

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: o princípio da prévia investigação criminal

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL: considerações preambulares

A investigação criminal no Brasil, prevista constitucionalmente no art. 144, encontra-se regulada no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) e em legislação especial esparsa, dentre as quais a recente Lei nº 12.830/2013, que veio a disciplinar a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

O presente tema encontra-se em bastante voga no país, em acirrados ânimos, mormente no tocante à participação do Ministério Público na fase preliminar do processo penal, em especial por conta de recente debate legislativo, e que depois terminou sendo apequenado em manifestações populares e midiáticas desprovidas de fundamentação científica, em torno da Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que previa a exclusividade da investigação criminal pela Polícia Judiciária, ora arquivada pelo Congresso Nacional.

O objeto de nosso pequeno estudo, no entanto, para além da discussão acerca de o Ministério Público poder, ou não, realizar diretamente investigações criminais, assunto que vem sendo objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, em especial no RHC 97.926¹, centra-se na discussão preliminar da própria investigação criminal, em especial, quanto a sua função no processo penal brasileiro, aos princípios a ela aplicáveis, em conformidade com a Constituição Federal de 1988, e, por consequência, a sua exigência constitucional e legal para o exercício da Ação Penal.

Para alcançar as conclusões que preenchem o último tópico, norteiam este ensaio alguma pesquisa bibliográfica e nossa experiência profissional de já quase uma década à frente de investigações criminais, na presidência de Inquéritos Policiais em diferentes regiões do Brasil e na coordenação de operações policiais de caráter local e nacional.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUA FUNÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antes de mais nada, por uma questão principiológica, é preciso compreender a natureza das cousas antes que se possa falar sobre elas. Entendemos, assim, que a investigação criminal, em sentido amplo, é toda e qualquer atividade de pesquisa por vestígios

¹ CANÁRIO, Pedro. MP pode investigar, mas com limites, diz Gilmar Mendes. Revista Consultor Jurídico, 10 out. 2013.

de algo ocorrido, desde que por algo se entenda uma conduta ilícito-típica que se teve notícia.

Dentro dessa conceituação mais ampla, a investigação criminal pode ser realizada por qualquer pessoa, por qualquer indivíduo ou até mesmo por animais, como é o caso dos cães farejadores. Não há, assim, qualquer dificuldade em se compreender que pesquisar vestígios é algo natural, informal e importante.

Ocorre que, quando falamos de investigação criminal neste estudo, não nos referimos a uma qualquer busca por elementos que possam servir para a reconstrução de um fato pretérito, mas sim de um procedimento de natureza instrumental, social, estatal e que, no Brasil, em regra, é policial ou judicialiforme², podendo, ainda, se apresentar como administrativo, previsto em legislação, exigível e com finalidade específica.

Dizemos que a investigação criminal estatal, policial ou judicialiforme tem natureza instrumental porque não é um fim em si mesma. Não se inicia, não pode ser iniciada, sem que haja, ainda que minimamente, aparência de crime ocorrido. Nesse sentido, o art. 5º, §3º, do Código de Processo Penal aponta que a qualquer do povo poderá comunicar a existência de infração penal à autoridade policial, cabendo a esta, antes de instaurar inquérito, verificar a procedência das informações.

Outrossim, havendo notícia de crime constatado, entendido como fato típico, antijurídico e culpável, ou pelo menos com mínima aparência de subsunção da conduta à norma penal, independentemente de ter sido imputada a autoria a alguém, o inquérito deve ser iniciado de ofício, ou seja, sem qualquer provocação de terceiros.

A natureza social da investigação criminal estatal pode ser delineada a partir do disposto no art. 144, da Constituição Federal de 1988, quando afirma que *“a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”*.

É que a investigação criminal formal, enquanto monopólio estatal por meio de inquérito policial, apresenta-se como uma importante faceta da Segurança Pública, na medida

² Não se desconhece a doutrina que entende que o procedimento judicialiforme é aquele que vigia na redação original do Código de Processo Penal (art. 26), ao dispor que o processo das contravenções penais poderia ser iniciado por portaria do delegado de polícia ou por auto de prisão em flagrante. Outrossim, entendemos que, por força do Art. 5º, LIV e LV, da CF/88, que dispõem que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*, bem como da própria sistemática do vigente Código de Processo Penal, onde se encontra disciplinado, o Inquérito Policial integra fase preliminar do processo penal, já sendo, portanto, processo.

em que subsidia o Estado-Juiz para o pleno exercício da jurisdição penal e consequente busca (sempiterna) pela paz social e jurídica. Esta somente pode ser alcançada quando o Poder Judiciário, direta ou indiretamente, manifesta-se quanto ao conteúdo das condutas que violaram as regras de bom convívio social e aplica punição ou absolve o violador das regras, com supedâneo nas regras informadas pelo princípio da legalidade.

Ao contrário, em se permitindo que vítimas e familiares permaneçam desamparados de proteção, conforme compromisso assumido no pacto social³, é possível vislumbrar como consequência imediata grave afetação social, onde cidadãos, em decorrência de tal omissão estatal, podem vir a sentirem-se compelidos a fazer justiça com as próprias mãos, em perigoso retorno ao estado de natureza hobbesiano⁴.

Quanto à natureza estatal da investigação criminal formal, refere-se ao fato de que a investigação criminal prevista em legislação não compete ao particular, como um múnus, sendo aquela exercida, em regra, pela polícia judiciária (estadual, federal ou militar), ou, excepcionalmente⁵, de maneira atípica ou acidental⁶, por outras autoridades administrativas, visando a solução de seus conflitos internos, como sói ocorrer em sindicâncias, procedimentos administrativos e em processos de fiscalização em geral.

Referido procedimento, assim, quando realizado pela polícia judiciária tem natureza policial ou judicialiforme, por suas características especiais e específicas, que se diferem enormemente das investigações acidentais dos demais órgãos da Administração Pública, que tem apenas o dever de comunicar notícias de crimes que chegam a seu conhecimento em decorrência de sua atividade fim, que obviamente não é a investigação de crimes.

