

PEDRO COELHO

Coordenador:
MOZART BORBA



Diálogos sobre o Processo Penal

2^a
edição

Revista,
ampliada e
atualizada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



Investigação Criminal¹

1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL

É aqui que o jogo começa de verdade. Ao menos na área do processo penal: **Investigação criminal**.



– Pedro, mas o que é investigação criminal? É a mesma coisa que inquérito policial?

Não. Mas vamos por partes, porque compreender isso é fundamental.

De acordo com o dicionário, investigar é o ato de averiguar, de maneira sistematizada, algo. Inquirir, indagar, apurar. Dentro do processo penal, essa ideia é importante, só que insuficiente. Isso porque, para compreendermos o alcance da **investigação criminal**, é essencial que saibamos que ela se insere na ideia de **persecução penal**.

1. **ATENÇÃO!** A publicação da Lei Anticrime no dia 24 de dezembro de 2019 não veio acompanhada de polêmicas e controvérsias. No que tange ao direito processual penal, isso ficou evidenciado na repercussão da lei e dos boatos sobre a vigência de alguns dispositivos, como por exemplo a regulamentação do **Juiz de Garantias**. Já no início de 2020, especificamente em 15 de janeiro, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, no uso de suas atribuições regimentais (art. 13, VIII do RISTF), deferiu monocraticamente medida cautelar na Ações Direta de Inconstitucionalidade 6228, 6229 e 6300, durante o recesso do Poder Judiciário, para, dentre outras coisas, **suspender por 180 dias a implantação do Juiz de Garantias**, não obstante ter reconhecido tal novidade como compatível com a Constituição Federal de 1988. Ademais, ainda sobre esse instituto, em que pese o legislador somente ter excluído de sua incidência as infrações de menor potencial ofensivo, a decisão conferiu **interpretação conforme a Constituição** para excepcionar sua aplicação em 4 outras situações: (i) Processos de competência originária dos Tribunais, regrados pela Lei nº 8.038/1990, (ii) Processos de Competência do Tribunal do Júri, (iii) Processos criminais envolvendo fatos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, com incidência da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006 e, por fim, (iv) Processos envolvendo a prática de crimes eleitorais, da competência da Justiça Especializada Eleitoral.



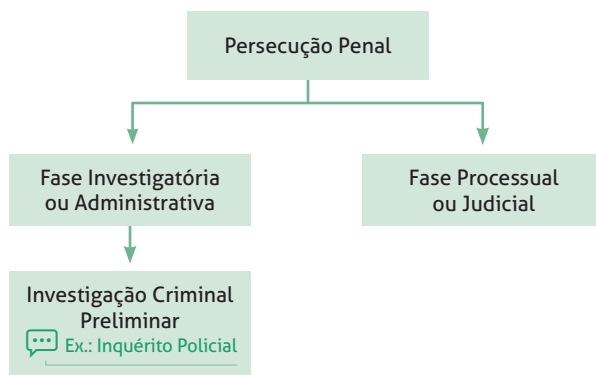
– Entendi que investigação criminal não é a mesma coisa que inquérito policial, o que é uma novidade para mim. Agora vem com essa de *persecução penal*? Acho que vou confundir tudo.

Calma, não vai confundir nada. Deixa eu melhorar. Vamos imaginar que um delito tenha sido praticado na sua cidade. O Estado passa a ter total interesse na solução desse crime, ou seja, precisa identificar a autoria, confirmar a materialidade e assimilar o contexto e circunstâncias da sua ocorrência. Surge, pois, um “*poder-dever*” estatal de investigação e, se necessário for, de punição dos envolvidos, com a eventual aplicação da lei penal sancionatória. Esse poder-dever é **persecução penal**.

Ela é dividida em dois momentos, sendo o primeiro a **(i)** fase investigatória ou administrativa e a segunda a **(ii)** processual ou judicial.

