

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Cesare Schneider Vicente

**SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR:  
EFICIÊNCIA E GARANTIA DE DIREITOS**

Porto Alegre  
2018

CESARE SCHNEIDER VICENTE

**SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR:  
EFICIÊNCIA E GARANTIA DE DIREITOS**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Dr. Mauro Fonseca Andrade.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade (Orientador)

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Porto Alegre

2018

## **AGRADECIMENTOS**

Ao completar mais esta etapa na minha formação não só como acadêmico, mas também como ser humano, aproveito para deixar aqui os meus sinceros agradecimentos.

Ao meu pai e à minha mãe que sempre me incentivaram e impulsionaram para seguir sempre adiante.

Aos meus irmãos pelas lições de vida que só a irmandade ensina.

Aos membros da família Schneider e da família Vicente que, cada um ao seu modo, me acolheram e suportaram até aqui.

Aos amigos feitos durante o período de formação no Colégio Militar de Porto Alegre, os quais cumprimento na pessoa da Geci.

Aos amigos feitos na Faculdade de Direito, mormente os integrantes da 5ª Seção, wong sing ngomong jawa.

À minha amiga e namorada Karen por me incentivar e acompanhar nesta reta final com dedicação e disposição. Ti voglio bene.

Aos amigos feitos no período de intercâmbio em Bologna.

A todos vocês, a minha gratidão.

## RESUMO

O presente trabalho propõe a apresentação e análise dos diversos sistemas de investigação criminal preliminares ao processo penal aplicados nos principais países da América (Brasil e Estados Unidos) e da Europa Ocidental (Espanha, França, Itália e Alemanha), a sua eficiência para a persecução criminal e, ainda, a apresentação das críticas doutrinárias acerca de cada um deles. Para tal, optou-se pela análise da bibliografia existente e do direito comparado. Desta forma, foram analisadas as figuras do juiz instrutor, do promotor investigador e do inquérito policial. Por fim, este estudo visa ao aprofundamento da análise doutrinária acerca dos diversos sistemas de investigação criminal preliminar, em especial quanto à sua eficiência e à observância de direitos fundamentais do investigado. Esta análise se dará sob o prisma da análise casuística, isto é, das experiências dos ordenamentos jurídicos mais avançados e relevantes e, por consequência, do direito comparado, tendo-se como hipótese fundamental a existência de relação direta entre o sistema de investigação criminal preliminar adotado e a eficiência da persecução criminal em maior ou menor grau.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Sistemas de Investigação Preliminar. Juiz Instrutor. Promotor Investigador. Inquérito Penal. Garantias Fundamentais.

## **ABSTRACT**

The present work proposes the presentation and analysis of the different systems of criminal investigation preliminary to the criminal process applied in the main countries of America (Brazil and United States) and Western Europe (Spain, France, Italy and Germany), their efficiency for the persecution and the presentation of doctrinal critiques about each of them. For this, we opted for the analysis of the existing bibliography and comparative law. In this way, the figures of the investigating judge, the investigator and the police investigation were analyzed. Finally, this study aims to deepen the doctrinal analysis of the various systems of preliminary criminal investigation, especially as regards its efficiency and the observance of the fundamental rights of the investigated. This analysis will take place from the point of view of the casuistic analysis, that is, from the experiences of the most advanced and relevant legal systems and, consequently, from comparative law, with a fundamental hypothesis being the direct relationship between the preliminary criminal investigation system and the efficiency of criminal prosecution to a greater or lesser degree.

**Keywords:** Criminal Procedure. Systems of criminal investigation preliminary to the criminal process. Investigating Judge. Investigating Prosecutor. Police Inquiry. Fundamental Rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CPPf	Código de Processo Penal Francês
CPPi	Código de Processo Penal Italiano
CPS	Crown Prosecution Service
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
MP	Ministério Público
StPO	Strafprozessordnung
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	<b>9</b>
2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO .....	9
2.2 SISTEMA INQUISITIVO .....	14
2.3 SISTEMA MISTO .....	17
2.4 CONSIDERAÇÕES .....	19
<b>3 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO JUIZ INSTRUTOR</b> .....	<b>22</b>
3.1 CONCEITO E DESENVOLVIMENTO .....	22
3.2 EXPERIÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	24
<b>3.2.1 Espanha</b> .....	<b>24</b>
<b>3.2.2 França</b> .....	<b>28</b>
3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOUTRINÁRIA .....	31
<b>4 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO</b> .....	<b>36</b>
4.1 CONCEITO E DESENVOLVIMENTO .....	36
4.2 EXPERIÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	37
<b>4.2.1 Itália</b> .....	<b>37</b>
<b>4.2.2 Alemanha</b> .....	<b>42</b>
<b>4.2.3 Estados Unidos</b> .....	<b>45</b>
4.3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL.....	47
4.4 ANÁLISE CRÍTICA DOUTRINÁRIA .....	53
<b>5 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA</b> .....	<b>59</b>
5.1 CONCEITO E DESENVOLVIMENTO .....	59
5.2 EXPERIÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	60
<b>5.2.1 Inglaterra</b> .....	<b>60</b>
5.3 O INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL.....	61
5.4 ANÁLISE CRÍTICA DOUTRINÁRIA .....	68
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma análise crítica dos diversos sistemas de investigação criminal preliminares ao processo penal aplicados nos principais países da América (Brasil e Estados Unidos) e da Europa Ocidental (Espanha, França, Itália e Alemanha), a sua eficiência para a persecução criminal e, ainda, a relação entre eficiência do sistema investigatório e a garantia de direitos do investigado.

Parte-se dos seguintes problemas: existe algum sistema de investigação preliminar perfeito? É possível traçar uma relação entre o sistema de investigação preliminar adotado, bem como as políticas criminais de fundo, e a eficiência da persecução criminal?

A investigação criminal preliminar, embora seja dispensável à instauração da ação penal no ordenamento brasileiro, traz consigo enorme relevância. Isso porque, tratando-se de procedimento pré-processual de averiguação de materialidade e autoria de um injusto penal supostamente cometido, reflete no mundo prático as escolhas tomadas no âmbito juspolítico de um Estado. O fim-último da investigação criminal preliminar reside: I) na busca pelo fato oculto, isto é, na investigação propriamente dita em face da notícia do cometimento de um crime; II) na salvaguarda da sociedade, isto é, em assegurar à sociedade a certeza de que os delitos cometidos são investigados; e III) na evitação de acusações infundadas, atuando como verdadeiro filtro processual (LOPES JR., 2003).

Dada a relevância ressaltada acima, os diversos sistemas de investigação criminal preliminar refletem as opções juspolíticas adotadas por um Estado no âmbito da Política Criminal, ciência conexas ao Direito Processual Penal e ao Direito Penal. Desta forma, a eficiência de um sistema de investigação preliminar é um dos pontos determinantes que permitem afirmar ou negar a eficiência das próprias políticas criminais adotadas.

Ao lado da eficiência de averiguação do *fumus commissi delicti* da investigação criminal, baseada na busca pelo fato oculto e na salvaguarda da sociedade, avulta a importância da garantia de direitos fundamentais ao acusado como a presunção de inocência e a sua integridade física e psíquica. Isso porque a investigação criminal preliminar não pode ser tão limitada que não consiga averiguar o *fumus commissi delicti*, como também não pode ser tão “eficiente” que obstrua a garantia de direitos fundamentais do acusado.



Isso posto, justifica-se a escolha do tema perante a relevância do equilíbrio entre eficiência do sistema de investigação criminal preliminar e a garantia de direitos do acusado.

Tem-se como hipótese fundamental a existência de relação direta entre o sistema de investigação criminal preliminar adotado e a eficiência da persecução criminal, bem como a garantia de direitos do acusado em maior ou menor grau.

Ainda, acredita-se na possibilidade da concepção de um sistema investigatório preliminar que abarque concomitantemente a eficiência da investigação criminal e a observância de direitos fundamentais do investigado.

Por fim, este estudo visa ao aprofundamento da análise doutrinária acerca dos diversos sistemas de investigação criminal preliminar, em especial quanto à sua eficiência e à observância de direitos fundamentais do investigado, sob o prisma da análise casuística, isto é, das experiências dos ordenamentos jurídicos mais avançados e relevantes e, por consequência, do direito comparado.

Portanto, o trabalho visa, na medida do possível, apresentar uma opinião conclusiva sobre aquilo que analisa, tendo por escopo principal analisar e apontar o sistema de investigação criminal preliminar que mais se mostra eficiente para a persecução criminal e compatível com a garantia de direitos fundamentais inerente ao Estado de Direito.

Para tanto, serão analisados, em um primeiro momento, os sistemas processuais penais, quais sejam, o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto, bem como seus principais princípios e consequências de sua aplicação ao sujeito passivo da relação jurídica, o investigado.

Após isso, serão analisados os modelos de investigação criminal preliminar a cargo do juiz instrutor, do promotor investigador e da polícia judiciária, apresentando-se as principais experiências práticas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Por derradeiro, far-se-á a análise crítica da doutrina acerca destes modelos.

## 2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para a difícil tarefa de compreender os sistemas processuais penais é necessário que se recorra à doutrina mais especializada. Por esta razão, a exposição que se dará a seguir acerca dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto tem por base a obra de Mauro Fonseca Andrade face à sua completude, vez que reúne as principais vertentes doutrinárias e apresenta uma análise crítica acerca de todos os pontos relevantes para a conceituação dos sistemas e seus princípios.

A análise prévia dos sistemas processuais penais tem por escopo a posterior categorização dos sistemas de investigação preliminar enquanto pertencentes aos sistemas acusatório, inquisitivo ou misto, o que se dará em capítulos específicos para cada modelo conhecido.

### 2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

Inicialmente, é preciso esclarecer que há divisão na doutrina quanto às origens do sistema acusatório. Não se sabe se este seria o primeiro sistema processual a surgir, ou se teria surgido a partir da superação das falhas relativas aos direitos e garantias do sujeito processado próprias do sistema inquisitivo. Adotando a lição de ANDRADE (2008), entende-se que o sistema acusatório sucede o inquisitivo, embora possua elementos originados no sistema acusatório clássico da experiência ateniense e romana.

Ao longo dos anos dedicados ao estudo do tema, a doutrina tem indicado a sua concepção de sistema acusatório ideal, apresentando, cada autor com suas peculiaridades, uma série de elementos constitutivos do sistema, entre eles: a natureza pública dos tribunais; o princípio *quem acusa investiga*; a publicidade; a existência de contraditório; a oralidade processual; a liberdade do acusado até sua condenação definitiva; a igualdade entre as partes; a passividade judicial; e a separação entre acusação e julgador (ANDRADE, 2008).

Desta forma, passaremos a uma breve análise de cada um dos elementos indicados a fim de esclarecer o seu conceito e aplicação.