Além, disso verifica-se claramente que quando formalizada em Inquérito Policial, presidido por delegado de polícia, no exercício de função de polícia judiciária, a investigação criminal aparece como primeira fase do processo penal, com necessária intervenção judicial e

³ ROSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social, 2007.

⁴ HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil, 2003.

⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de processo penal, 2009, p. 45.

⁶ “[...] são as investigações não criminais produzidas por órgãos públicos, mas, durante as apurações, acidentalmente, deparam com crimes e por dever de ofício estão obrigados a comunicá-los as autoridades persecutórias, vg.: juízes criminais e não criminais, CPI, Coaf, Banco Central, INSS, SRF, Lei de Falência, procedimentos administrativos disciplinares, também, inclui-se as diligências de cunho investigatórios do MP, visando complementar a investigação policial e instruir a ação penal, na instrução definitiva”. (SANTOS, Célio Jacinto. Temas sobre o poder investigatório do Ministério Público. Revista Consultor Jurídico, 11. jan. 2006)

do Ministério Público⁷, este último ora como *custus legis* (no curso da investigação preliminar), ora como órgão de acusação (após o relatório conclusivo do delegado de polícia), que tem como principais objetivos: realizar a Segurança Pública (art. 144, da CF/88), por meio do esclarecimento de um fato ilícito-típico noticiado; auxiliar o Poder Judiciário na função de dizer (e realizar) o direito no caso concreto, dentro da esfera jurídico-penal, seja para homologar o arquivamento, seja para receber a denúncia, ambos promovidos pelo Ministério Público após prévia e necessária investigação criminal, sendo que, em ambos os casos, tais objetivos convergem para o fim último e maior de promover a pacificação social e jurídica, mediante respeito aos direitos humanos, liberdades fundamentais e dignidade humana⁸.

A investigação criminal no Brasil que, em regra, é realizada dentro do Inquérito Policial, visa, assim, a dar garantias à sociedade e ao investigado de que a coleta de elementos para o esclarecimento da verdade material e processualmente possível, encontra-se perfeitamente alinhada com a ordem jurídico-constitucional, em especial com o princípio da legalidade, de modo que, apenas e tão-somente, aqueles indivíduos que, efetivamente, tenham violado de forma grave regras cogentes de conduta com forte repercussão em bens jurídicos relevantes, possam vir a ser submetidos ao constrangimento da fase judicial do processo penal.

A investigação criminal não serve unicamente para desvendar o crime e seu autor, mas também para afirmar que não existiu crime. Conforme exposição de motivos do CPP, de 1941, referindo-se ao inquérito policial, "*é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos*", um verdadeiro filtro processual a serviço da Justiça.

O fim da investigação criminal, portanto, não é subsidiar o Ministério Público, não é preparar a ação penal, como tornou-se comum afirmar⁹, mas a busca da verdade material processualmente possível (aquela que pode ser provada nos autos) em grau de

⁷ Entendemos que a necessária intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público no curso do Inquérito Policial é uma das suas principais características, dentre as quais implica a profunda distinção que possui com um "mero procedimento administrativo" tipicamente praticado pelos demais órgãos da Administração Pública na solução de conflitos internos, com o qual não se confunde, seja quanto aos objetivos endógenos, exógenos, modo de instrumentalização e verticalidade da apuração, seja quanto às consequências jurídicas, em especial pelas ingerências em liberdades constitucionais.

⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial, 2012.

⁹CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais, 2007, p. 60-61.

probabilidade¹⁰. Em verdade, é mais um dos instrumentos constitucionais de auxílio do Poder Judiciário no exercício da jurisdição, seja condenando, seja absolvendo, seja não recebendo a denúncia, nos termos do CPP 395.

A ação penal adentra no meio do caminho, instrumentalizando, perante o juiz competente, o que a notícia-crime se transformou a partir da investigação criminal, tenha esta se materializado após inquérito, representação criminal ou mesmo mediante peças de informação, mas apenas na hipótese de que tenha alcançado autoria e materialidade delitiva, com todas as suas circunstâncias. A ação penal, entendida como consequência do recebimento da peça acusatória pelo Poder Judiciário, assim, é (ou deveria ser) a exceção, cuja regra é a investigação criminal.

Não é possível haver, matematicamente, mais investigação criminal que notícia de crimes, mais ação penal que investigação criminal, assim como mais julgamento que ação penal.

Em face da relação de pressuposto e consequente que possuem entre si as duas fases do processo penal - estando previsto o arquivamento da notícia de crime, do inquérito policial e o não recebimento da denúncia, bem como hipóteses de absolvição ou condenação, sempre secundados pelos princípios da ampla defesa e do contraditório - razoável concluir ser esperado que, em razão de tantos filtros democraticamente criados, sempre haja maior número de investigações, que de denúncias e destas que de condenações.

O fato é que se todas notícias de crime fossem desvendadas no curso da investigação criminal como "*não-crimes*", como fatos atípicos, como irrelevantes penais, não haveria necessidade de ação penal. Esta se tornaria, por um princípio de lógica aritmética, desnecessária, mera potência.

Daí porque razoável concluir que o pensamento que atribuiu ao Inquérito Policial a adjetivação de instrumento para o autor da ação penal não é válida sempre, podendo se tornar uma falácia, pois, a depender do contexto em que é utilizada.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À FASE PRELIMINAR DO PROCESSO PENAL

O art. 5º, LV, do Texto Constitucional de 1988 trouxe à lume a importante garantia

¹⁰ LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal, 2001, p. 54-55.

de contraditório e ampla defesa aos acusados em geral: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Ao tratar desse importante princípio na fase da investigação preliminar, CHOUKR nega que o indiciado em inquérito policial possa ter posição análoga à de acusado ¹¹ e continua criticando o instituto do indiciamento, classificando-o como “ato absolutamente desprovido de função na etapa preliminar, fruto não raras vezes do arbítrio de quem o tem em suas mãos de forma imediata, e quase sempre desmotivado”.