Sabia-se que essa decisão – por não ser colegiada – era precária e poderia ser revista. No entanto, a sua duração foi bastante curta, uma vez que o Ministro Luiz Fux, Relator das ADI’s sobre o tema (6.298, 6.299, 6.300 e 6305), na quinta-feira 22 de janeiro de 2020, REVOGOU a liminar anterior e ainda deliberou – cautelar e monocraticamente – *ad referendum* do Plenário pela (a) suspensão por prazo indefinido (até o julgamento do mérito das ADI’s) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), (b) suspensão por prazo indefinido (até o julgamento do mérito das ADI’s) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do CPP), além de, especificamente na ADI 6305, (c) conceder cautelar para também suspender sem prazo definido (até julgamento do mérito da ADI) a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, CPP), bem como (d) a liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (artigo 310, §4º, do CPP). **Apesar de ser decisão do Relator, em sede cautelar, trata-se ainda da manifestação de apenas um dos 11 Ministros da Suprema Corte, razão pela qual não há como se afirmar um prognóstico seguro sobre o reconhecimento ou não da constitucionalidade dos novos dispositivos.** Particularmente, entendo que são e como tal devem ser reconhecidos, mas precisaremos aguardar a palavra final do Supremo Tribunal Federal. Em relação à presente obra, o **rumo definitivo dessas ADI’s não influenciarão a aprendizagem do leitor. Isso porque a opção foi tratar e estruturar as novidades trazidas na Lei 13.964/2019, sem descuidar e destacar a realidade e funcionamento do processo penal antes de sua vigência.** Todos os institutos serão analisados a partir do NOVO e ANTIGO regramento, uma vez que, diante da alteração das regras legais e da ausência de prognóstico seguro da sua iminente ou futura aplicação ou reconhecimento de inconstitucionalidade, faz com que seja imprescindível que os leitores e estudantes conheçam o novo regramento aprovado pelo Parlamento e outorgado pelo Poder Executivo Federal, ainda que provisoriamente se encontre com aplicabilidade suspensa. De toda forma, ratifique-se, ainda que se repute inconstitucional, a **estruturação do livro sempre levou em conta as peculiaridades do processo penal ANTES e DEPOIS da Lei 13.964/2019, razão pela qual – independentemente da decisão final do STF no caso ora analisado – o leitor não terá qualquer tipo de prejuízo.**

Então, respondendo ao questionamento, **investigação criminal preliminar** é o mecanismo por meio do qual se apura ocorrência de uma infração penal e sua autoria, revelando-se como primeira etapa da persecução penal. Já o **inquérito policial** é o procedimento utilizado com mais frequência durante a investigação preliminar, **mas não é o único**. Vamos visualizar esquematicamente:



Façamos o seguinte. Vamos aprofundar mais no Inquérito Policial – já que é a principal espécie de investigação preliminar – e depois analisamos algumas outras modalidades, combinado?



– Perfeito! Fechado!

O Inquérito Policial pode ser definido como um procedimento administrativo de caráter preparatório e inquisitorial, presidido exclusivamente pela autoridade policial, com a finalidade precípua de coletar **elementos de informação** acerca da autoria e da materialidade de uma infração penal. Alguns doutrinadores apontam sua finalidade ou vocação eminentemente “preparatória”, pois seu êxito viabiliza que o titular da ação penal ingresse em juízo.



– Bacana! Então, se eu decorar esse conceito, estou 100% garantido?

Calma! Em primeiro lugar, o importante não é decorar, mas sim entender. Segundo, esse conceito já foi suficiente, só que não é mais.

É que, moderna e acertadamente, esses **elementos de informação** que serão identificados ao longo da investigação criminal não são destinados exclusivamente ao titular da ação penal, para avaliar o ingresso ou não em juízo. São informações de caráter provisório que têm o condão de subsidiar, além da ação penal propriamente dita, também um eventual pedido e deferimento de medida cautelar. Então, dá para anotar que esses elementos de informação colhidos no inquérito policial serão úteis (i) para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal e também (ii) para a verificação do *fumus commissi delicti* (aparência de autoria e de materialidade) exigido para a decretação de medidas cautelares, inclusive de prisão provisória. Para fechar com chave de ouro o raciocínio, vale registrar também que, mais contemporaneamente, a doutrina vem refutando considerar o inquérito policial como instrumento **unidirecional**², ou seja, destinada fundamentalmente para auxiliar os interesses do titular da ação penal. Além de se destacar a **função preparatória**, ele também ostentaria uma **função preservadora** (ou de preservação). Isso porque o inquérito policial também visa evitar a instauração de ação penal carente de fundamentos, resguardando o *status libertatis* e a dignidade individual (especialmente no âmbito social) e evitando custos para o Estado, preservando e garantindo direitos fundamentais também ao próprio investigado³.