A natureza pública dos tribunais tem sua base nos tribunais populares existentes na experiência ateniense e romana, onde a dispersão do poder decisório entre representantes do povo era traduzida como sinônimo de decisão imparcial,

justa. Atualmente, a imparcialidade das massas restou substituída pela concessão de garantias ao juiz profissional encarregado de julgar a ação. Contudo, é importante ressaltar que não é a existência de um juiz profissional ou um colegiado de juízes que garantirá a existência do sistema acusatório, na medida em que essas mesmas figuras poderão ser encontradas no sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

No direito clássico, o costume era conceder a atividade de preparação e acusação a quem se dispusesse a apresentá-la em juízo, não existindo uma figura pública incumbida de tal dever. No direito contemporâneo, pode-se afirmar que as atividades de investigação, tal qual no direito clássico, incumbem àquele que posteriormente acusará, o que se traduz no princípio *quem acusa investiga*. Contudo, a própria experiência ateniense dispunha de mecanismo no qual a investigação ficava a cargo de um terceiro, não do acusador. O mesmo pode ocorrer nos ordenamentos atuais, razão pela qual o referido princípio pode ser considerado não-obrigatório para efetivação do sistema acusatório (ANDRADE, 2008).

A publicidade processual, por sua vez, nasce da necessidade de se manter a paz social, dando acesso ao povo das decisões tomadas pelos juízes, que poderiam refletir nas próprias relações sociais daquele lugar. Com o passar do tempo, a noção de publicidade passou a ser a de que o povo representa um poder fiscalizador das decisões judiciais. Desta forma, o objetivo do princípio da publicidade é o de conferir legitimidade às atividades praticadas pelo Poder Judiciário, a qual seria alcançada por meio do controle popular. Entretanto, a realidade prática demonstra que a publicidade em sua concepção interna, voltada às partes do processo, traduz-se em aplicação do princípio do contraditório, e em sua concepção externa, isto é, a todos os cidadãos, não surte efeitos materiais nas decisões jurisdicionais, que poderão ser modificadas através da existência de um sistema recursal. Desta forma, tem-se que a publicidade, em sua concepção externa, não representa elemento obrigatório do sistema acusatório (ANDRADE, 2008).

O princípio do contraditório, por seu turno, em sua concepção clássica, era entendido como o dever do juiz de informar ao réu a existência de uma acusação contra si para que pudesse contestar o seu conteúdo. Contudo, com a possibilidade de produção de provas *ex officio* (seguindo certos requisitos), passou-se a entender o contraditório como o dever judicial de possibilitar às partes a possibilidade — não obrigatoriedade — de conhecer e rebater qualquer argumento ou informação incorporados ao processo que lhes possam ser prejudiciais, não se podendo

confundir o contraditório com os princípios da paridade de armas e da passividade judicial (ANDRADE, 2008).

Ainda em relação ao princípio do contraditório, a discussão acerca de sua obrigatoriedade para configuração de um sistema acusatório encontra duas vertentes doutrinárias. Há autores que o privilegiam e o alçam à categoria de elemento fixo do sistema acusatório. Há, contudo, doutrina divergente, que, embora considere o contraditório um princípio necessário para uma decisão final justa, não o eleva à categoria de elemento obrigatório posto que existem situações em que o referido princípio não pode ser invocado. É o caso das decisões judiciais de natureza cautelar, como a decretação de prisão preventiva, nas quais as manifestações posteriores da parte atingida assumem caráter recursal, e não de contra-argumentação (ANDRADE, 2008).

O princípio da oralidade, por sua vez, tem suas origens no direito clássico como consequência da publicidade dos atos, vez que a fala das partes era o meio mais apropriado para tornar público o processo ao povo que o acompanhava, mesmo porque os votos dos julgadores, carentes de exposição fundamentada, eram expostos de maneira visual. Parte da doutrina aponta que a oralidade se sobrepõe à forma escrita porque, ao analisar os argumentos trazidos pelas partes, o julgador os recebe e interpreta em sua forma mais direta e carregada de emoção. Enquanto que nos documentos escritos não haveria espaço para avaliações mais completas acerca do estado de ânimo em que aquele argumento foi proferido nem espaço para contra-argumentação e réplica, os debates orais propiciariam um ambiente com mais possibilidades e formas de expressão para as partes (ANDRADE, 2008).

De outra parte, pode-se também afirmar que os debates orais propiciam às partes o uso de mecanismos retóricos e dramáticos que não agregam à decisão judicial, mas buscam afastá-la da verdade dos fatos. Este é o caso do Tribunal do Júri, no qual juízes leigos — o povo — julgam não com base nos princípios de Direito, mas na emoção e confiabilidade que a argumentação oral das partes os transmitiu. Desta forma, é possível afirmar que o princípio da oralidade constitui elemento não obrigatório ao sistema acusatório (ANDRADE, 2008).

Quanto à liberdade do acusado até sua condenação definitiva, parece simples afirmar que tal elemento não é obrigatório para a efetivação do sistema acusatório vez que, satisfeitos os requisitos legais, a prisão cautelar do imputado é medida

cabível e que se impõe para a própria efetivação da prestação jurisdicional, sem que o processo perca a sua essência acusatória (ANDRADE, 2008).

O princípio da igualdade processual entre as partes se traduz na disposição dos mesmos direitos e obrigações às partes no curso da ação penal. Contudo, a aplicação do princípio em sua concepção mais fria e direta à fase preliminar pré-processual de investigação se traduz em barreira à própria eficiência das políticas estatais de combate à criminalidade. Por esta razão entende-se que a fase pré-processual deve ter caráter administrativo, isto é, não-jurisdicional e não-processual. Nessa esteira, cabe concluir que o princípio da igualdade em sua acepção ampla não se traduz em elemento obrigatório do sistema acusatório (ANDRADE, 2008).

A passividade judicial se traduz na idéia de que o juiz somente procede mediante provocação das partes, nunca de ofício. Nesta concepção, não cabe ao julgador buscar provas, fazer perguntas e decretar medidas cautelares sem que haja solicitação prévia das partes. Para que se possa analisar a questão, é preciso entender a dicotomia entre *adversarial system* e *inquisitorial system*, espécies de subsistemas internos ao sistema acusatório no que tange à maior ou menor participação do juiz (ANDRADE, 2008).

Quanto ao tema, a lição de GRINOVER (1999, p. 72):

O que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados.

Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos acusatório-inquisitório (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e *adversarial-inquisitorial* (no sentido utilizado agora). O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, expressão que se poderia traduzir por "processo de desenvolvimento oficial". Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.

Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no n. 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o *adversarial* e o *inquisitorial system*, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou *Dispositionsmaxime*, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição

das partes (o que se denomina em alemão Verhandlungsmaxime) e processo de desenvolvimento oficial.

Sendo assim, o *adversarial system* agrega valores mais liberais, impondo às partes a delimitação do material probatório a ser entregue ao juiz, cabendo-lhe aceitá-lo na quantidade e qualidade em que for apresentado. O *inquisitorial system*, por seu turno, é adotado pelas sociedades que valorizam em maior grau o aspecto público do processo penal, podendo o juiz suprir as omissões das partes na produção de provas, determinando a sua produção ou coleta *ex officio* (ANDRADE, 2008).

Do exposto, a opção política entre *adversarial system* e *inquisitorial system* explicita a natureza opcional da passividade judicial enquanto elemento do sistema acusatório.

Por fim, relativamente à separação entre acusação e julgador, tem-se que no sistema acusatório a presença de um acusador é imprescindível, posto que tal figura tem por finalidade retirar a carga de parcialidade que o julgador leva consigo ao assumir a posição de acusador. Desta forma, é possível afirmar que o acusador independente é facultativo ao sistema inquisitivo, não o sendo, contudo, ao sistema acusatório (ANDRADE, 2008).

Dessa forma, pode-se concluir que o sistema acusatório obrigatoriamente abarca duas características fixas, quais sejam, a separação entre acusador e julgador e o caráter administrativo não-jurisdicional dos procedimentos preliminares de investigação, podendo apresentar os demais elementos em maior ou menor grau ou até mesmo não apresentá-los (ANDRADE, 2008).

Relativamente às manifestações contemporâneas do sistema acusatório, cada país terá as suas peculiaridades específicas de acordo com a evolução de sua política criminal e sua realidade social. Contudo, pode-se apontar uma base comum e alguns elementos que se apresentam na grande maioria dos ordenamentos, entre eles: a presença de um acusador público diferente do juiz; a investigação criminal ser uma tarefa a cargo da polícia judiciária ou do Ministério Público; somente o órgão acusatório poder dar início ao processo que nunca é instaurado de ofício pelo judiciário; ambas as partes terem a possibilidade de recorrer das decisões judiciais; a inobservância das determinações procedimentais determinarem a nulidade de atos específicos ou de todo o processo; e a liberdade do acusado ser a regra, podendo

ser o imputado preso somente diante da satisfação de requisitos legais preestabelecidos (ANDRADE, 2008).

## 2.2 SISTEMA INQUISITIVO

Condensando-se os apontamentos doutrinários acerca do sistema inquisitivo, podem-se elencar como elementos constitutivos do seu modelo ideal: a prescindibilidade da figura do acusador; a possibilidade de instauração do processo mediante *notitia criminis* ou *ex officio*; o encargo de julgar ser exclusividade de funcionários públicos, não se admitindo representantes do povo; a persecução penal ser regida pelo princípio de oficialidade; o fato de o procedimento ser secreto, escrito e sem contraditório efetivo; a existência de desigualdade entre as partes; a obtenção de provas como tarefa inicial do juiz; a aplicação de um sistema legal de provas, dividindo-as entre plenas e semiplenas; a admissão do uso de tortura para obtenção da prova plena; a possibilidade de defesa quase nula; a possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância; e a nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas (ANDRADE, 2008).

Relativamente à prescindibilidade do acusador ao modelo inquisitivo, a experiência medieval já previa a possibilidade de que a acusação se desse por um funcionário indicado para a função, muito embora a sua presença não fosse obrigatória. As experiências históricas demonstram que o fato de existir um acusador que dá início ao processo não afasta a possibilidade de o julgador ter preconceitos contrários ao imputado e a sua tendência a atuar contra ele. Desta forma, conclui-se que a prescindibilidade de um órgão acusatório é um elemento fixo, porquanto a sua presença ou ausência é admitida pelo sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Como consequência da prescindibilidade do órgão acusador, entende-se que a instauração do processo no sistema inquisitivo e dá tanto por meio de *notitia criminis*, quanto de ofício ou por acusação, observando-se a opção por algumas destas formas ou a sua conjugação em todos os modelos que adotam o sistema inquisitivo. Desta forma, entende-se que essa pluralidade de formas de dar-se início a um processo configura elemento fixo do sistema (ANDRADE, 2008).

