminar policial no processo penal brasileiro que seja, ao mesmo tempo, efetivo (no que diz respeito ao controle das violências na gestão da conflitividade social⁷⁶⁵) e humanitário (no sentido de limitador do exercício do poder punitivo

⁷⁶² Cite-se, *v.g.*, GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal...*, p. 103.

⁷⁶³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 108.

⁷⁶⁴ Não há que se confundir *forma (devida)* com *formalismo (burocrático)*. A primeira deve ser vista como garantia democrática para o controle do poder, especialmente no campo penal. Já o segundo tem funcionado historicamente como técnica inquisitória para o exercício sub-reptício do poder (e da violência) com ares de legitimidade democrática.

⁷⁶⁵ BINDER, Alberto M.. La Política Criminal en el Marco de las Políticas Públicas. Bases para el Análisis Político-Criminal. *Revista de Estudios de La Justicia*. Santiago/Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n. 12, p. 213-229, 2010.

e das nefastas consequências à subjetividade).

10.3. O INÍCIO: filtro de admissibilidade da notícia-crime

A instauração do inquérito policial representa uma fase inicial de admissibilidade da notícia-crime pelo órgão de investigação conforme juízo de possibilidade delitiva e apuração preliminar no caso concreto, sempre em conformidade com a política estatal de persecução criminal em vigor.

Essa etapa é marcada pelos seguintes atos: apresentação da notícia-crime, verificação preambular das informações e decisão de recebimento ou rejeição da comunicação supostamente delitiva. Por óbvio, essa decisão do órgão diretivo da investigação, que rompe com o mito da obrigatoriedade da persecução penal⁷⁶⁶, deve ser fundamentada e submetida a controle, inclusive externo (pelo MP).

O juízo de possibilidade delitiva e apuração preliminar, em questão, deve ser aferido em dois planos distintos: **punitivo abstrato** e **investigativo operacional**. A possibilidade (ou condição aparente) de incriminação e punição em relação a certa notícia-crime deve ser analisada quanto às estruturas legais necessárias para o exercício do poder punitivo (tipicidade, ilicitude/antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade), bem como a viabilidade concreta de apuração naquele caso diante das informações apresentadas e dos instrumentos disponíveis à persecução criminal.

Em outras palavras, se presente manifesta causa excludente de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, inexistente justo motivo para a instauração do inquérito policial.⁷⁶⁷ De modo semelhante, quando a notícia-crime oferecida, mesmo após diligências

⁷⁶⁶ “(...) há de se reconhecer a necessidade de se estabelecer e oficializar um instrumento prévio e anterior ao inquérito policial para as situações que, antes mesmo da abertura de inquérito policial, devem ser melhor avaliadas. Evidente que não é nada razoável que toda e qualquer notícia-crime possa resultar na abertura de inquérito policial. Tal como ocorre com a ‘notícia de fato criminal’ em relação ao Ministério Público (artigo 3, parágrafo quinto, da Resolução 13/2006 do CNMP) como antecedente à abertura de ‘procedimento de investigação criminal’, precisa-se de algo semelhante aplicável à realidade policial. Tomando o caminho já sinalizado pelo artigo 5º, parágrafo terceiro, do CPP (“*esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito*) e pelo artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei 12.830/2013 (“*outro procedimento previsto em lei*”), não é razoável que a autoridade policial apenas disponha do inquérito ou da inoficiosa juntada de papéis e documentos sem número e autuação para a verificação preliminar de informações sobre um fato criminoso” (BERCLAZ, Márcio. *É preciso repensar a investigação preliminar criminal no Brasil*. São Paulo: Justificando, 07 ago. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/07/e-preciso-repensar-investigacao-preliminar-criminal-no-brasil/>>. Acesso em: 30.04.2018).

⁷⁶⁷ CNPP Mexicano. Artículo 221. “(...) El Ministerio Público podrá aplicar el criterio de oportunidad en los casos previstos por las disposiciones legales aplicables o no iniciar investigación cuando resulte evidente que no hay delito que perseguir. Las decisiones del Ministerio Público serán impugnables en los términos que prevé este Código”. Artículo 253. Facultad de abstenerse de investigar. “El Ministerio Público podrá abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada”. “CPP Chileno. Artículo 168. Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los

preambulares, não oferecer condições necessárias para o estabelecimento de uma linha investigativa concreta e condizente com o plano político criminal vigente, torna-se inútil a formal instauração de um procedimento, uma vez que natimorto.⁷⁶⁸

Logo, em ambas as situações, a decisão será de indeferimento da notícia-crime, porém com efeitos distintos. A primeira inviabiliza a instauração, a qualquer tempo, de investigação preliminar na espécie, uma vez que não se trata a rigor de notícia-crime punível, tendo em vista que o fato narrado não reúne os pressupostos legais para a incidência sequer em tese do poder punitivo estatal. Já a segunda é tipicamente provisória, orientada pela cláusula “*rebus sic stantibus*”, sendo possível a instauração futura de inquérito policial a partir daquele mesmo caso, desde que presentes novos elementos de informação, que tornem viável o estabelecimento de uma linha investigativa concreta e segundo a política persecutória criminal estabelecida para aquele período.