– Excelente, Pedro! Mas fiquei com uma dúvida. Você falou tanto em “**elementos de informação**”. É só um nome bonito para “prova”, correto?

Não, não. Na verdade, esse é um erro comum, mas entender a diferença entre esses institutos é de extrema importância. Como dizia um professor meu da época de faculdade, citando as lições de **Frederico Marques**, somente poderemos falar em PROVA – no sentido técnico – quando ela for produzida sob o crivo do contraditório. E os elementos de informação não têm essa marca como essência, pois a

2. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8ª edição. Editora D´Placido, 2019.
3. DE CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro. *Inquérito Policial tem sido conceituado de forma equivocada*. Publicado em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>.

garantia ao contraditório não é uma característica vinculada ao inquérito policial.

Perceba aqui comigo que os **elementos de informação** são extraídos durante o inquérito policial (investigação preliminar criminal). A bem da verdade, estão presentes em qualquer procedimento investigatório, mas não durante o processo judicial. Para sua coleta não há que se falar no obrigatório exercício do contraditório e da ampla defesa. Até porque, como veremos mais à frente, a surpresa nas investigações e o próprio sigilo podem ser essenciais para atingir os objetivos do IPL (Inquérito Policial). Prometo que aprofundarei esse assunto. Só que eu quero ver se você está atento. Deixe-me fazer uma pergunta. **Agora que você entendeu o conceito, pode me dizer se é possível um juiz criminal condenar alguém com base nesses elementos de informação?**



– Hum... Olha, pelo que você me disse, acho que não. Se elemento de informação não é prova, admitir sua utilização seria tolerar a condenação SEM provas. E aí, acertei?

Excelente raciocínio. Só preciso destacar um detalhe. A Lei nº 11.690/2008 foi responsável por uma sensível alteração do sistema probatório na seara processual penal brasileira. Quando a referida lei estava sendo apreciada no Congresso Nacional, o entendimento era justamente no sentido de que os elementos de informação não poderiam ser utilizados para condenar uma pessoa, afinal eles são produzidos sem o exercício do contraditório e da ampla defesa. Só que, durante o processo legislativo, os parlamentares incluíram o advérbio **EXCLUSIVAMENTE**, o que mudou todo o sentido do dispositivo legal e é importantíssimo no seu estudo. Vamos analisar como ficou o art. 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **EXCLUSIVAMENTE NOS ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas

Eu quero que você assimile o seguinte: pelas razões já expostas, **não é possível sustentar um decreto condenatório criminal com**

base **EXCLUSIVAMENTE** em elementos de informação extraídos do inquérito policial. Contudo, o magistrado poderá utilizá-los de maneira subsidiária, para complementar e/ou corroborar as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

ATENÇÃO! Esse era o entendimento majoritário, ao menos até a edição da Lei 13.964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”.



– Eita... Essa lei modificou muita coisa, não é? Qual é a polêmica específica nesse caso?

Dentre as principais novidades inseridas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, podemos destacar o chamado **juiz das garantias**⁴. Dentre os novos dispositivos, o art. 3º-C, § 3º do Código passou a prever que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias (vinculados à fase investigativa da persecução penal) ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e **não serão pensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento**, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Ao contrário da sistemática anteriormente vigente, que os autos da investigação seguiam apensados ao processo penal instaurado, **atualmente isso não mais acontecerá, fato esse que contribui sensivelmente para o julgador da causa não tenha contato com elementos produzidos de maneira inquisitiva**. O contato judicial durante as investigações será mantido pelo juiz das garantias, que estará impedido de atuar na fase processual naquelas situações.