O princípio da oficialidade se traduz, por sua vez, na participação em maior ou menor grau do Estado ou do poder central na persecução penal. Há corrente doutrinária que entende que o princípio da oficialidade seria uma característica

inerente ao sistema inquisitivo. Contudo, os países que abandonaram sistemas mistos para adotar o sistema acusatório optaram por um acusador público como único legitimado a dar início à ação penal, levando a crer que a oficialidade não configure elemento exclusivo do sistema inquisitivo, não podendo, portanto, ser considerado característica fixa deste sistema (ANDRADE, 2008).

Quanto ao segredo processual, este foi introduzido no sistema inquisitivo como forma de solucionar problemas de ordem públicas derivados da publicidade observada em algumas experiências do direito clássico, mormente a salvaguarda da integridade física e moral dos envolvidos no processo. Ademais, o segredo dos atos não é exclusividade do sistema inquisitivo, sendo observado também no sistema acusatório, razão pela qual não pode ser erigido à posição de elemento obrigatório do sistema em análise (ANDRADE, 2008).

O princípio da escritura – que não deve ser confundido com o princípio da documentação dos atos – significa que o julgador deve decidir exclusivamente com base nas provas e argumentos que lhe forem apresentados por escrito, não sendo oportunizada ao magistrado a oportunidade de acompanhar debates orais ou oitiva de testemunhas. Contudo, pode-se afirmar que os juízes de alguns modelos históricos de aplicação do sistema inquisitivo tinham acesso direto às provas produzidas oralmente, ainda que estas fossem documentadas para futura análise. Na realidade, a maioria dos modelos adotantes do sistema inquisitivo acolhiam o princípio da documentação dos atos, não o da escritura. Pelo exposto, compreende-se que tal princípio não representa elemento obrigatório do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Quanto à ausência de contraditório, a análise acurada dos modelos inquisitivos históricos permite afirmar que o contraditório, embora mitigado, estava presente nos ordenamentos adotantes desse sistema, como, a título de exemplo, na possibilidade ao acusado para que apontasse testemunhas e tivesse um defensor presente para confrontar os depoimentos, apontar nulidades e recorrer das decisões exaradas. Contemporaneamente, os ordenamentos que se ajustam às características do sistema inquisitivo respeitam a presença do contraditório por força de suas normas constitucionais. Ademais, o próprio sistema acusatório permite a ausência de contraditório em determinadas situações. Desta forma, não se pode afirmar que a ausência de contraditório seja determinante — obrigatória — para a caracterização do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).



No que se refere à igualdade de armas, o estudo acerca do tema no âmbito do sistema acusatório já esclareceu que este não é um elemento fixo seu. É o caso da aplicação do princípio *favor rei*, no qual a defesa goza de uma “arma” que não se encontra à disposição da acusação. Desta forma, não há sentido lógico em estabelecer que a desigualdade de armas seja uma característica do sistema inquisitivo a partir da sua oposição aos supostos princípios do sistema acusatório como afirma parte da doutrina, razão pela qual a apontada desigualdade não pode ser fixada como elemento exclusivo do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Relativamente ao princípio *o juiz que investiga também julga*, o abandono do sistema inquisitivo por certos ordenamentos jurídicos para a adoção de um sistema misto passou pelo entendimento de que o juiz que investiga torna-se parcial, cabendo a um segundo magistrado julgar a causa. É dizer, essa mudança ocorrida em alguns ordenamentos buscou uma maior imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. Contudo, a preocupação acerca da imparcialidade do julgador já era objetivada nos ordenamentos históricos adotantes do sistema inquisitivo. Ademais, o processo no sistema inquisitivo era estruturado como procedimento monofásico, não havendo distinções entre fase investigatória preliminar e fase processual. A partir deste ponto de vista, não se pode afirmar que a diferenciação entre juiz que investiga e juiz que acusa seja obrigatória para a configuração do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Quanto à aplicação de um sistema de provas plenas e semiplenas e a sua obtenção através da tortura, inicialmente se faz necessário estabelecer o que a doutrina entende por prova plena e prova semiplena. A prova plena era legalmente considerada prova cabal de autoria e materialidade do fato, sendo a confissão o exemplo mais apontado, a qual era muitas vezes obtida por meio de métodos de tortura. A prova semiplena, por sua vez, não tinha o condão de estabelecer por si só a verdade dos fatos, mas de avizinhá-la ao julgador. Feita a diferenciação, coube à doutrina analisar a ocorrência de exigência de prova legal, bem como a ocorrência de tortura para a sua obtenção, ao longo da história do processo penal. Deste estudo, conclui-se que os sistemas acusatórios clássicos admitiam por vezes o sistema de prova legal e a sua obtenção através da tortura, não se podendo afirmar que estas características sejam exclusivas do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

No tocante à precariedade de defesa em razão da prisão do réu e da sua incomunicabilidade, tal concepção não pode ser considerada elemento fixo do

sistema inquisitivo face aos exemplos históricos em que a liberdade provisória do réu era uma realidade, ainda que excepcional, e a presença do advogado de defesa por vezes era praticamente obrigatória (ANDRADE, 2008).

Quanto à possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância, esta nasce no berço do sistema inquisitivo. Em um primeiro momento, o recurso serviu como meio de controle contra abusos dos funcionários delegados pelo poder Central ou pela Igreja Católica, sendo convertida posteriormente em garantia de decisão justa para o acusado. Atualmente, a possibilidade de recurso encontra-se presente em praticamente todos os ordenamentos do mundo, tendo sido adotada também pelo sistema acusatório. Isso posto, não se pode afirmar que tal possibilidade constitua elemento fixo do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Finalmente, no que concerne ao reconhecimento de nulidade derivada da falta de respeito à lei e às formalidades estabelecidas, tal noção foi também introduzida pelo sistema inquisitivo como meio de controle do funcionalismo pelo poder central. Deste modo, o reconhecimento de nulidade está vinculado tanto ao sistema inquisitivo quanto ao acusatório, não podendo ser considerado elemento exclusivo do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Por conseguinte, chega-se à conclusão de que o sistema inquisitivo se caracteriza por dois elementos fixos: a prescindibilidade de um acusador distinto do julgador e o fato de o processo poder ser iniciado por meio de acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz (ANDRADE, 2008).

### 2.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto surge a partir da superação do sistema inquisitivo, mormente no que toca à diminuição gradual do poder da Igreja Católica após o período do Renascimento. Isso se deu, entre outros fatores, diante do trato desumano — a tortura era método recorrente de obtenção de prova —, a defesa incompleta e os consequentes erros judiciais presentes no sistema inquisitivo (ANDRADE, 2008).

Nessa esteira, uma das preocupações da França Revolucionária foi afastar o sistema inquisitivo, buscando a aplicação de um sistema mais aproximado daquele acusatório adotado pelos romanos, tendo por base o processo penal inglês da época. Tal mudança trouxe consigo os problemas já conhecidos da experiência romana, vez que trouxe a publicidade exacerbada do processo e outorgou a um

jugador popular (não funcionário representante do Estado) o dever legal de exercer o papel de acusador, o que culminou em uma onda de delinquência e impunidade (ANDRADE, 2008).

Para correção destes problemas, sucessivas reformas terminaram por reinstaurar a figura do acusador público e a manter a existência de uma fase prévia ao julgamento de caráter mais rígido. Desta forma, misturaram-se características do *Code Louis*, último resquício do sistema inquisitivo francês, com as características do sistema acusatório romano. Assim, surgiu em 1808 o *Code d'Instruction Criminelle* (ANDRADE, 2008).

O *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 passou a ser o marco da instituição de um sistema misto e se caracterizava, entre outros detalhes, por: estruturar o processo em duas fases, uma de caráter investigativa e outra posterior de caráter processual; estabelecer requisitos à acusação formal, como competência do acusador público para tal; possibilitar que a investigação criminal fosse realizada pela polícia judiciária, ainda que instruída por um juiz; determinar a escolha e nomeação do juiz de instrução para mandato de tempo determinado; dividir a jurisdição penal entre vários tribunais; determinar a possibilidade de intimação de testemunhas pelo Procurador-Geral Imperial; estabelecer a liberdade do acusado como regra; determinar a prestação de contas do juiz de instrução junto à Câmara do Conselho; determinar a publicidade do julgamento; abandonar o sistema de prova legal e adotar o critério do livre convencimento motivado do juiz; admitir a apresentação de apelação contra determinadas decisões; e estabelecer prazos para a prática dos atos ou manifestação das partes (ANDRADE, 2008).

Apesar do grande impacto causado pelas mudanças instituídas pelo *Code*, a sua fase preliminar de investigação ainda era revestida de inúmeras características vinculadas ao sistema inquisitivo, razão pela qual um movimento reformista tomou força a partir da década de 1870 a fim de buscar uma maior aproximação do código aos ideais revolucionários. Deste modo, a chamada *Lei Constants*, promulgada em 1897, renovou a fase de investigação preliminar introduzindo garantias existentes no sistema acusatório, tais como o princípio do *juiz que investiga não julga*, o direito ao contraditório, o direito a um defensor para o investigado e a sua liberdade provisória como regra (ANDRADE, 2008).

Conforme exposto, foi a partir da experiência francesa que o sistema misto passou a ser considerado pela doutrina. A partir do relato francês, buscou-se

estabelecer uma descrição dogmática para o sistema, havendo divisão da doutrina quanto ao tema. Contudo, a análise dos ordenamentos que o adotam permite afirmar que o sistema misto é composto pela adoção de um elemento fixo do sistema inquisitivo na fase preliminar de investigação, qual seja, a possibilidade de abertura do procedimento por meio de acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz, e de um elemento fixo do sistema acusatório na segunda fase processual, qual seja, a distinção entre o acusador e o julgador (ANDRADE, 2008).

Entre as questões surgidas com o advento do sistema misto está a da natureza jurídica de sua investigação criminal, a qual é objeto de quatro teorias principais elaboradas pela doutrina, a teoria jurisdicional, a teoria administrativa, a teoria mista e a teoria pré-processual (ANDRADE, 2008).

A teoria jurisdicional compreende que o juiz de instrução exerce atividades típicas de jurisdição ao longo do procedimento investigatório, sendo este o fator determinante para que tal atividade seja considerada verdadeiro processo jurisdicional e não uma atividade administrativa. A teoria administrativa, por sua vez, entende que a investigação preliminar é dotada de caráter administrativo visto que o órgão investigador carece de imparcialidade e que nesta fase não se observa o exercício de jurisdição. A teoria mista, a seu turno, reúne os argumentos das teorias anteriores, defendendo que ao longo da investigação tanto atos de natureza administrativa quanto atos de natureza jurisdicional ocorrerão. Finalmente, a teoria pré-processual estabelece que a fase investigatória não poderia ser considerada processo propriamente dito pela ausência de parte acusadora, nascendo o processo somente a partir da acusação (ANDRADE, 2008).

