

Coordenadores
Higor Vinicius Nogueira Jorge
Waldir Antonio Covino Junior

INQUÉRITO POLICIAL

3ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

2026

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

INQUÉRITO POLICIAL E INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: PRINCÍPIOS, SUJEITOS E FINALIDADES

Édson Luís Baldan¹

1. INTRODUÇÃO

O estudo da fase preliminar da investigação criminal tem sido, historicamente, olvidado na dogmática brasileira, acarretando, com isso, reduzido desenvolvimento teórico acerca de poderes e deveres, do Estado e do indivíduo,

-
1. Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo (1990-2016). Advogado. Pós-Doutor e Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Pós-Graduado em Criminologia pela Universidade de Leicester, Inglaterra. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Pisa, Itália. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo ESMP/SP. Pós-Graduado em Direito Penal Pela Universidade de Salamanca, Espanha. Pós-Graduado em Justiça Internacional pela Universidade Castilla La Mancha, Espanha. Diplomado em Cursos de Extensão em Métodos Legais pela Universidade de Cambridge, Inglaterra, em Direito da União Europeia pela London School of Economics and Political Science, Inglaterra e em Segurança Comunitária pelo Instituto Internacional Histadrut, Israel. Professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília UnB e Professor de Direito Penal e Criminologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Pesquisador-livre do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge, Inglaterra. Membro da Sociedade Britânica de Criminologia. Coautor do projeto do Provimento CFOAB 188/2018 que instituiu a Investigação Criminal Defensiva no Brasil. Consultor convidado pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Washington, EUA, perante o Alto Comissariado em Direitos Humanos da ONU, Nova Iorque e Genebra, na temática de prevenção à tortura policial.

nessa crítica fase da persecução penal onde, potencialmente, garantias individuais do imputado são relativizadas e ou lesadas. O avanço na discussão de qualquer tema relacionado à investigação preliminar vem, assim, ordinariamente, interceptado por um certo desinteresse da doutrina, enclausurada num fossilizado e obtuso conceito sistematicamente reproduzido, sem maior reflexão crítica e atualização dogmática. Segundo essa visão, tanto estreita quanto ultrapassada, a investigação preliminar, de natureza meramente administrativa, inquisitiva, sigilosa e dispensável teria por objetivo único colher elementos mínimos de convicção visando à formação do convencimento do órgão da acusação, sendo eventuais vícios intransmissíveis à etapa subsequente do exercício da ação penal. Ensina Franco Cordero (op. cit., p. 2000) que a imputação formulada pelo Ministério Público, ao pleitear a submissão de alguém a Juízo, exige hipótese bastante provável, sustentada sobre elementos colhidos pela “máquina pré-instrutória” (operada a partir das notícias colhidas pelo aparato investigador que conta com “células policivas”). Igualmente, ao tratar da investigação criminal ou “atividade de polícia criminal”, Brás (op. cit., 2010, p. 18) afirma que esta constitui-se em “atividade de natureza judiciária que opera, exclusivamente, dentro do sistema de justiça (sempre no âmbito de um processo judicial concreto ou visando de forma directa a sua instauração), e tem por fim último, criar condições para a realização da justiça criminal”. Como bem anota Claus Roxin (op. cit., 2003) o procedimento de investigação converte-se, com frequência, na parte essencial do processo penal, pois oferece ao Ministério Público o poder de decidir sobre o futuro do procedimento e, iniciado o processo, o resultado deste está delineado pelos resultados da investigação preliminar, motivo por que, segundo o mesmo autor, é imperiosamente necessário conceder ao imputado e respectivo defensor maiores possibilidades de influir sobre esse procedimento investigatório.

2. CONCEITO E PRINCÍPIOS REGENTES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A expressão “investigação preliminar” designa o conjunto de diligências investigatórias, realizadas em momento anterior ao do eventual exercício da ação penal, desenvolvido por autoridade competente e sob responsabilidade solidária dos órgãos componentes do sistema de justiça criminal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia, Defesa), submisso à cláusula do devido processo legal, visando à identificação de fontes de provas e à coleta de elementos de convicção relativos à autoria, à materialidade e demais circunstâncias de

conduta aparentemente típica e, por isso, configuradores da justa causa para acusação ou, ao revés, autorizadores da peremptória rejeição da acusação e ou liminar reconhecimento da ausência de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade em relação ao caso penal investigado. Este conceito, ora proposto, implica a ampliação: i) do rol de sujeitos atuantes na investigação; ii) dos direitos do indivíduo imputado; iii) da teleologia do produto da investigação (BALDAN, 2014, p. 156).