Manifesta, desse modo, mesmo diante do teor do art. 14, do Código de Processo Penal, seu entendimento de que a aplicabilidade do princípio depende de “que o suspeito tenha ciência dos atos de investigação e possa exercitar sua participação”¹²,

Discordando dessa posição, Lopes Jr. defende como totalmente aplicável à fase da investigação preliminar o art. 5º, LV, do Texto Constitucional, apontando que, nas suas palavras, a “confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria falar em procedimento)” ¹³ não pode ser motivo para deixar-se de aplicar o princípio. Aponta, nesse passo, que ao empregar “acusados em geral”, quis o legislador constituinte abranger todo e qualquer sujeito que sofra uma imputação em sentido amplo, sendo o ato de indiciamento um destes momentos.

A compreensão da matéria por parte de Lopes Jr., no entanto, mais à frente torna-se mais ortodoxa ao fazer a ressalva de que, por contraditório, entende apenas seu “primeiro momento, da informação”. E justifica alegando que “em sentido estrito, não pode existir contraditório no inquérito porque não existe relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo”¹⁴.

¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal, 2006. p.129.

¹² CHOUKR. *Op. cit.*, p. 130.

¹³ LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal, 2005. p. 240.

¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 241.

Nossa posição¹⁵ que já era a de aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar do processo, por ser coerente com a ideia de que a investigação criminal iniciada por inquérito policial é processo e, portanto, encontra-se abrangido pela garantia do art. 5º, LV, da CF/88, foi recentemente reforçada com a edição da Lei 12.830/2013, que veio a conformar o indiciamento aos preceitos constitucionais vigentes ao exigir, no seu art. 2º, §6º, que seja feito “*por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias*”.

Por óbvio que todos os atos administrativos, assim como as decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88) e as manifestações do Ministério Público (art. 129, VIII, da CF/88) devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade ou de anulação¹⁶. Ressalte-se que são requisitos ou elementos do ato administrativo: a) competência; b) forma; c) objeto lícito; d) motivação; e) finalidade, dispondo o art. 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei 4.717, de 1965, que “*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”. E assim deve ser porque o controle dos atos formais dos órgãos estatais somente pode ser feito se houver a devida fundamentação, compreendida como exposição transparente dos motivos pelos quais se chegou a determinada decisão.

Sendo o ato de indiciamento uma decisão interlocutória de imputação, mas também ato administrativo vinculado do delegado de polícia, dependente que é da existência de indícios de autoria, da materialidade e de suas circunstâncias para que seja materializado e produza efeitos no ordenamento jurídico-penal, e nunca discricionário, a ausência de fundamentação importa nulidade sanável pela via estreita do *writ* constitucional de *habeas corpus* (CF/88 5º, LXVIII c/c. CPP 647), uma vez que as medidas cautelares restritivas de liberdade, *ex vi* do CPP 312, tem como pressuposto a existência de indícios mínimos de autoria.

¹⁵ A bem da verdade, em estudo publicado em 2007, no primeiro volume da Revista Criminal, denominado “*Foro por prerrogativa de função: procedimentos no curso da investigação criminal preliminar*” (In: Revista Criminal - Ensaios sobre a atividade policial, ano 01, vol. 01, out./dez., 2007), entendíamos com a maioria da doutrina brasileira, que no inquérito policial não haveria acusado, decorrência lógica da compreensão de que aquele procedimento não seria processo. Atualmente, além desta mudança de posição, também passamos a entender que a relação processual penal não pode ser comparada à relação processual formado na esfera cível, como a maioria da doutrina processual brasileira ainda ensina em teoria geral do processo, uma vez que no processo penal, Juiz, Ministério Público e Delegado de Polícia são todos representantes de uma parte do poder do Estado de reagir à violação do ordenamento jurídico-penal. Há, assim, no processo penal, apenas Estado contra indivíduo, de modo que a figura jurídica de “parte” é-lhe de, sob certo aspecto, estranha e incompatível, ressalvada as hipóteses de ação penal privada e privada subsidiária da pública, decorrente de omissão do Estado-acusação.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 2011, p. 130.

Em verdade, com o advento do art. 2º, §6º, da Lei 12.830/2013, pode-se dizer que a própria fase da investigação criminal passa a ter oficialmente duas subfases, sendo a primeira de natureza inquisitorial, em regra, e a segunda, em regra, de natureza acusatória (ou tendente à acusatória). A primeira subfase da investigação criminal, assim, persiste até que seja formalizado o indiciamento do suspeito. A partir desse momento processual, o suspeito deixa referida condição jurídica e passa à condição de indiciado, com todos os direitos e deveres inerentes à nova situação processual.

Ao indiciado, e não ao investigado ou suspeito¹⁷, é que se aplicam as garantias constitucionais de contraditório e de ampla defesa previstas aos acusados em geral na Constituição Federal, inclusive as demais garantias processuais previstas na fase judicial e aplicáveis por analogia à fase preliminar, podendo não apenas ter direito à informação, como entende Lopes Jr., como também a de requerer diligências e a de ter ciência e participar dos atos que possam influenciar na formação da convicção do magistrado quanto à conduta ilícito-típica que contra si foi imputada.

Veja-se que, após a mini-reforma do CPP de 2008, em especial com a edição da Lei nº 11.690, de 2008, doravante o magistrado passou a poder decidir com bases nos elementos informativos colhidos durante a fase do inquérito policial, desde que cotejado com outros elementos probatórios produzidos em contraditório judicial, assim como poderá decidir com base, exclusivamente, nas provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis, conforme expressamente previsto no art. 155, do CPP.

Desse modo, parece-nos que a interpretação conforme a Constituição¹⁸ exige que não apenas sejam aplicados os princípios do contraditório e da ampla na fase do inquérito policial, em especial na subfase pós-indiciamento, “*dando-se a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais*”¹⁹, como é imprescindível que o indiciado possa ter defesa técnica após a decisão interlocutória de imputação²⁰ manifestada nos autos pelo delegado de polícia.