Das teorias expostas, segue-se aqui a de que, nos sistemas mistos, a fase investigatória possui natureza jurisdicional. Isso porque o elemento fixo do sistema inquisitivo que dá formação ao sistema misto é justamente a possibilidade de abertura do processo de ofício, não se podendo falar de fase administrativa ou pré-processual no sistema inquisitivo. Aceitar que a fase investigatória não tem natureza jurisdicional significa separá-la do processo, restando, portanto, somente a parte acusatória do sistema misto, confundindo-o com o próprio sistema acusatório.

## 2.4 CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, convém citar o raciocínio exarado por ARMENTA DEU (2012, p. 20-21, grifos nossos) quanto à relevância da dicotomia inquisitivo-acusatória:

**Es muy probable que la inicial dicotomía inquisitivo-acusatorio haya agotado su utilidad y que las categorías implicadas deban ser objeto de un necesario acuerdo en cuanto a su significado.** Es asimismo posible que cuando se habla de «proceso inquisitivo» se está traicionando el término «proceso» en su acepción más simple. Y no resulta desdeñable que el uso de muchas de estas categorías, singularmente, principio, sistema o modelo acusatorio (que todos se usan indistintamente) hayan sido manipulados consciente o inconscientemente con ánimo interesado o simplemente con falta de rigor suficiente. **Pero no es menos cierto que muchas de las características atribuidas generalmente al sistema acusatorio son reconocibles en todos los procesos de las sociedades democráticas actuales, así como que con las variaciones que procedan de unas u otras opciones debe admitirse un patrimonio común que se asienta en los respectivos códigos procesales penales, más aún a partir de los convenios internacionales sobre derechos humanos y la proclamación universal de las garantías mínimas del ciudadano frente a la administración de justicia penal.** Ambos constituyen un acervo común que comprendería la publicidad del juicio oral, la contradicción en las alegaciones y en la práctica de la prueba, el derecho inviolable a la defensa, la imparcialidad del juez y la presunción de inocencia, cuyo respeto constreñiría notablemente las posibles divergencias entre sistemas. Un elenco de principios y derechos, en definitiva, cuya salva-guarda sería el mínimo común denominador para un «proceso justo». **Difícilmente encontraremos hoy en día un modelo acusatorio, adversativo o inquisitivo puro, como tampoco un modelo mixto realmente homologable.** El importante número de derechos y garantías y por ende de combinaciones posibles dibuja un abanico tan amplio de sistemas resultantes que hay que referirse a los citados mínimos propios de un proceso justo, partiendo inexorablemente de una conclusión previa: **salvado el repetido elenco de mínimos, la valoración del resultado dependerá esencialmente del juego de pesos y contrapesos, del equilibrio, en resumen, de los principios y derechos elegidos.** Principios, que ya se adelanta, generalmente se reconocen como referencia en las declaraciones internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos interpretativos, al constituir un ejemplo recurrente de consenso internacional a la hora de fijar el reiterado elenco. En esa dirección, una última cuestión debe ser evitada a toda costa, que el cúmulo de distorsiones derivado del error, la ignorancia o el análisis interesado acarree la pérdida de significado de unas categorías que han servido a lo largo de la historia de faro de las garantías procesales. Consecuencia, que conviene no olvidar, también puede originarse por el hecho de atribuirles más de lo que significan, diluyendo sus notas definitorias y dejando de resultar reconocibles, despertando demasiadas esperanzas lo que suele conducir a la frustración.

Conforme se depreende da lição supra, parece ser mais interessante e efetivo, nos dias atuais, ater-se ao equilíbrio entre os princípios e direitos elegidos que configurem um processo justo do que tentar homologar todos os ordenamentos atuais dentro dos parâmetros limitados que balizam os sistemas processuais clássicos.

Apresentados os sistemas processuais penais, e feita essa última observação, os próximos capítulos analisarão os três modelos de investigação preliminar cunhados pela doutrina processualista e pela experiência dos ordenamentos jurídicos modernos — quais sejam, o juizado de instrução, a investigação a cargo do Ministério Público e a investigação a cargo da polícia judiciária — com vistas aos elementos constitutivos dos sistemas processuais penais.

Serão examinados os conceitos de cada modelo, os principais exemplos de sua aplicação nos ordenamentos modernos e a análise crítica doutrinária acerca de cada um deles. No tocante às investigações a cargo do Ministério Público e da polícia judiciária, as especificidades do ordenamento brasileiro serão igualmente ponderadas.

### 3 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO JUIZ INSTRUTOR

#### 3.1 CONCEITO E DESENVOLVIMENTO

A chamada investigação preliminar judicial é adotada naqueles sistemas penais nos quais a figura central e autoridade máxima no âmbito investigativo preliminar à fase processual é o chamado juiz instrutor, magistrado togado pertencente ao corpo permanente do Poder Judiciário daqueles países. Como dirigente do procedimento investigatório, o juiz instrutor detém todos os poderes necessários para realizar as investigações e diligências que entenda suficientes para trazer elementos de convicção tanto ao órgão acusador quanto ao defensor do investigado, buscando, portanto, o vislumbre da verdade dos fatos. É de suma importância que se diferencie o papel do juiz instrutor daquele do magistrado que atua na fase processual.

A tarefa do juiz durante a fase instrutória é qualitativamente distinta daquelas desempenhada no processo, pois, na instrução preliminar, leva a cabo atividades de investigação, ao passo que, na fase processual, realiza atividades próprias do processo de declaração (LOPES JR., 2003, p. 73).

Primordialmente, o instituto do juiz instrutor surge da figura do inquisidor. Este atuava como parte, investigando, dirigindo, acusando e julgando. O procedimento adotado era registrado de forma escrita e secreta, ausente o contraditório, sendo o estado de prisão do acusado regra geral. De acordo com LOPES JR. (2003, p. 70), “confundiam-se as atividades do juiz e acusador, com claro prejuízo para o sujeito passivo, que se convertia em mero objeto da persecução”.

Contemporaneamente, os modelos atuais não permitem que o juiz instrutor seja equiparado a um inquisidor, no sentido histórico, na medida em que não cabe a ele estritamente acusar. Ademais, na grande maioria dos sistemas que adotam a figura do juiz instrutor, não cabe ao magistrado que instruiu a fase investigatória julgar o mérito da causa caso venha a ser efetivamente instaurada uma ação penal decorrente das investigações. A própria divisão do procedimento em fase investigativa preliminar e fase processual, com a predominância de características do sistema acusatório no segundo, também demonstra o distanciamento da figura contemporânea do juiz instrutor daquela do inquisidor clássico (LOPES JR., 2003).

Vigora, de forma geral, o princípio da oficialidade, de forma que caberá ao magistrado, por sua iniciativa e sem necessidade de qualquer provocação, excetuando-se os delitos de iniciativa privada, determinar a instauração de procedimento de investigação preliminar, dirigi-lo, determinando diligências, e, ao final, decidir sobre o seu encerramento.

No trâmite do procedimento investigatório, caberá ao juiz instrutor determinar e impor o cumprimento de toda diligência necessária à elucidação dos fatos tidos presumidamente como criminosos, sendo ponto fundamental do instituto a independência do magistrado para fazê-lo de ofício, isto é, sem provocação alguma do órgão acusador. Conforme aduz LOPES JR. (2003, p. 71, grifo do autor), “nesse sistema, a prova não é apenas produzida na presença do juiz instrutor, senão que é *colhida e produzida por ele mesmo*”.

Dentre as diligências que podem ser requeridas pelo juiz instrutor destacam-se o interrogatório do sujeito passivo da relação jurídica, a utilização de medidas cautelares relativas a pessoas ou bens de interesse para a investigação, a concessão de liberdade provisória ao sujeito investigado, a realização de inspeções judiciais e o requerimento de perícias técnicas, proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e ainda a intimação para depoimento da vítima e de eventuais testemunhas (LOPES JR., 2003).

Isso posto, ao tomar conhecimento da prática de um crime através de *notitia criminis* ou qualquer outro meio, o juiz instrutor abrirá o procedimento investigatório, passando a determinar as primeiras diligências cabíveis ao caso concreto, ordenando a polícia judiciária para que pratique todos os atos que julgue pertinentes para a averiguação da materialidade a autoria do fato criminoso. A participação do Ministério Público e da defesa dependerá especificamente do ordenamento jurídico analisado, mas, em geral, impõe-se-lhes solicitar a execução de diligências, cabendo ao magistrado decidir sobre a sua realização (LOPES JR., 2003).

O juiz instrutor é livre para intervir, recolher e valorar o material probatório colhido, não se podendo falar em defeito ou nulidade pela inatividade dos demais sujeitos. A iniciativa e a gestão probatória encontram-se totalmente a cargo do magistrado, não havendo qualquer vinculação aos pedidos da defesa ou da futura acusação, de forma que o magistrado pode acatá-los ou não na medida em que os considere úteis ou pertinentes aos fins da investigação (LOPES JR., 2003).



Ainda nesse sentido, cabe anotar que é possível ao juiz instrutor abrir, realizar e concluir procedimentos investigatórios em contrariedade à opinião do Ministério Público, isto é, o futuro acusador na fase processual, no caso concreto. Desta forma, é possível nos sistemas que adotam a figura do juiz instrutor que o procedimento preliminar de investigação seja concluído no sentido da ausência de materialidade e/ou autoria criminal, a despeito do entendimento diverso do órgão ministerial, ou ainda a conclusão pela presença de indícios de prática criminosa por parte do juiz instrutor, embora divirja de tal conclusão o *parquet* (LOPES JR., 2003).

Em face do protagonismo do magistrado na investigação preliminar judicial, é de suma importância que os ordenamentos que a adotam prevejam concretamente um sistema recursal disponível aos demais sujeitos, isto é, ao Ministério Público e à defesa, para possibilitar a impugnação das decisões do instrutor a fim de evitar arbítrios e ilegalidades (LOPES JR., 2003).

O juiz instrutor deverá pautar sua conduta na imparcialidade ao buscar elementos de prova que possibilitem a narrativa dos fatos da forma mais aproximada possível da verdade real, elementos que analisados conjuntamente tenham o condão de reforçar uma tese e afastar as demais. Caberá ao instrutor recolher tanto os indícios que apontem a autoria e a materialidade delitivas, favorecendo uma futura acusação, como os elementos que sirvam para exculpar o investigado e baseiem a tese defensiva. Nessa esteira, a imparcialidade é a pedra de toque do instituto da investigação preliminar judicial, ao passo que a verdade deverá ser buscada acima de quaisquer inclinações do magistrado a cargo da investigação (LOPES JR., 2003).