Agora, com a exclusão física dos autos do inquérito, que ficarão acautelados no Juiz das Garantias, com acesso às partes, ressalvadas as provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas (que serão encaminhados ao juiz da causa), houve um

4. Esse tema será aprofundado e estudado exaustivamente no capítulo de Prisões e Outras Medidas Cautelares.

avanço na consolidação do sistema acusatório e da observância do contraditório e ampla defesa no processo penal.



– Professor, entendi. Mas o que isso tem a ver com o art. 155 do CPP?

Calma, ainda não cheguei lá. Apesar de inicialmente ser bem vista, essa modificação não passará incólume a polêmicas, especialmente porque o legislador não foi claro o suficiente acerca de eventuais compatibilizações com outros trechos do Código de Processo Penal. Sobre o tema da utilização dos elementos de informação coligidos durante a investigação criminal pelo juiz da causa, resta a dúvida justamente sobre qual será a solução dada em relação ao art. 155 do Código. Isso porque, consoante já visto, a sua atual redação indica que *“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*.

Ora, se o juiz não terá acesso aos elementos de informação extraídos da investigação, com as ressalvas já realizadas, como é que ele poderá se valer deles – ainda que em conjunto com outras provas produzidas sob o crivo do contraditório – para formar seu convencimento, especialmente com finalidades de condenação?



– Hum... É mesmo! Como ele vai utilizar os elementos de investigação para decidir (ainda que com outras provas corroborando) se ele não terá acesso a eles? Qual é a solução, Pedro?

Em uma primeira análise, entendo que será necessária uma releitura desse art. 155 do CPP, vedando-se ao magistrado da causa se valer de elementos de informação para formar seu convencimento. Isso não atentaria contra o princípio de liberdade das provas ou mesmo do livre convencimento motivado, uma vez que não se estaria limitando a utilização de provas, em acepção técnica, mas sim de elementos construídos sem o contraditório. De outra sorte, há posição diversa já sustentada pela doutrina. Para quem assim se posiciona, *“a regulamentação trazida pelo § 3º do art. 3-C do CPP não vedou a inclusão dos autos do inquérito no processo judicial, mas apenas delineou que*

*o caderno investigativo estará à disposição da acusação e defesa para que possam utilizá-lo da maneira que entenderem mais adequada, ou seja, a acusação, no exercício da titularidade da respectiva ação penal, e a defesa, em prestígio ao princípio da Ampla Defesa. O fato de o § 3º mencionar que os autos "não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento" é mandamento destinado ao juiz das garantias e não à acusação e defesa"⁵. **Aguardemos como esse imbróglio será resolvido pela doutrina majoritária e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. De toda forma, até que venha a se consolidar qualquer posicionamento, entendo que eventuais questões de prova devam ser respondidas de acordo com a literalidade do art. 155 do CPP, uma vez que ele não foi expressamente revogado com a Lei 13.964/2019, certo?***



– Certo! Vou atentar para o art. 155 do CPP, mas ficarei acompanhando a evolução da jurisprudência para saber se a interpretação dele vai ser modificada!

Perfeito! De toda forma, eu preciso mesmo é que você assimile que atualmente, prevalece a compreensão de que, por não ser suficiente para fundamentar o juízo condenatório e depender de provas colhidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa para tal finalidade, diz-se que o **inquérito policial ostenta valor probatório relativo**. Servirá para demonstrar justa causa, para fundamentar decretação de medidas cautelares (reais, probatórias ou pessoais), mas não para condenação por si só.



– Agora eu entendi! Para eu ficar 100% seguro no conceito e abrangência de Inquérito Policial, deixa eu fazer uma última pergunta. **Existe produção de provas durante essa fase investigatória?**

Sim! O próprio art. 155 do CPP prevê essa possibilidade, de forma excepcional, nos casos de produção de **provas cautelares, não**

5. ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. O inquérito policial foi excluído do processo judicial? Publicado em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/02/o-inquerito-policial-foi-excluido-processo-judicial/>

repetíveis e antecipadas. Estudaremos elas assim que chegarmos em **Teoria Geral das Provas**⁶. Vamos devagar, porque eu quero falar um pouco sobre a atividade policial com você.