Assim, do mesmo modo que se exige a comunicação da prisão em flagrante delito

¹⁷ Em sentido contrário, entendendo que as garantias do indiciado de acesso prévio aos autos do Inquérito Policial abrangeriam todo aquele que não seja explicitamente intimado na condição de testemunha ou ofendido: HC nº 59.721-PR, Min. Rel. Hamilton Carvalhido, DJ 05 jun. 2006. (SOUSA, Stenio Santos. Foro por prerrogativa de função: procedimentos no curso da investigação criminal preliminar. Revista Criminal - Ensaios sobre a atividade policial, 2007, p. 25).

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2003. P. 1125-1226.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais, 2012. p. 329.

²⁰ LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 2013, p. 334-340.

do indiciado à defensoria pública, caso não possua advogado, e assim como, na fase judicial, exige-se a presença de advogado ou defensor constituído em todos os atos, sob pena de violação da garantia de defesa técnica, parece-nos que a garantia da ampla defesa exige que na fase preliminar do inquérito policial, caso o indiciado não compareça ao interrogatório ou caso compareça desprovido de defensor, no mínimo, deverá ser exigida a comunicação do indiciamento e do interrogatório à defensoria pública, estadual ou federal, para que, desde logo, tome as providências que entender pertinentes na defesa do indiciado.

Como corolário do direito ampla defesa, encontra-se ainda aquele que permite ao advogado “*entrevistar-se prévia e reservadamente com o imputado e formular as perguntas correspondentes*”²¹, conforme CPP 185, e o direito de ter amplo acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento de investigação, a fim de viabilizar o exercício daquele direito.

Aliás, sem sombra de dúvidas que o defensor constituído do indiciado tem direito de acesso aos autos do Inquérito Policial, podendo fazer anotações ou extrair cópias de tudo que interessar à defesa, desde que, é claro, já esteja carreado aos autos, nos estritos termos da Súmula Vinculante nº 14²², do Supremo Tribunal Federal, que realizou a interpretação do art. 7º, XIV²³, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), em consonância com o art. 20, do CPP, para reduzir-lhe o alcance ao interesse do representado no caso concreto, e não pelo simples fato de exercer a profissão de advogado, como permitia a interpretação literal do dispositivo legal acima mencionado.

Acrescente-se a estes o direito de “*argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário*”, conforme art. 396-A c/c. o art. 14, ambos do CPP.

Obviamente que na fase do inquérito, a autoridade policial tem o dever de

²¹ LOPES JR., 2005, p. 243.

²² “Acesso a Provas Documentadas em Procedimento Investigatório por Órgão com Competência de Polícia Judiciária - Direito de Defesa. 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.” (STF Súmula Vinculante nº 14 - PSV 1 - DJe nº 59/2009 - Tribunal Pleno de 02/02/2009 - DJe nº 26/2009, p. 1, em 9/2/2009 - DO de 9/2/2009, p. 1). (grifamos).

²³ Art. 7º São direitos do advogado: (*omissis*); XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; [...] (Lei 8.906, de 1994).

averiguar os fatos e imputar a autoria mas não necessariamente com grande profundidade, sob pena de correr o risco de substituir-se ao juiz e ao órgão do Ministério Público, em suas importantes funções na fase processual seguinte.

Daí porque o CPP 14 permite, sob determinado nível, que o delegado de polícia avalie a relevância das diligências requeridas pela defesa para os fins de alcançar os objetivos dessa primeira fase do processo, ou seja, para certificar-se quanto a existência de infração penal, como pressuposto primário, e indicação de seu autor, secundariamente.

Na mesma linha, ao entender que o inquérito policial integra o processo penal em sentido amplo, perfeitamente aplicável a esta fase processual o princípio da duração razoável do processo²⁴, incluído como garantia fundamental no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não mais sendo admissível investigações criminais *ad aeternum*.

Referido princípio constitucional foi recentemente concretizado ou reforçado no art. 2º, §4º, da Lei 12.830/2013, ao dispor sobre hipótese de avocação ou redistribuição de inquérito policial pelo superior hierárquico quando houver “*inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação*”²⁵.

Tem plena vigência nessa fase, o direito de petição e o de obter certidões, previstos no art. 5º, XXXIV, da CF/88, o direito à informação sobre conteúdo produzido desde que relacionados ao interesse particular, previsto no art. 5º, XXXIII, da CF/88, aplicável a todos que sejam chamados a atuar para a consecução de atos de investigação, a exemplo do direito da testemunha de obter cópia de seu próprio depoimento, desde que, por óbvio, não haja motivo a justificar o sigilo, devendo, nessa hipótese, a negativa ser devidamente fundamentada pela autoridade policial.

Aplicáveis também na fase do inquérito policial, por analogia à fase judicial do processo penal, as seguintes garantias fundamentais constantes do art. 5º, da CF/88: o direito de ser investigado criminalmente, em inquérito policial, unicamente por delegado de polícia e

²⁴ LOPES JR., 2013, p. 290-292.

²⁵ Sobre o §4º, do art. 2º, da Lei 12.830, de 2013, importante ainda anotar que traz importante garantia para a investigação preliminar ao tornar mais difícil a remoção do delegado de polícia que preside investigações criminais por meio de inquérito. É que, uma vez que a remoção implica, para os que atuam à frente de investigações criminais formalizadas, em redistribuição de inquéritos, a interpretação sistêmica entre os parágrafos 4º e 5º do art. 2º é obrigatória e a remoção somente pode ocorrer de forma fundamentada, motivada, e desde que, adicionalmente, haja interesse público ou desrespeito às regras procedimentais por parte da autoridade investigante, com prejuízo manifesto à eficácia da investigação. Ou seja, não se trata mais de ato discricionário do superior hierárquico.

por seus agentes, sem prejuízo de que lei em sentido estrito atribua referida função a outras autoridades (inciso LIII); o direito de não ser preso sem que tenham sido observadas as formalidades legais da prisão em flagrante ou sem que haja mandado judicial válido (inciso LIV); direito de ampla defesa e contraditório, ainda que com alguma mitigação, mas em especial na subfase do indiciamento (inciso LV); direito de não ser indiciado com fundamento em prova ilícita ou obtida por meio ilícito (inciso LVII).