## 3.2 EXPERIÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

### 3.2.1 Espanha

O direito penal espanhol adota um modelo bipartido de procedimento em matéria penal, dividindo-se em uma fase pré-processual, a instrução preliminar, e a fase processual propriamente dita, ou *juicio oral*. Há ainda a chamada *fase intermedia*, posterior à instauração do procedimento investigatório e anterior à abertura do processo ou ao seu arquivamento.

O *Ministerio Fiscal*, órgão correlato ao Ministério Público, é o titular da ação penal nos delitos cuja persecução se dá de ofício, ou seja, que são de iniciativa pública, cabendo ao particular ofendido a titularidade da ação nos casos em que não há exigência de instauração de procedimento de ofício, isto é, nos delitos cuja persecução é de iniciativa privada.

Nos crimes que requeiram iniciativa pública, não só ao Ministério Público caberá a titularidade, mas também a qualquer pessoa — excetuando-se, entre outros, os juízes —, dado que o direito espanhol adota o sistema de ação popular, cabendo a titularidade da ação penal, nos crimes perseguíveis de ofício, tanto ao órgão acusador quanto a qualquer interessado, vítima ou não do fato tido como criminoso, podendo, inclusive, encontrar-se no polo ativo da ação o MP, o acusador popular e a própria vítima habilitada no processo de forma conjunta (LOPESJR., 2003). Esta particularidade encontra fundamento legal no art. 101 da LECrim (ESPAÑA, 1882, tradução nossa): “A ação penal é pública. Todos os cidadãos espanhóis poderão exercitá-la com base nas prescrições da Lei”<sup>1</sup>.

No âmbito da investigação preliminar, cabe diferenciar as três modalidades de procedimento que oferece o ordenamento espanhol, quais sejam, o *sumario*, as *diligencias previas* e a *instrucción complementaria*.

O procedimento *sumario*, nas palavras de LOPES JR. (2003, p. 220), “é o modelo de instrução judicial por excelência”, tendo surgido com a promulgação da LECrim em 1882, constituindo a fase pré-processual dos processos que seguem o procedimento ordinário.

O procedimento de investigação *sumario* se destina ao esclarecimento dos fatos que constituem crimes graves, cujas penas encontrem-se acima de nove anos. Tal procedimento poderá ser instaurado de diversas formas.

De ofício, nos casos em que a autoria e a materialidade delitivas forem patentes desde o início seja por uma situação de flagrância, seja pela notoriedade pública do fato etc.

Mediante *denuncia* pública, situação na qual o MP ou qualquer cidadão espanhol leva ao conhecimento do judiciário a notícia da ocorrência de um delito sendo obrigatória a apresentação formal de *notitia criminis* para a instauração do procedimento. Apresentada a *notitia*, o instrutor levará a cabo as primeiras

---

<sup>1</sup> No original: “La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.

diligências cabíveis ao caso concreto e decidirá pela sua admissão ou o seu arquivamento. Recebida a *notitia*, o denunciante particular – isto é, qualquer pessoa que não o representante do MP – esgota a sua participação, não sendo considerado sujeito do procedimento (LOPES JR., 2003).

Poderá, ainda, ser instaurado a partir de *querella* pública, na qual o denunciante não só leva ao conhecimento do juiz, ou, no caso de urgência, da polícia judiciária, a notícia do cometimento de um delito, mas também requer a sua habilitação no feito, atuando como sujeito na instrução preliminar e parte no processo posterior. Para tal é exigido auxílio de um advogado e que a *querella* aponte um indivíduo determinado como autor do crime. Não se podendo indicar um suspeito prontamente, a *querella* pública não será admitida, devendo proceder-se à denúncia pública e posterior habilitação do interessado (LOPES JR., 2003).

Já nos delitos de iniciativa pública condicionada, poderá ser apresentada a *denuncia* privada, a qual consubstancia requisito para a atuação estatal, assemelhando-se, portanto, à figura da representação prevista no ordenamento brasileiro. Uma vez instaurado o procedimento advindo de *denuncia* privada, assumirá as investigações o juiz instrutor que as levará a cabo independentemente de arrependimento do denunciante, cabendo ao MP opinar pelo arquivamento ou pela abertura de ação penal, podendo o ofendido participar na condição de acusador particular (LOPES JR., 2003).

No âmbito dos crimes de iniciativa privada como calúnia, injúrias, maus tratos, etc., caberá a *querella* privada, na qual o ofendido leva ao conhecimento do instrutor a ocorrência do delito sofrido e manifesta o seu interesse em habilitar-se como sujeito no procedimento preliminar e como parte no processo posterior, sendo também considerado *dominus litis*, podendo iniciar, desenvolver e terminar o procedimento (LOPES JR., 2003).

A partir da cognição do juiz instrutor acerca da existência de um fato tido como criminoso, seja de ofício, seja mediante *denuncia* ou *querella* (estas públicas ou privadas), caberá a ele levar a cabo todas as diligências necessárias em busca da verdade real mediante instauração de procedimento preliminar *sumario*, o qual, concluído, levará à abertura da fase *intermedia*. Ao *Ministerio Fiscal* atribui-se uma função inspetora, nos termos do art. 306 da LECrim, sem, contudo, dispor o promotor encarregado de poderes de ingerência no procedimento, que será presidido pelo juiz instrutor diretamente (LOPES JR., 2003).

O procedimento *sumario* deverá ter a forma escrita, documentando-se os atos produzidos oralmente, e ser sigiloso ao público externo até a abertura da ação penal. Poderá também o juiz instrutor decretar o seu sigilo interno justificadamente, nos termos do art. 302 da LECrim (ESPANHA, 1882), não atingindo, contudo, tal decisão, o Ministério Público.

Findas as investigações, o juiz instrutor encerrará o procedimento mediante decisão interlocutória denominada *auto de conclusión del sumario* e remeterá os autos ao Tribunal competente, dando início a chamada *fase intermedia*. Nesta fase, dirigida não mais pelo instrutor, mas pelo órgão competente, as partes poderão manifestar pela concordância ou discordância com o *auto* produzido pelo magistrado que instruiu as investigações, podendo também requisitar novas diligências. Concordando com o *auto*, poderá o MP ou o acusador requerer a abertura do *juicio oral*, o processo propriamente dito, obrigatoriamente mediante petição de abertura, formulando acusação e imputando ao indiciado a prática de um crime específico. Embora não haja previsão legal, o contraditório é garantido ao imputado nesta fase em face da jurisprudência assentada pelo Tribunal Constitucional espanhol (LOPES JR., 2003). A finalidade desta fase intermediária é garantir que o *sumario* está bem concluído, verificando se há necessidade de novas diligências ou não, e decidir se estão presentes os pressupostos necessários para a abertura de um processo criminal.

As chamadas *diligencias previas*, por sua vez, surgem no ordenamento espanhol com a promulgação da LO 7/88, com a pretensão de imprimir um ritmo mais célere às investigações ao aumentar as atribuições do Ministério Público. Contudo, o que pretendia ser um procedimento especial, apresenta, na realidade, configuração muito semelhante ao ordinário devido ao grande número de crimes que se submetem às *diligencias*, quais sejam, todos aqueles cuja pena não exceda nove anos, excluídos os de competência do Júri. Apesar desta modalidade investigativa objetivar uma maior participação do Ministério Público nas investigações, afastando-se, assim, do sistema de instrução judicial, a própria estruturação do *Ministerio Fiscal* espanhol dificulta a existência satisfatória da figura do promotor instrutor dada a ausência de independência funcional plena do órgão, sendo o *Fiscal General del Estado*, chefe do MP, indicado pelo governo (LOPES JR., 2003).

Neste procedimento, o particular noticia mediante *denuncia* à autoridade policial da ocorrência de um fato presumidamente criminoso e esta por sua vez

instaurará e instruirá o *atestado*, espécie de boletim de ocorrência, que, concluído, será enviado ao juiz de instrução com cópias ao Ministério Público. No caso do fato ser noticiado diretamente ao juiz ou ao MP, caberá a estes a instrução com o auxílio da polícia judiciária. Tal sistema impõe celeridade uma vez que, recebido o *atestado* pelo instrutor, e este julgando suficientes os indícios coletados em sede policial, será dada vista ao MP que, querendo, poderá requisitar de imediato a abertura do *juicio oral*. De todo o exposto, nota-se que nas *diligencias previas* é possível a atuação de um promotor instrutor ao invés de um juiz. Contudo, havendo investigações paralelas entre eles, deverá o promotor afastar-se da instrução, submetendo-se, portanto, as investigações tão somente ao juiz. A fase intermediária, no caso das *diligencias previas* chamada de *preparación del juicio oral*, será instruída pelo juiz que determinará ao MP e aos acusadores habilitados a formulação escrita de acusação ou pedido de arquivamento no prazo de cinco dias (LOPES JR., 2003).

### 3.2.2 França

Em um primeiro momento, faz-se necessário compreender que o modelo processual penal francês é desenvolvido em três estágios, quais sejam, a fase de investigação, a fase de instrução e a fase de julgamento. A primeira fase é instaurada a partir da notificação da ocorrência de uma infração pela vítima ou por terceiro ou por informações obtidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, ou ainda na ocorrência do flagrante policial de um crime ou delito. A fase de instrução difere caso a infração constitua um *crime* ou um *delito* (ou ainda, excepcionalmente, uma contravenção), situação em que a fase de julgamento também de diferenciara, devendo-se distinguir entre o julgamento de uma infração apontada como *crime* ou como *delito* por aquele ordenamento jurídico. Esta diferenciação é relevante na medida em que, nos casos de julgamentos de *crimes*, a figura do juiz instrutor se fará presente no procedimento. (CHOUKR, 2006)

As raízes históricas do *juge d'instruction* se assentam na figura do *lieutenant criminel*, figura criada pela Declaração dos Franceses de 1522, cujas atribuições foram posteriormente pormenorizadas por Henrique II em 1552. A figura atual do juiz instrutor no ordenamento francês surge, contudo, apenas em 1810, ano no qual se promoveu uma reforma concernente à própria organização judiciária francesa (CHOUKR, 2006).

O *Code de Procédure Penale* francês de 1958, que se encontra em vigência, em seu art. 75, determina que a Polícia Judiciária procederá à *enquête préliminaire* sob o controle do Ministério Público, sendo esta a regra para os *delitos* de menor gravidade. Já a *Instruction préparatoire*, contida nos artigos 79 e seguintes do CPPf, é obrigatória para os delitos mais graves, *crimes*, e facultativo para os menos graves, *delitos*, podendo ser instaurada de ofício pelo juiz instrutor – *juge d’instruction* – ou mediante solicitação do Ministério Público (LOPES JR., 2003).

No que concerne à organização do judiciário francês, destaca-se que tanto os juízes quanto os promotores pertencem ao Poder Judiciário e são considerados magistrados, diferenciando-se em *magistrats du parquet* e *magistrats du siège* (LOPES JR., 2003).