Em se tratando de notícia-crime privada, o interessado deveria ser regularmente cientificado da decisão de indeferimento, bem como da contagem do prazo (ex.: 10 dias) para interposição de eventual recurso administrativo ao órgão hierarquicamente superior à autoridade prolatora da decisão. Em se tratando de notícia-crime por requisição ministerial, o membro do MP seria igualmente cientificado da decisão de indeferimento, tendo a possibilidade de remeter o caso à autoridade imediatamente superior àquela impugnada para deliberação (interna) ou, então, providenciar investigação própria subsidiária.

O indeferimento da notícia-crime ministerial apenas poderia ocorrer quando ficasse comprovado, de plano, a ilegalidade na requisição para instauração do procedimento investigatório preliminar (ex.: flagrante atipicidade).

Registre-se que, em ambas as hipóteses, notícia-crime privada ou ministerial, a não instauração de inquérito policial por mera liberalidade do delegado de polícia, isto é, sem qualquer fundamentação plausível, configuraria um ato ilícito passível de eventual responsabilidade civil, administrativa ou criminal.

O recebimento da notícia-crime, por sua vez, depende de juízo afirmativo quanto à possibilidade delitiva e apuração preliminar na espécie, o que formalizado mediante portaria inicial lavrada pelo delegado de polícia com atribuição investigativa para aquele caso penal. Na portaria deverá constar obrigatoriamente o resumo da notícia-crime, a

antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.”

⁷⁶⁸ CNPP Mexicano. Artículo 254. Archivo temporal. “El Ministerio Público podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en fase inicial en las que no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen a la investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal”.

CPP Chileno. Artículo 167. Archivo provisional. “En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional. La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público.

identificação do órgão investigativo e as providências iniciais que marcam a fase seguinte do procedimento, qual seja, a etapa de instrução.

10.4. O DESENVOLVIMENTO: cognição instrutória limitada e relativamente participativa

A fase instrutória é composta basicamente por atos de investigação⁷⁶⁹, os quais, muito embora não sejam atos de prova, seguem disciplina legal equivalente no tocante às regras de nulidade. Registre-se que o desenvolvimento dessa instrução preliminar, própria do inquérito policial, busca reunir elementos informativos suficientes à conclusão indiciária (positiva ou negativa) do caso pelo delegado de polícia e, conseqüentemente, à análise de justa causa para a propositura (ou não) de ação penal pelo legitimado processual ativo (*opinio delicti* pública ou privada). Frise-se, portanto, que a cognição por aqui, tanto no plano quantitativo como qualitativo, em níveis horizontal e vertical, é sempre limitada⁷⁷⁰.

Os atos de investigação podem incluir oitivas de testemunhas, declarações de vítimas, reconhecimentos de pessoas e coisas etc, inexistindo ordem previamente estabelecida de produção, exceto no tocante ao interrogatório do imputado. Esse ato deve necessariamente ser o último da fase instrutória. Isso porque, além do seu caráter informativo (ato de investigação), configura meio de defesa no inquérito policial⁷⁷¹.

Assim, deve ser garantido ao imputado, nos termos de uma “investigação limpa”, o direito à ciência e manifestação a respeito do conteúdo integral da investigação, na certeza de que nenhum outro elemento informativo será produzido ou considerado pelo delegado de polícia em suas conclusões sem prévia oportunidade de manifestação do suspeito.

⁷⁶⁹ Em que pese a discussão sobre a existência de atos probatórios excepcionais no inquérito policial, o procedimento de investigação preliminar é formado, em regra, por atos de investigação, os quais não devem ser valorados como prova na sentença penal condenatória, e sim como elementos informativos de justa causa para a ação processual penal (além de medidas cautelares, reais ou pessoais, adotadas durante a etapa preliminar).

⁷⁷⁰ O inquérito policial constitui-se em procedimento de instrução preliminar no campo do processo penal, e não um “fim em si”. Logo, a considerar o seu caráter instrumental/preparatório, a cognição deste procedimento apresenta-se como restrita (“não exauriente”), mesmo porque tem por finalidade um juízo de probabilidade, e não de certeza, a respeito da materialidade e da autoria criminal. Nesse sentido, o conhecimento a ser produzido, tanto no plano quantitativo como qualitativo, em níveis horizontal e vertical, deve ser limitado. Cf., por todos, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal...*, p. 169-183; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sumarização da Investigação Preliminar Brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial...*, p. 81-95.

⁷⁷¹ No tocante à necessidade de reforma do procedimento de investigação, destaca Roxin que “el imputado debería ser informado tan pronto como sea posible de las investigaciones y de los motivos de sospecha que existen en su contra. Tanto el imputado como el defensor deberían tener el derecho a estar presentes en todas las declaraciones realizadas en el procedimiento de investigación. El derecho a examinar los autos del defensor durante el procedimiento de investigación debería ser aumentado. Los requerimientos de investigación del imputado y de su defensor deberían poder ser rechazados, también en el procedimiento preliminar, sólo por determinados motivos que deben estar mencionados en la ley; frente a ello, debería perverse una comprobación ulterior por el juez de la investigación (Schreiber, 1992) (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 01 ed. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 334).