Na fase da investigação criminal, portanto, devem aplicar-se todos os princípios vigentes na fase judicial do processo penal que não sejam com esta totalmente incompatíveis, ainda que de forma analógica, inclusive o princípio da imparcialidade do investigador, que não pode realizar investigação visando à colheita de elementos probatórios especificamente para a acusação ou para a defesa, mas sim ao esclarecimento dos fatos noticiados com todas as suas circunstâncias, e os de ampla defesa e contraditório, ainda que mitigados, não sendo razoável, portanto, a interpretação de que não sejam aplicáveis durante essa fase processual preliminar, diante da expressividade do Texto Constitucional vigente desde 5 de outubro de 1988.

4. O PRINCÍPIO DA PRÉVIA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O processo penal democrático, em sentido amplo, pressupõe a existência de garantias mínimas, obediência a princípios como os expostos em tópico pretérito, de modo que ao Estado está defeso alcançar a verdade material de qualquer maneira, a qualquer custo, mas apenas da forma processualmente válida, utilizando de meios e métodos legítimos, sob o manto da legalidade²⁶.

A investigação criminal, ao seu turno, pode ser entendida não apenas no seu sentido mais restrito como pesquisa de hipóteses fáticas²⁷, mas também, em sentido lato, quando abrange “*desde a notícia do crime até que a sentença transite em julgado, porque até este momento há presunção de inocência do suspeito e poderão aparecer novos elementos de provas*”²⁸ que tanto podem condenar quanto inocentar o suspeito.

Nesta fase histórica vivenciada, em pleno séc. XXI e tendo por supedâneo o modelo constitucional acusatório manifestado na opção do legislador constituinte, parece-nos

²⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo penal*, 2010, p. 21-22.

²⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*, 2010, p. 203-223.

²⁸ VALENTE, *Op. cit.*, 2010, p. 29-30.

que não apenas o juiz deve se manter inerte, passivo, não agindo de ofício visando à produção de elementos probatórios, mesmo na fase judicial do processo penal, como também não nos parece desejável que o órgão de acusação manifeste pretensão acusatória em momento processual inadequado, como se estivesse vigente o que Ferrajoli chamou de um processo penal de emergência²⁹.

A exigência do princípio constitucional de não culpabilidade e própria sistemática do vigente Código de Processo Penal pátrio, ao contrário, parece exigir que o órgão de acusação somente passe a buscar elementos de prova a partir da averiguação de existência de pelos menos dois critérios fundamentais, quais sejam: primeiro, estar convencido de que há indícios mínimos de autoria e certeza de materialidade quanto a uma conduta ilícito-típica noticiada, ainda que em grau de cognição sumária; segundo, uma vez que esteja convencido, apresente a peça acusatória para que a produção da prova seja feita na esfera adequada, ou seja, em contraditório judicial.

Entretantes, esse convencimento do órgão de acusação parece não se compactuar com a averiguação preliminar das circunstâncias da notícia do crime de forma direta, uma vez que, aparentemente, não há motivo para a ânsia quanto ao conhecimento dos fatos e para denunciar com pressa.

É que, ao contrário de outros ordenamentos constitucionais, onde houve opção pelo modelo de Juizado de Instrução ou naqueles onde o órgão de acusação integra o próprio Poder Judiciário, como ocorre em Portugal³⁰ e na Itália³¹, constituindo verdadeira “magistratura de pé”, o Brasil preferiu um modelo acusatório tendente para o misto³², todavia com características especiais que o aproximam do modelo de inspiração francesa³³, contudo ainda mais democráticas, uma vez que a separação material e não apenas formal de funções

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2010.

³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A fase preparatória do processo penal - tendências na Europa. O caso português*, 2002.

³¹ LOPES JR., 2001, p. 221.

³² Segundo Valente, “*o processo penal de natureza mista engloba o sistema inquisitório para toda a fase do processo que precede a audiência de julgamento*” que, em Portugal, “*é da competência do Ministério Público*”, sendo que “*o sistema acusatório fica destinado à fase de audiência do julgamento*”. (VALENTE, 2010, p. 60).

³³ O modelo de investigação de inspiração francesa, “*que distribui as competências de investigação pelas polícias e pelo Ministério Público e, principalmente, pelo juiz de instrução*” teria influenciado os países europeus, inclusive Portugal no período de 1976 e 1987. (VALENTE, 2010, p. 67).

ocorre desde a fase preliminar do processo penal³⁴, estando bem definidos os papéis não apenas de acusar, defender e julgar, mas também o de investigar, sendo o delegado de polícia o responsável pela direção das ações de investigação³⁵, conforme se verifica do art. 144, §1º, I e IV, e §4º, *ipsis litteris*:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

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

(*omissis*)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(*omissis*)

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

Referindo-se ao processo penal português, e após tecer crítica ao modelo lá adotado a partir de 1975, onde eram evidenciados “*desdobramento de protagonistas e ambiguidade de papéis*”³⁶, Anabela Rodrigues aponta que “*os traços essenciais de um processo penal que sirva, com a garantia de protecção dos direitos fundamentais*”³⁷ seriam reconhecidas na forma como se estrutura a partir de um “*modelo basicamente acusatório e na*

³⁴ “*A nossa tradição e cultura jurídica delimitam bem as funções de investigar e julgar, de polícia e judicatura. Do descobrimento até 1827 a polícia executava a atividade de investigação, neste ano, tal atribuição foi conferida ao Juiz de Paz, passando pelo Código de Processo Criminal de 1832, entretanto, em 1841, com a Lei 261, as atividades investigatórias retornaram às autoridades policiais, portanto, durou apenas 14 anos, sendo que em 1871, surgiu a Lei 2.033 e o Decreto 4.824 reafirmando às autoridades policiais as funções de investigação criminal, quando surgiu o Inquérito Policial, o mesmo ocorreu com o atual CPP de 1941 e subseqüentes projetos de reforma processual de Francisco de Assis Toledo, de José Frederico Marques, assim como o recente Projeto 4.209/2001, elaborado pela Comissão liderada por Ada Pellegrini Grinover*”. (SANTOS, *Op. cit.*)

³⁵ Com o advento da Lei 12.830/2013, o legislador ordinário ratificou uma vez mais a escolha pelo modelo de investigação policial no Brasil, no qual o delegado de polícia tem idêntica formação jurídica do membro do Ministério Público, mas onde não precisa se comprometer com a acusação, podendo, assim, buscar a verdade material de forma mais imparcial e isenta de paixões:

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

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

(*omissis*)

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

³⁶ RODRIGUES, *Op. Cit.* p. 9.