Seguimos sustentando (BALDAN, 2014, *passim*) que a garantia individual da devida investigação legal somente se aperfeiçoa se respeitados determinados princípios que informam esse modelo, aliás, único possível a assegurar a legitimidade da posterior privação ou restrição de direitos em razão da condenação (correspondentes à imposição da sanção penal em suas múltiplas naturezas possíveis). Esses princípios, transpostos (ou melhor, especificados) ao momento da investigação preliminar, pensamos, são os adiantes enumerados, com as devidas adequações e especificações para essa primeira fase da persecução criminal.

a) Legalidade

Como a investigação penal implica, sempre, potencial relativização de direitos e garantias da pessoa a ela submetida, mister que o sujeito investigador somente atue nos exatos limites da autorização legal. Qualquer atividade desenvolvida com ausência de expresse autorizante legal, ou, ainda, com desvio ou abuso desse poder-dever, transmuda-se em atuação ilegal que nenhum elemento de convicção válido poderá produzir, acarretando a ilicitude da prova que dele derivar, tanto mediata quanto diretamente.

Preciso o magistério de Tourinho Filho (1986, p. 38) ao dizer que “sendo o processo obrigatório para a segurança e reintegração da ordem jurídica, devem os órgãos persecutórios atuar, necessariamente, desde que concorram as condições exigidas em lei”. Também Desgualdo (2000, p. 47) entende que a tarefa investigatória repousa sobre o tripé ciência, lógica e legislação, sendo que o arrimo em lei impõe-se porque “o contrário implicaria na formação de um corpo probatório natimorto, contaminado “ab initio”, imprestável à aplicação da justiça e, quiçá, servindo a dissimular injustiças, arbitrariedades e maquinações ilícitas”.

Deve, pois, toda a atividade investigatória resultar de autorização emanada de disposição expressa de lei. E lei, aqui, tomada em sua acepção literal, isto é, como norma emanada do Congresso Nacional, após o regular processo

legislativo, em nível topográfico mínimo de lei ordinária federal e, sempre, em harmonia com as normas e princípios extraídos da Constituição da República. Como adverte Cordero (2000b), atos legislativos são indelegáveis, sendo de se excluir das fontes penais qualquer ato não legislativo (desde os costumes até disposições administrativas). No mesmo passo o magistério de Maier (2004) quanto a tratar-se de lei em sentido formal (aquela que a Constituição chama lei) e não apenas do significado material de lei, isto é, todo corpo de regras jurídicas, qualquer que seja sua origem (incluindo regulamentos dos Poderes Executivo ou Judiciário).

b) Investigante natural

O “princípio do investigador natural” (ainda olvidado pela doutrina majoritária) decorre, logicamente, do princípio anterior da legalidade, vez que este, num de seus aspectos, como ensina Pinzón (2004, p. 74) “quer dizer que ninguém pode se submeter a uma investigação ou a um juízo se, com antecipação, aquela e este não tenham sido total e indubitavelmente determinados e regradados pela lei”.

Existe, ademais, disposição constitucional expressa de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CRFB, 5º, LIII). De se notar que o legislador constituinte não restringiu a disciplina dessa competência (“*latu sensu*”) unicamente ao processo judicial, pois, assim fosse, teria ele empregado a expressão “autoridade judicial”. Ao preferir o uso de locução mais abrangente “autoridade competente”, conectada, no período frasal analisado, a “processado”, isto é, à pessoa submetida a “processo”, guardou o constituinte, numa leitura lógico-sistemática da Constituição Federal, perfeita sintonia com a assunção de que as garantias individuais socorrem àquele que venha se situar no polo passivo de “processo” de qualquer natureza (judicial ou administrativo), tanto que nos dois incisos consecutivos do mesmo artigo (CRFB, LIV e LV), após enunciar a cláusula do devido processo legal, estabelece que “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”. Portanto, a exigência de “competência” deverá aplicar-se ao Juiz que julga ou preside a instrução, bem como à Autoridade Policial (ou outra pessoa ou órgão expressamente autorizados por lei) responsável pela direção da etapa da investigação preliminar. Sintetizando: para que haja o devido processo legal (judicial ou administrativo) há de ser competente a autoridade (judicial ou administrativa) que o presida.

No tocante ao desenvolvimento de investigações criminais exclusivas e diretas pelo órgão do Ministério Público, malgrado o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal (RE 593.727), é de se convir quanto à atual carência de previsão legal dessa atuação ministerial, bem como a inconveniência de sua instituição por lei. Destarte, a figura do promotor-investigante é antitética ao modelo da devida investigação legal porque transgressora da garantia constitucional implícita do investigador natural.