Os juízes que exercem a função de instrutores são eleitos dentre os juízes do tribunal, sendo nomeados previamente por indicação dos demais magistrados e considerados como magistrados de uma categoria especial. No exercício do mandato, os juízes instrutores poderão requerer de forma direta o uso da força pública e atuarão por invocação do Ministério Público, sendo competentes para instruir toda a matéria e, em regra, contra qualquer pessoa (LOPES JR., 2003).

Objetivamente, tanto a *enquête préliminaire* quanto a *instruction préparatoire* são sumárias, limitando-se a verificar indícios de autoria e materialidade. Por sua própria natureza, a *enquête* é mais rápida, vez que se aplica nos casos de delitos de menor ofensividade. Já a *instruction* deverá seguir estritamente as previsões legais que a sustentam, buscando o instrutor não só indícios da ocorrência e da autoria do crime, mas também quaisquer elementos que busquem aferir a verdade dos fatos, bem como a personalidade do investigado e também aqueles que sirvam à sua defesa. O Ministério Público poderá solicitar todas as diligências que julgar necessárias por meio do *Procureur de la République* (LOPES JR., 2003).

O juiz instrutor no ordenamento francês, no âmbito da *instruction préparatoire*, deverá investigar o fato indicado na requisição ministerial, podendo proceder à investigação de fatos novos somente mediante a apresentação de uma *réquisitoire supplétif*, uma requisição supletiva, apresenta da pelo *parquet* (LOPES JR., 2003).

A instrução preliminar judicial no ordenamento francês caracteriza-se por ser secreta, conforme previsão do art. 11 do CPPf (FRANÇA, 1958, tradução nossa) “Salvo nos casos onde a Lei determine de outra forma e sem prejuízo dos direitos da

defesa, o procedimento no curso da *enquête* e da *instruction* é secreto”<sup>2</sup>. Outra particularidade reside no fato de que o procedimento é majoritariamente escrito, conservando-se a oralidade para a fase processual.

No que se refere à participação do sujeito passivo, deve-se novamente diferenciar a figura da *enquête préliminaire* da *instruction préparatoire*. Na *enquête*, a participação da defesa é limitada com base na menor ofensividade do delito praticado e em nome da celeridade que o procedimento exige. Já na *instruction*, o investigado tem direito a um advogado desde sua imputação até a finalização da fase pré-processual, tendo o procurador acesso garantido aos autos e sendo-lhe comunicadas com antecedência qualquer decisão que influencie a liberdade de seu cliente, sendo ainda obrigatória a sua presença em audiências, interrogatórios e acareações (LOPES JR., 2003).

Entre a etapa de investigação judicial e a fase processual propriamente dita, em casos de maior complexidade, a chamada *Chambre d’Accusation* — câmara de acusação — poderá atuar, já em sede de ação penal, com o objetivo de determinar quais causas são viáveis de prosseguimento, tratando-se, assim, de espécie de filtro pré-processual, evitando o prosseguimento de causas mal instruídas. Este órgão é composto por três magistrados, um presidente nomeado especificamente para a função e mais dois assessores indicados pela *Cour d’Appel*, e detém competência para examinar a instrução, confirmando-a e remetendo a ação para julgamento pela *Cour d’Assises*. Caberá, ainda, à *Chambre d’Accusation* atuar como grau recursal relativamente às decisões tomadas na instrução judicial preliminar, verificando os apelos interpostos pelas partes ao decorrer das investigações (CHOUKR, 2006).

Por fim, imperioso apontar que o direito francês adotou no ano de 2000 a figura do juiz das garantias, ou das liberdades, que atua pontualmente em incidentes jurisdicionais específicos ainda que a investigação esteja a cargo de um juiz instrutor. Nesse sentido leciona DERVIEUX (2005 apud CHOUKR, 2006, p. 25, grifos do autor) que “desde a lei de 15 de junho de 2.000, há um juiz independente ou *juiz das liberdades e da detenção*, o qual decide sobre a manutenção da custódia. É ele que decidirá sobre o pedido de liberdade feito pela pessoa custodiada”.

---

<sup>2</sup> No original: “*Sauf dans le cas ou la loi endispose autrement et sans préjudice dès droits de la défense, la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète*”.

### 3.3 ANÁLISE CRÍTICA DOUTRINÁRIA

O juizado de instrução, por ser o modelo mais antigo e associado ao sistema inquisitivo, é alvo de críticas de ordem prática técnica da doutrina. Conforme aduz ANDRADE (2008, p. 433-434), encontram-se entre os argumentos contrários ao modelo do juiz instrutor:

[...] a) falta de preparo do juiz para investigar; b) inversão de papéis entre Ministério Público e juiz de instrução; c) as informações e depoimentos obtidos durante a fase de investigação podem receber valor probatório e serem utilizadas para condenar; d) ausência de controle sobre a atividade do juiz de instrução; e) inércia dos juízes da fase de julgamento, que não se aprofundam mais além do que já foi investigado pelo juiz de instrução; f) submissão do Ministério Público às conclusões do juiz de instrução; e g) quebra dos princípios da celeridade e economia processual, em virtude da repetição, durante a fase de julgamento, das diligências e depoimentos já realizados na fase de investigação.

De todas as críticas elencadas, a imparcialidade do juiz instrutor é questão primordial acerca da própria existência do instituto. Nesse sentido, LOPES JR. (2003, p. 73-74, grifos do autor) aponta para a importância da diferenciação dos conceitos de parcialidade e imparcialidade ao alertar:

Segundo W. Goldschmidt, o termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *imparcial* substitui a autonomia das partes. Com essa substituição, impede-se o uso da força, a resignação e a rendição. Por outro lado, *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, e tem como antítese a *imparcialidade*, que consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetiva do julgador, que deve submergir no objeto, olvidando sua própria personalidade. Por isso, consideramos a imparcialidade como um **estado anímico do julgador**.

Dessa forma, tem-se que o juiz não deve ser tão somente imparcial, não integrando ativamente a acusação ou a defesa, mas imparcial, isto é, afastar a sua subjetividade e seus pré-conceitos e proceder a uma análise desapaixonada e objetiva das questões fático-jurídicas trazidas à sua apreciação.

A imparcialidade é o alheamento do juiz aos interesses das partes na causa. Contudo, ademais de estar alheio aos interesses contidos na relação processual existente concretamente em uma ação específica, a lição trazida por Ferrajoli e explanada por LOPES JR. (2003, p. 74, grifos do autor) ensina que o plano da



imparcialidade judicial deve transcender a relação jurídica pontual e ser concebida como exterioridade judicial a todos os sistemas de poderes; é dizer:

O juiz não tem por que ser um sujeito *representativo*, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo, nem sequer o interesse da maioria, ou inclusive da totalidade dos lesados. Ao contrário do poder executivo ou do legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias.

A imparcialidade do juiz instrutor é aferível de forma mais direta e observável do que a do juiz ordinário, vez que aquele magistrado se dedica a tarefas de investigação enquanto que este último se atém às questões trazidas à baila no processo pelas partes. Conforme ensina LOPES JR. (2003, p. 75, grifos do autor), “um é sinônimo de *atividade* e o outro de *inércia*”. Eis o contraste principal entre as atividades jurisdicionais do instrutor e do julgador ordinário: o juiz sentenciante retém um papel fundamentalmente supra-partes, afastando-se da subjetividade e reagindo conforme as alegações que lhe são propostas, seja pela acusação, seja pela defesa, ao passo que o juiz instrutor atua ativamente no procedimento investigatório, construindo ao longo da investigação uma ligação direta com as provas que foram produzidas e colhidas, apegando-se aos indícios e, finalmente, estabelecendo o seu juízo diante do todo.

Esta proximidade suscita a questão mais relevante a ser respondida no âmbito da investigação preliminar judicial, qual seja, a impossibilidade do juiz instrutor presidir a fase processual, proferindo sentença ao final.

LOPES JR. (2003, p. 76) examina o tema a partir da análise do sistema adotado na Espanha, posto que este é o modelo típico de aplicação do instituto da instrução judicial e porque tal ponto já foi enfrentado pelo Tribunal Constitucional daquele país, “produzindo qualificada doutrina e jurisprudência”. O autor aduz que, originalmente, a Espanha adotou através da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 (ESPAÑA, 1882) um sistema bifásico com separação de funções, de modo que o juiz instrutor apenas instruíra. Tal separação era, inclusive, uma preocupação já exarada por Alonso Martinez na exposição de motivos da LECrim, uma vez que pretendia-se evitar vícios graves que poderiam ocorrer no caso do mesmo juiz que instruiu as investigações julgar a causa, “pois seu ânimo estaria carregado de

preocupações e ‘pré-juízos’ que nasceriam no decorrer da instrução preliminar” (LOPES JR., 2003, p. 76).

Tal divisão manteve-se até 1967, ano em que a LO 3/1967, ratificada pela LO 10/1980 (ESPANHA, 1980), permitiu a instrução preliminar e posterior julgamento pelo mesmo magistrado nos casos de crimes dolosos persecutíveis de ofício, quais sejam, os castigados com pena privativa de liberdade não superior a seis meses ou com quaisquer outras penas de distinta natureza, fossem únicas, conjuntas ou alternativas, sempre que a sua duração não excedesse seis anos, e os flagrantes, castigados com pena ou penas, quaisquer que fossem sua natureza, cuja duração não excedesse seis anos.

Contudo, o sistema estabelecido pela redação da LECrim de 1882 voltaria a vigorar a partir da sentença 145 de 1988 exarada pelo Tribunal Constitucional Espanhol que declarou a inconstitucionalidade do sistema proposto pela LO 10/1980 por violar o direito ao juiz imparcial. Tal decisão teve por base a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, especialmente os casos *Piersack*, de 1982, e *Cubber*, de 1984, nos quais se consagrou que a atuação do juiz instrutor na fase processual viola o direito ao juiz imparcial constante no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950. De acordo com o TEDH, desde o caso *Piersack*, a contaminação resultante da parcialidade do julgador pode advir da constatação da sua imparcialidade subjetiva ou objetiva. Naquele caso identificou-se que a imparcialidade subjetiva remete ao convencimento pessoal do juiz que conhece determinado assunto possuindo, portanto, pré-juízos acerca de determinado tema. Por outro lado, entendeu-se por imparcialidade objetiva a situação na qual o julgador se encontra em uma posição na qual haja garantias suficientes para afastar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. (LOPES JR., 2003).