³⁷ *Idem, ibidem.*

adoção de um princípio da acusação, ou seja, na distinção material e não simplesmente formal, entre entidade que (dirige a) investiga(ção) e acusa e a entidade que procede ao julgamento”³⁸.

Por outro lado, o mesmo legislador constituinte no Brasil atribuiu ao Ministério Público a função de realizar a investigação cível, por meio de inquérito civil público e a ação civil pública, sendo que, na esfera penal, apenas reservou a ação penal pública, sendo omissos quanto a um eventual “inquérito penal público”³⁹.

Na mesma esteira, instituiu como função do *Parquet* a expedição de notificações “*nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*”; o exercício do controle externo da atividade policial, a requisição de “*diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*”, preceitos tais que , para alguns autores, seriam inibidores da atuação investigatória ministerial⁴⁰.

Nesse passo, ao atribuir às polícias federal e civis a apuração das infrações penais, ainda que sem exclusividade⁴¹, quis o legislador constituinte, segundo nossa ótica, dar paridade de armas entre a acusação e a defesa, ao mesmo tempo em que manifestou implicitamente o interesse em que o momento da produção dos elementos de prova deve ser buscado ao máximo no curso da fase judicial do processo penal, deixando-se à fase preliminar apenas o cotejo mínimo que permita averiguar a viabilidade do processo ou a necessidade do não-processo, obviamente sem prejuízo do contraditório também em relação

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Santos recorda quanto ao tema que “*todas as Emendas que visavam conferir atribuições de investigação criminal ao MP, na Constituinte de 1988, foram rejeitadas: 424, 945, 1025 etc, apesar do esforço do Constituinte Plínio Arruda Sampaio, Relator da Subcomissão de Reforma do Judiciário e Ministério Público, que também é oriundo do Ministério Público de São Paulo*” (SANTOS, *Op. cit.*) Atualmente as funções institucionais do Ministério Público estão previstas no Art. 129, da Constituição Federal. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem manifestado a tendência de que irá reconhecer a investigação criminal pelo MP, ainda que com limites e de forma subsidiária à investigação policial, sob o principal argumento de que não há vedação expressa, mas mera omissão.

⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Ministério Público e investigação criminal, 2004, p. 27-65.

⁴¹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo penal constitucional, 2004, p. 262.

aos elementos de prova que devam ser preliminarmente produzidos⁴².

À distinção do sistema anglo-saxônico⁴³, onde vige um sistema acusatório puro ou próximo disso, as partes tem amplos poderes de investigação, cabendo tanto a defesa quanto a acusação o ônus de provar as alegações feitas em juízo e no qual ao juízo importa apenas analisar as provas existentes nos autos, de forma objetiva⁴⁴, sem se preocupar em apontar nulidades de ofício, tarefa dos interessados na ação, no processo penal brasileiro, apenas a acusação tem o ônus de acusar, cabendo à defesa unicamente beneficiar-se da (ou suscitar a) dúvida *in judicio*.

Todavia, a fim de contrabalançar esses “poderes-deveres” da acusação é que optou o legislador constituinte por que o *onus probandi* fosse realizado no momento adequado, ou seja, quase que totalmente em contraditório judicial, e não em momento muito anterior, em fase preliminar, inquisitorial, sigilosa, sem contraditório e ampla defesa, e não buscando elementos para subsidiar juízo de acusação, quando ainda sequer se sabe se aquela deverá haver.

Em verdade, é exatamente dessa necessidade rotineira de buscar elementos para a reconstituição de fatos ocorridos com aparência de ilícito que exsurge a noção preliminar de que o Estado não pode acusar sem que possua ou esteja convencido da existência de indícios mínimos de autoria e de que ocorreu infração penal, com conseqüente violação do ordenamento jurídico-penal vigente.

Em crítica ao sistema acusatório puro, Mendes já apontava desde o século passado a necessidade de instrução prévia para angariar provas mínimas em investigações sérias para o fim de subsidiar o Juiz para o ato de julgar⁴⁵. Nesse passo, conclui Valente que “*a existência*

⁴² Não se defende aqui o contraditório pleno na fase da instrução ou investigação preliminar, como sói ocorrer na Itália, onde, segundo Jardim, “*a Corte Constitucional vem declarando a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal que negavam a ampla defesa na fase de instrução preliminar; tornando-a inteiramente regida pelos princípios do contraditório, o que dificulta muito a apuração das infrações penais*”. (JARDIM, Direito processual penal, p. 44).

⁴³ Anota-se dentro do sistema anglo-saxônico algumas distinções entre o modelo de persecução criminal adotado nos Estados Unidos da América e o sistema inglês: enquanto no sistema inglês “*é à polícia que compete a prossecução da fase preparatória do processo, uma vez que está especializada e vocacionada para a investigação criminal*” (VALENTE, *Op. cit.*, p. 63) e “*quem decide pela submissão de alguém a julgamento é o tribunal após um debate ora entre acusação, defesa e o público, e não a entidade que investigou, a polícia*” (*Idem, Ibidem*, p. 64), nos Estados Unidos há o Ministério Público “*detentor de latos poderes de oportunidade, mas não da tarefa de investigação, que, com base nas provas recolhidas pela polícia, terá de acusar ou não, competindo-lhe desta forma aduzir o material probatório da culpa do arguido detido e reclamar uma audiência preliminar*” (*Ibidem*, p. 64-65).