Em síntese: da justaposição de preceitos constitucionais cristalinos (CRFB, art. 5º, incisos LIII, LIV e LV), somente estarão legitimados a protagonizar a investigação criminal estatal aqueles agentes aos quais tenha a lei (em sentido estrito), prévia e expressamente, atribuído tais direitos-deveres. Posição adversa conduz à admissão da figura da investigação de exceção, a qual produz efeitos tão ou mais perversos aos direitos do imputado do que um juízo de exceção, pois neste, em alguma medida, sempre deverá estar presente a vigilante defesa, circunstância nem sempre constatada naquela.

c) Contraditório

Autores há, como Oliveira (2009), que, não vislumbrando na investigação criminal um gravame equiparável a uma sanção ao investigado, acreditam não exigível a instalação do contraditório e da ampla defesa nessa fase. Malcher (1999, p. 97) também afirma que o inquérito policial, procedimento administrativo e meramente investigatório, é necessariamente inquisitivo, sendo “o réu (sic), assim, mero objeto do inquérito e não sujeito do processo”. Igualmente para Doro (1999) a igualdade de direitos e obrigações entre acusação e defesa não se aplica ao “inquérito policial que, por ser peça meramente informativa, é inquisitório, não havendo ali a igualdade processual exigida para a fase judicial”.

Ora, inquisitividade liga-se, necessariamente, a sigilo que, para parcela expressiva da doutrina, constitui característica obrigatória do inquérito policial, chegando Tourinho Filho (1986, p.180) a afirmar que seria frustrada a apuração das infrações penais e de nada valeria a ação da polícia judiciária caso não fosse guardado o devido sigilo, motivo pelo qual conclui que o princípio da publicidade, dominante no processo, não se afina com o inquérito policial.

Não se harmonizam com a letra garantista da avançada Constituição Federal as previsões vetustas do Código de Processo Penal da década de 1940 que, em seu art. 20 permite o sigilo absoluto dos autos investigatórios e, pior, em seu art. 21 possibilita a decretação da incomunicabilidade da pessoa paciente

da investigação (uma vez que passou a ser exigida a comunicação da prisão à família e ao advogado do preso, bem como a garantia da assistência familiar e jurídica a este, nos termos, cf. CRFB, art. 5º, LXII e LXIII).

A Constituição da República, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Muitos defendem a não incidência desse princípio ao inquérito policial por não se configurar ele como verdadeiro “processo” e por nele inexistir a figura do “acusado”.

Ficamos com Lopes (2009: 93) para afirmar que “trata-se de um direito fundamental que não deve sofrer interpretação restritiva, mormente por estar diante de uma fase repleta de significação e em que pode ser restringida a liberdade de locomoção do investigado a qualquer momento”. Também nesse sentido a tomada de posição de Kai Ambos (2011), para quem, como consequência típica do modelo processual contraditório, advém a obrigação de se garantir ao imputado uma informação completa da imputação e das provas de carga, como esforço para se equilibrar a superioridade e a vantagem investigadora do Ministério Público.

d) Defesa

Tratando da reação defensiva à imputação ampla no inquérito policial, ensina Fernandes que esta se manifesta por uma série de direitos que devem ser assegurados ao imputado: “direito de ter ciência da imputação; direito de ser ouvido sobre a imputação; direito de, após a imputação, ter conhecimento das investigações; direito de realizar ou requerer diligências” (2002, p. 130).

Também no plano supranacional, as “Regras de Mallorca”, no capítulo reservado ao direito de defesa, outorga ao imputado uma gama ampliada de direitos, inclusive o de prestação de assessoramento pelo advogado em todas as fases do procedimento.

Importante notar que Leone (1989), empregando a classificação de Manzini, entende que a defesa se desdobra em dois aspectos: “defesa material” (desenvolvida pelo próprio imputado) e “defesa formal” ou “defesa técnica” (promovida pelo defensor), devendo ser reconhecida em qualquer momento do desenvolvimento do processo em favor do “imputado” (termo que adota em seu sentido mais amplo possível).

Considerando que, consoante defendemos, foi introduzida, nalguma medida, após as reformas processuais de 2008, uma verdadeira fase intermediária

(entre a finalização das investigações e o exercício da ação penal), adequado seria, no pensar de Lopes (2009, p. 164) antecipar-se a participação da defesa para a fase preliminar, já que as eventuais diligências porventura requeridas naquela fase pela defesa incumbiriam, de qualquer modo, à polícia judiciária.

Rovegno (2005), após acentuar que a doutrina brasileira tem, majoritariamente, refutado a possibilidade de defesa no inquérito policial, assinala entendimento por ser a ampla defesa exercitável nessa fase, embora em caráter facultativo.