Com base no entendimento do TEDH, o Tribunal Constitucional espanhol aduziu que o juiz que instruiu o feito não pode julgar a causa, pois tal situação violaria a chamada imparcialidade objetiva, “aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo” (LOPES JR. 2003, p. 77), uma vez que, embora a instrução preliminar exija uma busca objetiva pela verdade, a proximidade do instrutor com os sujeitos e os fatos pode provocar no julgador uma série de pré-juízos, atingindo, portanto, a sua imparcialidade. Apontou igualmente o Tribunal que o julgador deve transparecer uma aparência de

imparcialidade a todos os cidadãos igualmente submetíveis à administração da Justiça, de forma que, atualmente, se pode falar a existência da uma presunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor, razão pela qual se encontra impedido de julgar o feito que instruiu (LOPES JR., 2003).

Superada a questão, passa-se à breve análise das vantagens e dos inconvenientes do modelo de investigação judicial.

As vantagens da investigação preliminar judicial residem na garantia de que as investigações serão realizadas por um órgão supra-partes. Com isto, a busca pela verdade, a salvaguarda da sociedade e a qualidade do filtro processual que constitui a investigação preliminar, posto que esta garante a inexistência de uma ação penal sem a averiguação prévia de indícios, estando sob a tutela de um magistrado, encontram as melhores condições de efetividade diante de uma melhor qualidade do resultado das investigações, que serão de maior utilidade tanto para a acusação quanto para a defesa. Ademais, na fase investigatória são praticados atos de averiguação que projetam reflexos na esfera dos direitos fundamentais do investigado, mormente nas medidas cautelares, razão pela qual a sua concreção depende de expressa autorização judicial, sendo inadmissível que tais atos sejam praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária sem que a sua justificativa passe pelo crivo judiciário. Desta forma, a investigação judicial traz celeridade ao procedimento investigatório, na medida em que o magistrado, ao se confrontar com uma questão relevante, possa determinar a prática de diligências *ex officio*, estabelecendo o ritmo das investigações (LOPES JR., 2003).

Por outro lado, tal modelo pode apresentar inconvenientes, notadamente quando o ordenamento jurídico adota o sistema acusatório de processo penal. Nesse sentido, a lição de LOPES JR. (2003. p. 81):

Se entendermos que o sistema acusatório significa, simplesmente, a separação das atividades de acusar e julgar, ou seja, que a acusação deve ser exercida por uma pessoa distinta daquela que acusa, a figura do juiz instrutor — por si só — não viola os postulados do modelo acusatório. O juiz instrui e o MP acusa para outro juiz julgar

Sem embargo, a conclusão é distinta se verificarmos, de forma ampla, que o modelo acusatório atual propugna pela igualdade das partes com relação às oportunidades no processo, mantendo-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao trabalho de investigação e passivo no que se refere ao recolhimento da prova, tanto das provas de imputação como das de descargo; cujo procedimento é em regra oral; com plena publicidade, e, principalmente, contraditório. Nesse caso, cotejada a figura do juiz instrutor com as demais características do sistema (segredo, forma escrita, ausência de igualdade e de contraditório, atividade de ofício do juiz na investigação

do fato etc.), chegamos à conclusão de que o modelo está contrário ao sistema acusatório.

Desta forma, tem-se que o modelo de investigação judicial se aproxima do sistema inquisitivo, vez que, neste modelo, se apresenta não só como uma possibilidade, mas também como um dever do magistrado impulsionar o procedimento investigatório de ofício, consubstanciando-se o magistrado em ferrenho investigador, tal qual os inquisidores ao seu tempo (LOPES JR., 2003).

Além disso, o fato de que o mesmo sujeito que julgue necessária certa diligência seja o mesmo que decide acerca da sua real necessidade e legalidade atinge a esfera da parcialidade objetiva, comprometendo a tutela das garantias individuais do acusado e maculando a credibilidade do próprio judiciário (LOPES JR., 2003).

Outrossim, a investigação a cargo do juiz instrutor representa contradição lógica, visto que o juiz investiga para o Ministério Público acusar sem que necessariamente exista concordância entre os dois órgãos, cabendo a um representante do Poder Judiciário exarar opinião acerca de autoria e materialidade delitivas, formando a opinião que embasará o *parquet* sem que, muitas vezes, haja qualquer ingerência do órgão acusador (LOPES JR., 2003).

## 4 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### 4.1 CONCEITO E DESENVOLVIMENTO

Nos ordenamentos que outorgam ao Ministério Público a instrução do procedimento preliminar criminal, um membro do *parquet* denominado promotor investigador ou, ainda, promotor instrutor é o titular das investigações preliminares que poderão ensejar a abertura de um processo criminal.

O instituto nasce, em sua acepção moderna, com o advento do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, o qual previa em seu art. 59 que o Procurador Geral Imperial dividia sua legitimidade investigatória com o juiz de instrução, podendo requerer auxílio da força pública sempre que necessário, conforme admitia o art. 25 do referido diploma (ANDRADE, 2006).

Com o passar do tempo, o modelo de investigação preliminar a cargo do MP veio a ser adotado pelos países europeus em substituição ao modelo de instrução judicial já analisado. Nessa esteira, destacam-se a reforma alemã de 1974, a qual suprimiu a figura do juiz instrutor, e as mudanças legislativas realizadas na Itália, mormente no ano de 1988, e, em Portugal, no ano de 1995. O direito espanhol, conforme já analisado no capítulo anterior, tentou se aproximar do modelo do promotor investigador com a LO 7/88 através da criação das *diligencias previas*. Contudo, o modelo espanhol não pode ser considerado para fins de classificação como um modelo misto de instrução judicial e ministerial vez que, existindo concomitantemente duas investigações, o procedimento ministerial é absorvido pela instrução judicial, cabendo tão somente ao juiz instrutor prosseguir com as investigações (LOPES JR., 2003).

No procedimento investigatório a cargo do Ministério Público, o promotor investigador é o condutor da investigação, cabendo-lhe o recebimento da notícia-crime de forma direta ou indireta, através da polícia judiciária, e a investigação dos fatos nela narrados. Para tanto, poderá requerer e dirigir a atividade policial, configurando-se, assim, dependência funcional da autoridade policial ao MP, ou ainda praticar por si mesmo todos os atos que julgue necessários para a formação de sua convicção a fim de que decida entre formular acusação formal ou solicitar o arquivamento do procedimento perante o Poder Judiciário.

Relativamente a diligências e medidas cautelares que afetem ou limitem os direitos fundamentais do investigado, tais como busca domiciliares e interceptações telefônicas, dependerá o Ministério Público, em regra geral, da anuência do Poder Judiciário, representado por um magistrado que não se confunde com a figura do juiz instrutor já analisada, mas que se encontra supra-partes e atue nos limites do pedido ministerial, não possuindo qualquer ingerência nas investigações, além de restringir-se ao controle de legalidade do procedimento investigatório. Este magistrado foi denominado pela doutrina de juiz garante ou juiz das garantias (LOPES JR., 2003).

## 4.2 EXPERIÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

### 4.2.1 Itália

O *Codice di Procedura Penale* italiano atualmente em vigência foi elaborado no biênio 1987/1988 e entrou efetivamente em vigor no ano de 1989, substituindo o antigo *Codice Rocco* gerado em 1930 no auge do período fascista italiano. Entre as modificações trazidas pelo novo CPPi, uma das mais relevantes foi sem dúvidas no campo da fase preliminar de investigações com a extinção da instrução judicial e a transferência de competência para gerir o procedimento preliminar investigatório ao *Pubblico Ministero* (Ministério Público).

Desta forma, o CPPi italiano de 1988 buscou extirpar do ordenamento jurídico italiano a instrução judicial, considerada ainda um resquício inquisitivo, ao implementar o chamado *indagine preliminare*, procedimento preliminar investigatório a cargo do Ministério Público. A definição legal do procedimento é dada pelo art. 326 do CPPi, que determina que o *indagine preliminare* é o conjunto de averiguações desenvolvidas pelo MP e pela polícia judiciária necessárias para o exercício da lei penal: “1. O ministério Público e a polícia judiciária desenvolvem, no âmbito das respectivas atribuições, as averiguações necessárias para as determinações inerentes ao exercício da ação penal”<sup>3</sup> (ITÁLIA, 1988, tradução nossa).

Ressalta-se ainda que as referidas averiguações abarcam também a investigação dos indícios que se mostrem favoráveis ao investigado, nos termo do

---

<sup>3</sup>No original: “1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”.

art. 358 do CPPi: “O Ministério Público realiza todas as atividades necessárias aos fins indicados no artigo 326 e desenvolve também investigações sobre fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida às investigações”<sup>4</sup> (ITÁLIA, 1988, tradução nossa).

No ordenamento jurídico italiano existe uma distinção entre a figura do imputado (*imputato*) e a pessoa submetida aos procedimentos preliminares (*persona sottoposta alle indagini preliminari*). Nos termos do art. 60 do CPPi, assume a qualidade de *imputato* aquele a quem for atribuído um crime a partir da solicitação de reenvio ao juízo ou outra petição de mesma natureza conforme determine o procedimento adotado: “1. Assume a qualidade de imputado a pessoa a qual é atribuído o crime na requisição de reenvio a juízo, de juízo imediato, de decreto penal de condenação, de aplicação da pena nos termos do artigo 447, subdivisão 1, no decreto de citação direta a juízo e no juízo diretíssimo”<sup>5</sup> (ITÁLIA, 1988, tradução nossa). Antes desta imputação, o sujeito passivo é apenas considerado pessoa submetida aos procedimentos preliminares, não lhe sendo aplicáveis, portanto, as disposições do CPPi que façam menção ao *imputato*. Contudo, o direito à defesa técnica é garantido a ambas as figuras (LOPES JR., 2003).

Estruturalmente, o Ministério Público integra o Poder Judiciário italiano, sendo considerados magistrados tanto os promotores quanto os juízes, diferenciando-se entre si pela diversidade de funções que exercem: postulatórias (MP) ou jurisdicionais (juízes). Neste sentido, a Constituição Italiana dispõe em seu art. 107 que o Ministério Público se distingue somente pela diversidade de funções e goza das garantias estabelecidas para os juízes: “[...] Os magistrados se distinguem entre si apenas pela diversidade de funções. O Ministério Público goza das garantias estabelecidas no que diz respeito às normas sobre a organização judiciária”<sup>6</sup> (ITÁLIA, 1948, tradução nossa).

O procedimento de investigação preliminar no sistema italiano pode ser iniciado de ofício pelo Ministério Público ou mediante autorização ou atuação do

<sup>4</sup> No original: “1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”.

<sup>5</sup> No original: “1. Assume la qualità di imputato la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'articolo 447 comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo”.

<sup>6</sup> No original: “I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario”.

ofendido. Nesse sentido, distinguem-se como condições de procedibilidade a *querela*, a *istanza*, a  *richiestae a autorizzazione a procedere*.