⁴⁴ VALENTE, 2010, p. 45-50.

⁴⁵ *Apud* VALENTE, 2010, p. 49.

*de muitas sentenças, concluídas pela dúvida, pela incerteza, não conduziam a um verdadeiro julgamento, mas sim a uma malograda decisão*⁴⁶.

Outrossim, desde que seja a materialização da investigação ocorrida, ou seja, inexistindo outra, o Inquérito Policial termina por se tornar indispensável à formação da *opinio delicti*. Tanto que o art. 12, do Código de Processo Penal afirma, *ipsis litteris*: "*O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra*".

Trata-se de dever legal que, a despeito de críticas, em especial no tocante a possível secundarização da fase judicial à fase preliminar⁴⁷, uma vez que os atos de investigação e os atos de provas produzidos poderiam contaminar o juízo, em prejuízo da defesa e, muitas vezes, sem que tenham sido respeitadas todas as regras processuais constitucionais, em especial os princípios de ampla defesa e contraditório, obriga a que os autos do Inquérito Policial ou de qualquer outra investigação criminal que tenha sido produzida, acompanhe a denúncia. No art. 12, do Código de Processo Penal, portanto, encontra-se implícito o princípio da prévia investigação criminal que ora nomeamos e cuidamos.

O direito de representação criminal pode ser exercido pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, autorizando o art. 39, do Código de Processo Penal que seja dirigida ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou à autoridade policial. Aquele artigo, outrossim, após estabelecer algumas regras procedimentais nos seus parágrafos 1º a 4º, no §5º, contém expressamente que o Ministério Público somente poderá dispensar o inquérito, "*se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias*".

Já no que concerne ao art. 46, do CPP, que prevê o prazo de 5 ou 15 dias para oferecimento da denúncia, conforme o indiciado esteja preso ou solto, prevê seu §1º que, na hipótese de dispensa do inquérito policial, o prazo para apresentar a peça acusatória passa a contar "*da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação*".

Vê-se, assim, de forma cristalina, que a repetição doutrinária indiscriminada quanto à dispensabilidade do Inquérito Policial, não raras vezes seguida da justificativa

⁴⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁷ CHOUKR, *Op. cit.*, p. 131-139.

contendo a adjetivação de que seriam “*meras peças de informação*”⁴⁸, vem décadas a dentro escondendo o importante princípio de que a acusação não pode prescindir de prévia investigação criminal.

Ora, cediço que, mesmo quando dispensar o inquérito policial, o Ministério Público deverá considerar o conteúdo das peças de informações ou da representação, as quais, por sua vez, deverão estar adequadas às exigências legais, dentre as quais a de que apontem elementos mínimos que permitam o exercício da ação penal.

Não é outro o entendimento de Oliveira, quando afirma textualmente que “*o inquérito não é, absolutamente, indispensável à propositura de ação penal, podendo a acusação formar seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos probatórios*”⁴⁹; e, no mesmo passo, Feldens e Schmidt, ao apontar que é “*corolário lógico da previsão de outros procedimentos destinados à colheita de elementos que embasem futura e eventual ação penal [...] a constatação de que o inquérito policial não é imprescindível ao oferecimento da denúncia*”⁵⁰.

E se inexisterem tais elementos probatórios mínimos nas peças de informação ou na representação que for submetida à apreciação do *Parquet*? Forçoso reconhecer a necessidade de prévia instauração de inquérito policial para apuração dos fatos, com todas as suas circunstâncias, e, sendo estes procedentes, também da autoria, ainda que em grau de cognição não exauriente, como aliás já ocorre se a representação for recebida pelo juiz ou diretamente pela autoridade policial (art. 39, §3º e §4º, do CPP).

O art. 395, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719, de 2008, aponta as hipóteses em que a denúncia ou queixa serão rejeitadas, impedindo-se, pois, o início da fase judicial do processo, quais sejam: a) se forem manifestamente ineptas; b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou c) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

As condições ou pressupostos processuais mínimos para o exercício da ação penal seriam, extraídas da processualística cível: legitimidade das partes, interesse de agir e

⁴⁸ Oliveira esclarece que o Código de Processo Penal “genericamente, dá o nome de peças de informações a todo e qualquer conjunto indiciário resultante das atividades desenvolvidas fora do inquérito policial”. (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, Curso de processo penal, 2009, p. 43).

⁴⁹ *Idem, Ibidem*, p. 43.

⁵⁰ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Investigação criminal e ação penal, 2007, p. 15.

possibilidade jurídica do pedido. Por justa causa, ao seu turno, entende Jardim como “o suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis do imputado*”⁵¹. E acrescenta que é no inquérito policial ou nas peças de informação que é fornecido esse “lastro probatório mínimo”, os quais devem, por força do art. 12, 39, §5º e 46, §1º, todos do Código de Processo Penal, “acompanhar a acusação penal”.

Goldschmidt, por sua vez, refuta a existência de pressupostos processuais no processo penal, negando a “*relación jurídica procesal. Esta no tiene valor ninguno. Las condiciones formales que, según Bülow, figuran como presupuestos del proceso, no lo son en verdad, puesto que han de substanciar en el proceso mismo*”⁵². Entende que, quando muito, seriam pressupostos de uma sentença de mérito.

Na mesma linha é o pensamento de Jardim que ensina que, “*a rigor, inexistem os chamados pressupostos de validade do processo. O exame da questão há de ser deslocado para a eficácia dos diversos atos processuais*”⁵³. E observa, mais à frente, que “*mesmo quando se invalida o primeiro ato do processo, terá havido relação processual ao menos para reconhecimento da nulidade ab initio*”⁵⁴.

Não é demais repetir que, em um processo penal constitucional, para ser passível de proposição a ação penal, depende da presença de elementos mínimos de autoria e da certeza quanto à materialidade delitiva, preferencialmente com todas as suas circunstâncias. E qual seria o pressuposto para o exercício da ação penal, senão a prévia investigação criminal, não necessariamente, mas em regra, realizada por meio do Inquérito Policial?