Entendemos (BALDAN, 2007) que a nova ordem constitucional de 1988, que sobreveio ao Código de Processo Penal de 1941, impõe uma hermenêutica evolutiva que acarreta leitura garantista do artigo 14 daquele estatuto (o qual permite ao investigador requerer à Autoridade Policial investigante a realização de diligências de interesse da defesa). Certo que, pela letra do dispositivo sob comento, o atendimento aos requerimentos de diligências formulados pelo investigado submete-se, ainda, ao “juízo da autoridade”. Todavia, tal juízo não deve ser mais um puro poder discricionário da Autoridade Policial, ditado por critérios de conveniência e oportunidade do êxito da sua investigação, vale dizer, não se pode, nesse instante, argumentar-se, para a denegação, com a sobreposição, do interesse público na apuração do crime, à garantia individual da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do devido processo legal. O único “juízo” possível, nessa nova interpretação conforme à Constituição, consiste na aferição, pelo Delegado de Polícia, quanto à legalidade da prova cuja produção a pessoa investigada indica. É, portanto, mero juízo de admissibilidade de prova, cuja produção somente será passível de vedação em caso de ilegalidade (ilicitude ou ilegitimidade). Será ilícita se a prova em si, ou os meios necessários para sua obtenção, violarem preceito constitucional; será ilegítima se, embora “prima facie” lícita, tiver por objetivo único o embaraço das apurações, implicando em subversão tumultuária da marcha investigatória lógica cuja direção cabe, esta sim com exclusividade, à Autoridade Policial.

Naturalmente que, afora essa possibilidade de defesa dita endógena, subsistem os demais mecanismos legais de ação exógena que podem ser atividades durante a fase investigatória (v.g. habeas corpus, mandado de segurança, requerimentos, direito de petição em geral etc.).

Em arremate, filiamo-nos à posição garantista de Saad (2004), para quem a garantia do exercício de defesa no inquérito policial somente reflete positivamente no sistema processual penal, adequando-o, ademais, à Constituição da República e às tendências legislativas contemporâneas.

e) Publicidade

A cláusula de sigilo (CPP, 20), que pode ser decretada pela própria Autoridade Policial ou pelo Juiz de Direito, antes que ferramenta de eficiência da investigação, é providência que configura, em última instância, prestígio à presunção constitucional da não culpabilidade e da intimidade da pessoa investigada (nos termos da CRFB, X, V, XI e XIII e LX e do CPP 792, § 1º). Decreta-se o sigilo não para lançar trevas sobre os caminhos da investigação e, assim, impedir o imputado de esquadrihá-lo à cata de sua defesa. Baixa-se o segredo para que os holofotes da imprensa (nem sempre cônica) não avasalem direitos individuais manejados nos autos. Remotamente protege-se a eficiência dos atos investigatórios cuja revelação poderia ser-lhe nociva.

Obra com abuso de autoridade aquele que veda o acesso do defensor aos autos do inquérito policial porque assim agindo atenta, violenta e desabridamente, contra o exercício legal da advocacia criminal. Pior se os elementos assim esburnidos ao defensor são, logo após franqueados para a saciedade da grande e irresponsável mídia.

Mesmo nos ordenamentos (v.g. espanhol) que primam pelo caráter secreto do procedimento investigatório, não se desconhece tratar-se ele de natureza “mista administrativo-processual” (RODRÍGUEZ, p. 2009). Essa característica de um procedimento administrativo atípico faz com que jamais possa ele – à semelhança do que ocorre aos demais feitos administrativos como regra – tramitar exclusivamente sob os auspícios do Poder Executivo, motivo por que há a interveniência judicial e ministerial necessária, bem como a atuação potencial da defesa.

Naturalmente que a publicidade externa há de ser objeto de criteriosa vigilância pela autoridade investigante, não podendo o imputado ser submetido contra sua vontade ao espetáculo midiático que só circundar a apuração dos eventos criminosos. A respeito, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 11, é expresso: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

f) Paridade de armas

Para Ambos, o princípio da “equality of arms” vem deduzido, no ordenamento supranacional europeu, a partir do juízo equitativo contido no art.

6º, § 1º, CEDH, e, numa concepção moderna, significa que “as partes possam apresentar o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa relativamente à contraparte” (2011, p. 120).