2. FUNÇÕES POLICIAIS

Didaticamente, é importante saber que a chamada “Polícia” no Brasil exerce diferentes funções, razão pela qual ela é classificada a partir da primordial atuação desenvolvida. Temos:

- (i) **polícia administrativa, ostensiva ou preventiva** – é aquela que atua “antes do crime acontecer” e se coloca ostensivamente, com fardamento padronizado, para poder ser identificada pelos cidadãos. Sua missão precípua é proteger preventivamente a sociedade, de modo a impedir a prática de infrações penais, mantendo o sentimento de paz e segurança da coletividade.
- (ii) **polícia judiciária** – quando os agentes de segurança pública atuam em suporte ao Estado-Juiz no cumprimento de ordens emanadas do Poder Judiciário, como cumprimento de mandado de busca e apreensão, mandado de prisão, etc.
- (iii) **polícia investigativa** – refere-se ao conjunto de agentes de segurança que realizam a investigação propriamente dita, atuando de maneira repressiva, ou seja, posteriormente à prática do ato delitivo.

CUIDADO AQUI! Grande parte da doutrina trata o termo **polícia judiciária** como sinônimo de **polícia investigativa**. Antigamente, essa diferenciação não era importante, mas alguns concursos recentes passaram a exigir essa classificação tripartite, seguindo o entendimento defendido por **Denilson Feitoza Pacheco**, um dos grandes especialistas em segurança pública do Brasil e membro do Ministério Público de Minas Gerais, por isso sempre optei por trazer as três classificações.

6. Para um maior aprofundamento, conferir o respectivo Capítulo na presente obra.



– Gostei! Agora entendi a sutileza das diferenças! Pelo que você me disse, Pedro, posso afirmar que a Polícia Militar é exemplar da Polícia Preventiva, não é?

Veja, ela exerce **prioritariamente** a função de polícia preventiva, administrativa ou ostensiva. Isso é verdade. Só que você deve ter cuidado com essas assimilações. É que o seu examinador, no dia da prova, é um cara maldoso (é o famoso “*coração peludo*”). Ele não recebeu carinho dos pais e quer se vingar fazendo “pegadinhas” com o candidato. Deixa eu explicar. Apesar de a Polícia Militar ser tipicamente preventiva, ela pode e de fato exerce as demais funções. Quando a Polícia Militar mantém a segurança em um jogo de futebol ela exerce função de **polícia ostensiva**. Mas se um crime militar ocorrer e tiver sido instaurado um Inquérito Policial Militar (IPM), a Polícia Militar deverá exercer função de **polícia investigativa**. E tem mais. Se houver a expedição de mandado de busca e apreensão durante um IPM, se for necessária força policial para cumprir a ordem judicial, a função desempenhada será de **polícia judiciária**.

3. ATRIBUIÇÃO PARA INVESTIGAR



– Estou 99% feliz! Mas tem aquele 1%... Então, vou perguntar logo. Eu estava caminhando bem até você falar em CRIME MILITAR e investigação pela PM. Quer dizer que a **natureza do delito influencia na atribuição para investigar**? Explica isso aí.

Excelente observação e pergunta. De fato, a natureza e a competência para julgamento de determinado delito têm influência na determinação da autoridade que será responsável pela investigação. Se estivermos diante de um crime da competência da Justiça Militar da União, são as Forças Armadas federais que designarão o presidente do inquérito policial militar, a quem se chama de **Encarregado**. De outra sorte, se o crime for para ser julgado pela Justiça Militar Estadual, aí essa atuação será da respectiva Polícia Militar.

Em provas de concurso, o pessoal se enrola quando se depara com um **crime eleitoral**. Como veremos ao estudar **Competência**, a