Na verdade, a interpretação sistemática do Texto Constitucional e da legislação processual penal permite afirmar que o ordenamento jurídico-penal admite a investigação criminal de forma ampla e informal, não necessariamente pelas polícias judiciárias federal e estaduais, mas deseja e configura a atuação do Inquérito Policial, como garantia contra juízos apressados, contra processos emergenciais típicos do que Jakobs e Cancio Meliá⁵ caracterizaram como um “direito (processual) penal do inimigo”, onde se deseja imediata

⁵¹ JARDIM, Afranio Silva. Direito processual penal, 1999, p. 54.

⁵² *Apud* JARDIM, *Op. cit.*, p. 55.

⁵³ *Ibidem*, p. 57.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo, 2003.

formação da culpa e julgamento, em detrimento de um direito processual penal de liberdades e garantias, como previsto pelo legislador constituinte e como se espera de um processo penal democrático.

Esse processo penal que é um processo de fato, e no qual deve ser incluída a fase preliminar da investigação criminal, mormente quando formalizada em inquérito policial, no qual estão incluídas muitas das medidas cautelares processuais, muito mais que uma mera reprodução e adaptação de princípios e regras da processualística cível, visando à elaboração de uma (pseudo) teoria geral do processo, tende a se apresentar como um processo penal constitucional, nas palavras de Scarance Fernandes: “*um estudo do processo penal à luz da Constituição Federal*”⁵⁶.

Desse modo, tenha o nome que tiver, formalizada, burocratizada, anônima ou informal, a investigação criminal é, de fato e de direito, "*conditio sine qua non*" para a ação penal, ainda que esta última nem sempre seja necessária para a realização da paz social e jurídica objetivada pelo processo penal, senão porque a investigação criminal pode propor o não-processo, pela inexistência de conduta ilícito-típica ou pela impossibilidade de se imputar a autoria ou mesmo porque estaria extinto o direito estatal de persecução criminal, *ex vi* da prescrição, mas também porque a ação penal, no sentido de acusação formal em juízo, deve ser exceção diante de princípios constitucionais como o da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, já suficientemente abalados na subfase inquisitória do inquérito policial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação criminal no Brasil é gênero do qual são espécies o inquérito policial, as peças de informação e a representação criminal e tem como função, enquanto fase do processo penal, esclarecer preliminarmente uma notícia de ilícito, apontando indícios de autoria e, secundariamente, servindo como filtro processual a fim de, em última instância, auxiliar o Poder Judiciário a exercer a jurisdição penal, assim como prevenir juízos errôneos, protegendo a segurança pública e promovendo a paz social e jurídica.

Aplicam-se à fase da investigação preliminar, mormente quando formalizada em inquérito policial, ainda que por analogia, todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais processuais aplicáveis à fase judicial que com aquela não seja

⁵⁶ SCARANCE FERNANDES, *Op. cit.*, p. 18.

absolutamente incompatíveis, incluindo-se princípios da imparcialidade do investigador, presunção de não-culpabilidade, de duração razoável da investigação criminal, princípio da investigação pela autoridade competente, devido processo legal, aplicável às prisões em flagrantes e englobando o direito de não ser indiciado com base em provas ilícitas ou ilegítimas, dentre outros.

Com o advento da Lei 12.830, de 2013, não há mais dúvidas que o instituto do indiciamento existe formalmente no processo penal brasileiro, traduzindo-se em decisão interlocutória de imputação de caráter vinculado e privativa do delegado de polícia, que precisa ser devidamente motivada, com base nos elementos colhidos no curso da investigação, para o fim de surtir efeitos jurídicos. Contra o indiciamento ilegal é cabível o remédio constitucional de habeas corpus.

Em face disso, pode-se dividir a fase da investigação criminal em duas subfases, sendo a primeira inquisitória, a qual persiste, ainda que não de forma absoluta, até que seja formalizado o indiciamento do suspeito, quando então passa a ser sujeito de direitos e garantias fundamentais processuais, numa fase de natureza acusatória ou tendente à acusatória.

Desse modo, incontroverso de dúvidas que devem ser aplicados à fase da investigação criminal os princípios do contraditório e da ampla defesa, ainda que de forma mitigada, inclusive mediante comunicação formal do despacho de indiciamento à Defensoria Pública, para as providências devidas, caso o indiciado não compareça ao ato de interrogatório, ou, comparecendo, caso não tenha constituído defensor.

Em um Estado Democrático de Direito, utilize o sistema de persecução criminal que preferir, não há outra forma de se submeter alguém ao processo penal, para fins de julgamento, senão pela via da prévia formação de elementos mínimos de convicção que indiquem autoria de crime em concreto, estando defeso acusar alguém sem mínimo de lastro probatória, entendido como ausência de justa causa.

Desta maneira, concluímos não apenas pela existência como pela mais plena vigência do princípio da necessidade de prévia investigação criminal para o exercício da ação penal, ou simplesmente do princípio da prévia investigação criminal.

REFERÊNCIAS

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANÁRIO, Pedro. MP pode investigar, mas com limites, diz Gilmar Mendes. *Revista Consultor Jurídico*, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/mp-investigar-limitacoes-regras-ministro-gilmar-mendes>>. Acesso em: out. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 13. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Trad.: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luís Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2009.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. Coimbra: Almedina, 2010

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal - tendências na Europa. O caso português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 10, n. 39, jul./set., 2002. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/texto-estrangeiro18.html>. Acesso em: out. 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SOUSA, Stenio Santos. Foro por prerrogativa de função: procedimentos no curso da investigação criminal preliminar. *Revista Criminal - Ensaios sobre a atividade policial*, ano 01, vol. 01, out./dez., 2007.

SANTOS, Célio Jacinto. Temas sobre o poder investigatório do Ministério Público. *Revista Consultor Jurídico*, 11. jan. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-11/temas_poder_investigatorio_mp>. Acesso em: out. 2013.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

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

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Teoria geral do direito policial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.