Defende o mencionado autor – com quem concordamos plenamente – que a aplicação daquele dispositivo deve operar-se mesmo em momento anterior à conclusão das investigações, vez que a jurisprudência do TEDH tem adotado uma aceção ampla do conceito de “acusação” (“charge”), tomando-o no sentido de qualquer imputação formal ou material, tanto que no caso *Murray v. Vereigntes Königreich*, julgado em 08-02-1996, declarou aplicável esse princípio ao procedimento de investigação policial. Tal interpretação vem, ainda, afinada com o Estado de Roma do Tribunal Penal Internacional que, em seu art. 55, contém descrição específica acerca dos direitos do imputado durante o procedimento preliminar (AMBOS, 2011).

De acordo com Maier o processo de construção da verdade durante a fase de investigação preliminar é, basicamente, autoritário (independentemente de quem a presida) pois não só é uma autoridade estatal a que reconstrói o processo histórico que conforma seu objeto, em princípio sem ingresso no procedimento dos diversos interesses e pontos de vistas imiscuídos no caso (sem debate), senão que, ademais, o procedimento assim cumprido obedece ao fim principal de recolher informação para lograr a decisão do Estado acerca do enjuizamento de uma pessoa (2004: 579-580) .

g) Imparcialidade

Os elementos de convicção no inquérito policial contidos transcendem à teleologia da função acusatória, com esta não se confunde e nela não se limita. Equivocado, pois, que se investigue para e ou pela acusação. Poder-se-ia afirmar que a investigação é uma função intransitiva, pois uma apuração legítima jamais opera condicionada ou subordinada às razões exclusivas da acusação, eis que tal cenário revelaria, em verdade, dissimulada antecipação da instrução pela acusação.

A autoridade investigante deve postar-se em posição equidistante dos que se converterão, na fase seguinte da persecução, nos polos adversos de acusação e de defesa. Não pode o que investiga laborar com olhos e ouvidos cingidos unicamente aos imperativos do acusador.

Unilateralidade tem a ver com parcialidade que não se coaduna com a isenção esperada do incumbido por lei de investigar a conduta do indivíduo que, por regra constitucional, deve ser, no plano material e instrumental,

presumido não culpado e nessa condição tratado. Os maiores erros e abusos na etapa da investigação verificam-se quando o que investiga alia-se psicologicamente à busca do êxito do acusador, promovendo a coleta seletiva dos elementos de convicção e deixando de considerar relevante o que não sirva à condenação mais severa possível.

Portanto, retirar do mister investigatório o imperativo de subsunção à isenta verdade atingível, proclamando sua vinculação teleológica com os interesses exclusivos da parte processual acusatória, é subtrair-lhe, como consequência, o matiz equitativo e veritativo para, então, transformar a Autoridade Policial e seus agentes em cegos perseguidores da culpa do investigado, com amplas espaldas para as razões e direitos deste.

h) Reserva da jurisdição

Colhe-se do magistério de Scarance (1999) que, embora a atribuição da função de investigar à seja conferida à polícia, a Constituição Federal restringiu-lhe, em vários aspectos, a força de atuação, submetendo-a ao controle externo do Ministério Público e condicionando a realização de várias diligências à prévia determinação judicial.

É que o inquérito policial pode conter provimentos cautelares (limitadores de direitos individuais) os quais somente podem ser expedidos pelo Juiz de Direito com audiência prévia do Ministério Público, nos autos do próprio inquérito e com base nos elementos nele contidos. Assim ocorre com a violação do domicílio, com a interceptação das comunicações telefônicas, com o acesso a informações bancárias e fiscais, medidas, repita-se, sempre decretadas judicialmente com base no acervo indiciário do inquérito policial e, ademais, no âmbito do próprio inquérito policial porque nos seus autos, assim judicializados, devidamente processadas.

Como bem anota Duclerc (2006) embora não deva o Magistrado ser chamado a atuar no inquérito policial em funções típicas de investigação, deve ele funcionar como garante dos direitos fundamentais da pessoa investigada, em especial decidindo sobre sua situação de prisão ou liberdade e, ainda, apreciando eventuais medidas constritivas de produção de prova.

i) Inadmissibilidade das provas ilícitas

Esse princípio significa, essencialmente, que as provas obtidas com violação de direitos fundamentais, mormente os previstos em sede constitucional, devem ser declaradas nulas, assim como nulas serão todas as consequências delas, diretas ou indiretas (PINZÓN, 2004).

Entendia Mirabete (1993) que se tratando de mero procedimento informativo e não ato de jurisdição, os vícios acaso existentes no inquérito policial não afetariam a ação penal subsequente e, embora pudessem acarretar a eficácia do ato em si e mesmo do procedimento globalmente considerado, não configurariam nulidade que invalidasse a ação penal a que dera origem.

Conquanto a doutrina venha reprisando a intransmissibilidade dos vícios do inquérito policial para a fase da ação penal, cremos que, dogmaticamente, não se sustenta tal assertiva, pois, caso seja verificada violação a direito individual na fase da investigação preliminar, contaminado estará o processo que dela logicamente decorrer. Nessa situação, ter-se-á, em verdade, uma nulidade absoluta, caracterizada, segundo Cunha (2009) pelo desatendimento a formalidade de índole constitucional, isto é, com afronta a princípios constitucionais do processo penal, cuja observância interessa não apenas a partes, mas à ordem pública, independentemente da demonstração de prejuízo (pois nesse caso presumido) e podendo ser invocadas, inclusive de ofício, a qualquer tempo.

Tratando-se de investigação preliminar eivada de nulidades, conduzida com ferimento a direitos individuais, dela derivarão consequentemente provas imprestáveis. Se a doutrina antes dividia-se quanto à prestabilidade de tais elementos (Avolio, 1999), deixou a dissensão de existir após as alterações promovidas no CPP, 157, § 1º, pela Lei 11.690, de 09-06-2008, que passou a prever, expressamente, a inadmissibilidade não apenas das provas ilícitas, mas, igualmente, daquelas delas derivadas. Afinal “em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura fundante do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas” (OLIVEIRA, 2009, p. 41).

j) Duração razoável da investigação

Embora inexista no ordenamento brasileiro previsão expressa quanto à duração máxima da investigação preliminar, como, por exemplo, no modelo italiano (CORDERO, 2000a), não está a polícia judiciária totalmente liberta de amarras temporais para conclusão de suas apurações. Há norma estabelecendo que deva o inquérito terminar em 10 dias (investigado preso) ou 30 dias (indiciado solto), no último caso com possibilidade de renovação do prazo. Esse controle é feito, ordinariamente, pelo envio periódico dos autos da investigação com solicitação de prazo ao Juiz de Direito, sempre com a ouvida do órgão do Ministério Público (CPP, 10, § 3º).

k) Presunção da não culpa

Muitos autores (FALCONI, 2011, p. 195) enxergam no artigo 39 da Magna Charta Libertatum, 1215, um antecedente do princípio da presunção da inocência. Esse princípio, lembra Maier (2004: 492), “não afirma que o imputado seja, em verdade, inocente, mas sim que não pode ser considerado culpável até a decisão que põe fim ao procedimento condenatório”. Como esse princípio encontra-se, na doutrina constitucional e processual brasileira, intrinsecamente conectado ao princípio da não autoincriminação, deixamos para aprofundar seus limites teóricos no item seguinte que deste trata.

l) Não autoincriminação

Malgrado a divergência doutrinária (LIMA e AMBOS: 2009) acerca dos dispositivos constitucionais que servem de suporte normativo para extração desse princípio constitucional processual penal implícito, mister reconhecer que encontra ele conforto em qualquer deles: dignidade da pessoa humana (CRFB, 1º, III); direito ao silêncio (CRFB, 5º, LXIII) ou presunção da não culpa (CRFB, 5º, LVII).

Afora a sensível evolução doutrinária desse princípio, a partir do cotejo dos dispositivos citados, houve sua inequívoca introdução no ordenamento brasileiro a partir da ratificação pelo Brasil, através do Decreto 676, de 06-11-1992, da Convenção Americana de Direitos Humanos, CADH, ou “Pacto de San José da Costa Rica”, a qual consagra, em seu art. 8º, n. 2, alínea “g”, que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, o que, de forma geral, como pondera Fernandes (1999) equivale a dizer que não está o indivíduo obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tornou-se, assim, cogente o respeito ao silêncio como instrumento de autodefesa do imputado, em qualquer fase da persecução penal.

Nesse tema de se anotar que, após as alterações introduzidas pela Lei 10.792/03 no art. 186 do CPP (ocasionando revogação tácita do art. 198 do mesmo diploma), reina consenso na doutrina o fato de se constituir o interrogatório verdadeiro meio de defesa do imputado, sendo as garantias do interrogatório judicial expressamente estendidas ao interrogatório realizado na fase da investigação preliminar (CPP, 6º, V).

Como consequência do reconhecimento desse direito ao silêncio como garantia individual, há de se reputar como tacitamente revogado, por absoluta incompatibilidade com aquele direito fundamental, a disposição encerrada no CPP, 260, especificamente na parte em que trata da condução coercitiva de

indivíduo que deva ser submetido a interrogatório policial ou judicial. Se pode calar ou mentir, logicamente não estará obrigado a comparecer perante a Autoridade Policial ou Judicial.

Pelos mesmos argumentos, inexigível a participação do indigitado autor em diligência policial de reprodução simulada do fato criminoso, disciplinada no art. 7º do CPP. A partir das premissas sobre as quais se assenta o direito ao silêncio, não é razoável o raciocínio de que deva tomar parte em encenação que reproduz o enredo da infração penal aquele que sequer tem o dever legal de colaborar com a narrativa do acontecimento e que, pela letra constitucional, deve ser tratado como não culpado.

Outro tema instigante relacionado ao *nemo tenetur se detegere* é o da delação premiada. Como já escrevemos (BALDAN, 2006), historicamente foi o Direito Penal brasileiro dotado de normas premiais nas hipóteses de reconciliação ativa de caráter substancial, isto é, quando o autor de uma conduta típica iniciada ou consumada agisse voluntariamente para evitar ou minorar a violação do bem jurídico por ele mesmo promovida, nas modalidades da desistência voluntária e do arrependimento eficaz ou posterior. Mais recentemente foi a legislação brasileira inundada de dispositivos que valorizam do agente uma contraconduta que não incide, pelo menos diretamente, sobre o plano da ofensa, resolvendo-se, antes, na colaboração processual para fins de otimização da repressão a crimes cometidos e para identificação dos demais autores envolvidos, consubstanciando uma composição meramente instrumental ou processual.

3. INQUÉRITO POLICIAL: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Constitui o inquérito policial, segundo Mondin (1967, p. 69) “o registro legal, formal e cronologicamente escrito, elaborado por autoridade legitimamente constituída, mediante o qual esta autentica as suas investigações e diligências na apuração das infrações penais, das suas circunstâncias e de seus autores”. Suas origens, segundo o mesmo autor, remontam às disposições da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841 e ao Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871. Representa o inquérito policial uma das espécies do gênero investigação criminal, existindo outros instrumentos para a apuração das infrações penais, tanto aqueles expressamente disciplinados em lei (por exemplo o trabalho realizado pelas comissões parlamentares de inquérito no Congresso Nacional, CPIs, a teor da CF, 58, § 3º e da Lei 1.579/52, alterada pela Lei 13.367/16) quanto

aqueles autorizados apenas por norma jurisdicional e ou administrativa, caso da investigação criminal direta hoje empreendida pelo Ministério Público e pelo Defensor.

No modelo brasileiro, aponta-se como sendo de natureza eminentemente administrativa a investigação preliminar, haja vista que desenvolvida, na quase totalidade dos casos, pela polícia judiciária que integra, no modelo tripartido republicano, o Poder Executivo e, não, o Judiciário, menos ainda o Legislativo. No entanto, com acerto, afirma-se que a polícia judiciária (exercida pelas polícias civis dos Estados e pela Polícia Federal da União) “funciona como um braço do Poder Judiciário para obter elementos comprobatórios de materialidade e autoria da infração” (SILVA e FREITAS, 2012, p. 31). Decerto que, excepcionalmente a investigação criminal será desenvolvida pelo Poder Legislativo (no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito) ou no Poder Judiciário (por prerrogativa de foro de parlamentares e magistrados). Uma posição intermediária vislumbra o inquérito policial se não como procedimento híbrido (composto por atos de ordem administrativa e por atos de valor processual definitivo), ao menos como procedimento extrajudicial de natureza processual (MORAES, 1990). Também Pitombo (1986, p.16) advertia ser “manifesto que, muitas vezes, [os inquéritos policiais] trazem atos de instrução penal não provisória, os quais se exemplificam nas buscas, apreensões, exames de corpo de delito, vistorias e avaliações”.

4. FINALIDADES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Não mais pode persistir, porque tanto obtuso quanto anacrônico, o entendimento segundo o qual a investigação criminal teria como única finalidade fornecer elementos indiciários mínimos para formação da *opinio delicti* do órgão de acusação, daí sendo sustentável, até, sua dispensabilidade. Este indica apenas um e, pois, não esgota todos os fins da investigação preliminar. A nosso pensar, essa deficiência dogmática, generalizada e persistente, decorre de uma incorreta ou incompleta compreensão das reformas pontuais de 2008 que, sob clara inspiração no modelo italiano, introduziram importantes alterações com repercussão direta e necessária no instituto da investigação preliminar, desde então acometida de novas funções, conduzida a uma redimensão teleológica porque convocada a cumprir finalidades adicionais, outrora não imaginadas e que se somaram àquelas clássicas, resultando no seguinte quadro de fins a atender (BALDAN, op. cit., 2014):

a) Formação da convicção jurídica do acusador (público ou privado): a doutrina pátria vem, de longa data e majoritariamente, indicando uma vinculação teleológica quase absoluta entre investigação e acusação, ao enunciar que o escopo das apurações preliminares é fornecer ao órgão acusador os elementos necessários e suficientes à propositura da ação penal, sendo assim o “Parquet” o destinatário exclusivo do inquérito policial ou quaisquer peças de informação relativas à autoria e materialidade de infrações penais. É em doutrina quase uniforme a assertiva de que “a peça investigatória tem uma única e exclusiva função: elucidar um crime, em sua materialidade e autoria, fornecendo elementos para o [...] titular da ação penal” (ARANHA, 1999, p. 225), o Ministério Público nas ações públicas e o ofendido nas privadas ofereçam a acusação iniciadora da ação penal”.

Todavia, também o indivíduo pode figurar como receptor dos elementos de convicção para exercício da acusação através de queixa-crime, na ação penal de iniciativa privada (propriamente dita ou personalíssima), quando assiste ao futuro querelante o direito de requerer (CPP, 5º, § 5º e 12) a instauração de inquérito policial visando à coleta de elementos de convicção que possam lastrear a segura propositura da querela (CPP, 30).

Mas não é só. Também na hipótese de ação penal pública, poderá o particular exercê-la, haja vista não ser o Ministério Público seu titular “privativo” (malgrado a dicção do CF, 129, I) e, sim, “preferencial”. Nessa hipótese, novamente, será o particular a servir-se do resultado das apurações investigatórias para propositura da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, exercida pelo indivíduo de maneira subsidiária e em decorrência de omissão indevida do Ministério Público que, não tendo oferecido denúncia no prazo legal, tampouco requereu produção de diligências complementares indispensáveis àquela providência (CPP, 16) ou pleiteou o arquivamento do feito apuratório pelo eventual entendimento da inexistência de justa causa para a acusação (CPP, 28).

Nesse quadro, rigorosamente, correto é dizer que a carga informativa do inquérito policial tem como destinatário não simplesmente o órgão do “Parquet” e sim, corretamente, o detentor da legitimidade para exercício da ação penal pública, pois, como assinalado, A inércia do Ministério Público, titular preferencial do exercício da ação penal pública, possibilitará ao ofendido, em substituição à denúncia não oferecida, a apresentação da queixa-crime subsidiária (para cuja preparação hão de concorrer os elementos de convicção contidos no feito policial).

b) Suporte ao juízo de (in)admissibilidade da acusação: sendo inconteste que *juri novit curia* (o magistrado conhece a lei), também o Juiz de Direito deve formar sua *opinio delicti*. Daí não esgotar a investigação preliminar a sua utilidade unicamente na formação do convencimento do Ministério Público, haja vista que os elementos de convicção enfeixados nos autos investigatórios podem, até, fundamentar uma decisão do Magistrado pela rejeição da denúncia ofertada pelo Promotor de Justiça, discordando da *opinio delicti* deste e, assim, impedindo-o de exercer a ação penal (CPP, 396).

c) Fornecimento de elementos de convicção na decretação de medidas cautelares: é no transcurso da investigação preliminar que serão adunados os elementos informativos servíveis ao convencimento ao Magistrado quando da apreciação das medidas cautelares reputadas necessárias à elucidação do evento criminoso e limitadoras potenciais de direitos individuais (prisão temporária, busca domiciliar, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, sequestro de bens etc.), sendo temerário que uma decisão dessa magnitude venha calcada sobre as razões exclusivas da parte acusatória ou arrimada estrabicamente nos elementos por esta edificadas.

d) Formação subsidiária no juízo de condenação ou absolvição: podem os elementos do inquérito policial subsidiar o convencimento do Magistrado na prolação de sua decisão de mérito final, seja ela absolutória ou condenatória. Esse emprego será sempre subsidiário, jamais exclusivo, por força do que dispõe o CPP, 156, a impedir que a decisão seja fundamentada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Ao considerar que os elementos de convicção produzidos no inquérito policial não o são, necessariamente, sob os imperativos identificadores do “devido processo legal” (juiz imparcial, partes parciais, paridade de armas, contraditório, ampla defesa, publicidade etc.). Duclerc (2006, p. 124) entende que “embora os autos do inquérito policial façam parte dos autos do processo penal, não é possível aceitar que possam ser utilizados como fundamento para uma condenação”. Idêntico é o pensamento de Aranha (1999, p. 226) para quem “as provas colhidas no decorrer do inquérito policial não autorizam condenação, se exclusivas”. Todavia, não se desconhece, como pontua Cunha (2009, p. 29), que na prática não é raro conferir-se especial valor à prova colhida nos autos do inquérito policial (exemplificando ele com a confissão policial ofertada na presença de defensor constituído pelo indiciado).