A *querela* é própria dos casos do cometimento de delitos privados e consiste na declaração de vontade apresentada, inclusive oralmente, diretamente pelo ofendido ou mediante procurador especial necessária para que o MP possa atuar, nos termos do art. 336 do CPPi: “ 1. A querela é proposta mediante declarações nas quais, pessoalmente ou por meio de procurador especial, se manifesta a vontade de que se proceda diante de um fato previsto pela lei como sendo um crime”<sup>7</sup> (ITÁLIA, 1988, tradução nossa).

A *istanza*, com previsão legal no art. 341 do CPPi, por sua vez é um instituto de menor aplicação voltado especificamente para os casos em que o MP não pode agir de ofício e o crime foi cometido no exterior. A parte destas características, ela será proposta pela pessoa ofendida nos moldes exigidos para a *querela* (LOPES JR., 2003).

A seu turno, a  *richiestadi procedimento*, prevista no art. 342 do CPPi, compreende uma petição de instauração do procedimento preliminar por parte de alguma autoridade pública dirigida ao Ministério Público e é exigida no âmbito de determinados crimes que, por alguma particularidade especial, exigem requerimento prévio da autoridade afetada (LOPES JR., 2003).

Finalmente, a chamada  *autorizzazione a procedere*, contida no art. 343 do CPPi, configura uma autorização prévia requerida pelo Ministério Público para poder atuar contra sujeitos determinados que, em razão do cargo que ocupam, não podem ser submetida aos  *indagini preliminari* sem autorização de autoridade competente. É o caso dos suspeitos que integrem, por exemplo, o Parlamento Italiano ou a Corte Constitucional (LOPES JR., 2003).

O  *Pubblico Ministero* assume quase na totalidade a fase pré-processual, cabendo ao promotor investigador, no curso das averiguações, interrogar o investigado (art. 375 do CPPi), colher relatos testemunhais, determinar a realização de perícias técnicas (art. 359 do CPPi), diligenciar na identificação de pessoas, ordenar buscas pessoais e inclusive obter informações e dados bancários através de

---

<sup>7</sup> No original: “1. La querela è proposta mediante dichiarazione nella quale, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, si manifesta la volontà che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato”



quebra de sigilo mediante prévia autorização *Procuratore della Repubblica* ou do *giudice per le indagini preliminari* (LOPES JR., 2003).

A figura supramencionada do *giudice per le indagini preliminari* nada mais é que a aplicação no ordenamento italiano da figura do juiz das garantias ou juiz garante. Embora a investigação preliminar seja encomendada e gerenciada pelo Ministério Público, caberá ao juiz *da* instrução, isto é, atuante na instrução e não responsável por ela, atuar no controle da adoção e realização de medidas que possam restringir direitos fundamentais do investigado. Excepcionalmente, o juiz atuará com mais intensidade na audiência preliminar e nos incidentes de produção antecipada de provas.

De modo geral, as funções do juiz das garantias no ordenamento italiano são a de garantia da liberdade pessoal do investigado, a de controle da duração do procedimento de investigação preliminar e da modalidade de ação penal que o MP deverá exercer, a de garantia da formação antecipada de prova em incidente probatório e a de decisão e controle dos resultados do *indagine preliminare* na audiência preliminar (LOPES JR., 2003).

Relativamente à imparcialidade do *giudice per le idagini preliminari*, a jurisprudência consolidada na *Corte Costituzionale* Italiana vai no mesmo sentido estabelecido pela TEDH, já explicitada no capítulo que trata sobre a figura do juiz de instrução, de que o juiz atuante na fase preliminar é considerado preventivo, pois já se ateve às minúcias do caso concreto e já não dispõe do mesmo nível de imparcialidade esperado, não podendo, portanto, atuar na fase judicial (LOPES JR., 2003).

Objetivamente, a *indagine preliminare* enquanto procedimento preliminar adotado na Itália é sumário, estando limitado ao agrupamento dos elementos necessários para o exercício da ação penal. É dizer, não se busca a produção extensa de provas cabais, mas, sim, apanhar indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas que sustentem a instauração de uma ação penal (LOPES JR., 2003).

Temporalmente, está limitado expressamente pelo art. 405.2 do CPPi, que determina que o MP deverá requerer a abertura do processo em até seis meses a partir da data em que o crime foi atribuído a alguém determinado. Esse prazo será de um ano se o delito for considerado de maior gravidade pela lei penal. Ambos os prazos são prorrogáveis mediante decisão judicial. Finalmente, o art. 407 do CPPi

determina que os prazos supracitados não superarão os dezoito meses ou os dois anos respectivamente. Ademais, não sendo respeitado pelo Ministério Público o prazo determinado pela lei ou pelo juiz, todos os elementos coletados posteriormente ao seu vencimento não poderão ser utilizados na ação penal, nos termos do art. 407.3 do CPPi: “[...] 3. Salvo quanto o previsto no artigo 415bis, caso o Ministério Público não tenha exercitado a ação penal ou requerido o arquivamento nos prazos estabelecidos pela lei ou prorrogados pelo juiz, os atos de investigação realizados após o término dos prazos não podem ser utilizados”<sup>8</sup> (ITÁLIA, 1988, tradução nossa). Tal mecanismo é referido pela doutrina como o princípio da *inutilizzabilità* (LOPES JR., 2003).

A *notitia criminis* é gerenciada pelo Ministério Público, que decidirá quais atos praticará de ofício ou determinará que os realize a autoridade policial sob suas instruções. A instauração da *indagine* não é obrigatória, podendo o MP decidir pelo recebimento da notícia crime, a instauração ou não da *indagine*, a solicitação de arquivamento ou o oferecimento direto da ação penal (LOPES JR., 2003).

Instauradas, as investigações serão em regra secretas. Relativamente ao sujeito passivo, poderá haver segredo enquanto este for considerado apenas *persona sottoposta alle indagini*, devendo, contudo, ser informada da existência de procedimento de investigação contra si bem como qual o crime que esta sendo investigado e o local e a data em que teria sido cometido, o que se define como obrigação de *invio dell'informazione di garanzia*, nos termos do art. 369 do CPPi. A partir do recebimento da informação de que é objeto de investigação, o sujeito passivo pode nomear defensor que acompanhará nos atos em que a lei permita a sua presença. Por fim, o art. 114 do CPPi determina que os atos praticados no âmbito da *indagine* não poderão ser publicados, integral ou parcialmente, em quaisquer meios de mídia até o fim do procedimento (LOPES JR., 2003).

Relativamente ao valor probatório dos elementos colhidos, o ordenamento italiano determina que os indícios agrupados no procedimento preliminar não possuem valor de prova no âmbito da ação penal, razão pela qual a *indagine* é entendida pelos operadores do direito italiano como um procedimento breve e

---

<sup>8</sup> No original: “[...] 3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati. [...]”.

sucinto que visa tão somente dar as bases para o recebimento ou a rejeição da acusação. Nesse sentido, a lição de LOPES JR. (2003, p. 245):

Em suma, o sistema italiano atribui aos atos da *indagine* um valor endoprocédimental e, para evitar a contaminação do processo, determina a sua exclusão física. Para aquelas provas relevantes e urgentes, utiliza-se o incidente de produção antecipada, presidido pelo juiz da investigação preliminar e com plenas garantias de contradição e defesa.

Finalizadas as investigações, poderá o *Pubblico Ministero* solicitar o arquivamento, a abertura da audiência preliminar ou adotar outros procedimentos especiais contidos em lei que não requeiram audiência preliminar para início do processo (LOPES JR., 2003).

A *udienza preliminare* – audiência preliminar – consiste em um filtro pré-processual em que se possibilita o debate contraditório antes do recebimento da ação penal, sendo permitida, inclusive, a produção de prova sucinta. Caberá ao juiz decidir pelo recebimento da peça acusatória e remessa dos autos ao tribunal competente ou a sua rejeição, decisão atacável pela via recursal (LOPES JR., 2003).

#### 4.2.2 Alemanha

O modelo alemão de investigação preliminar (*ermittlungsverfahren* e *vorverfahren*) encontra sua definição legal no § 160 da StPO, vigente desde 1974, e consiste nas averiguações a cargo do promotor investigador das circunstâncias acerca do fato criminoso noticiado com o fim de decidir sobre o exercício ou não da ação penal pública. Na busca por indícios da ocorrência do fato delitivo, deverá o Ministério Público, por força de determinação legal, diligenciar no sentido de averiguar os elementos que possam exculpar o investigado (VOLK, 2016).

A investigação preliminar no modelo alemão se limita ao agrupamento de indícios objetivos e subjetivos suficientes para a determinação das consequências jurídicas ao fato tido como criminoso. Para tanto, o promotor investigador poderá obrigar a comparecer suspeitos e também testemunhas, proceder ao exame de documentos, requerer a sua presença na realização de autópsias, sequestrar bens e praticar as diligências necessárias para a formação de sua convicção, podendo,

ainda, algumas medidas exigirem prévia autorização judicial (GOMEZ COLOMER, 1985 *apud* LOPES JR., 2003).

No direito alemão, a investigação preliminar é facultativa, dispondo o Ministério Público de amplo poder discricional acerca de sua instauração, podendo requerer o arquivamento ou apresentar acusação sem que tenha sido instaurado o procedimento preliminar (VOLK, 2016).

Estruturalmente, o Ministério Público alemão é definido como uma autoridade autônoma no âmbito da administração da justiça, não gozando de poder jurisdicional. Contudo, não é considerado autoridade meramente administrativa, posto que não atua a partir de ordem direta da administração. Nos termos em que expõe VOLK (2016. p. 63, tradução nossa), “O promotor não é independente, mas tem superiores. O Ministério Público é uma autoridade pública. Todos os promotores se subordinam em última instância ao Ministro da Justiça”.<sup>9</sup>

Segundo ARMENTA DEU (1991 *apud* LOPES JR., 2003), o MP alemão está hierarquicamente organizado, sendo representado pelo *Primeiro Promotor* que poderá tomar para si o conhecimento da causa ou designar outro promotor para gerir as investigações. Aduz, ainda, que o *Promotor Geral Federal* é nomeado pelo Presidente da Federação, ocorrendo o mesmo no que tange os Estados Federados. Por esta razão, a autora conclui que o Ministério Público alemão se encontra em uma posição intermediária entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

No ordenamento alemão, o Ministério Público é o titular da ação penal e da investigação preliminar, estando a polícia judiciária sob o seu comando. Apesar o *parquet* ser o instrutor do procedimento preliminar, cabe intervenção judicial quando as diligências implicarem em restrições dos direitos fundamentais do investigado, mormente as que afetem a sua liberdade, nos termos dos §§ 65, 114, 126.a e 161.a, todos da StPO (VOLK, 2016).

Tal intervenção se opera através do juiz das garantias que, como já explicado anteriormente, não se confunde com a figura do juiz instrutor. Caberá a este magistrado analisar a legalidade das medidas adotados pelo promotor investigador, mas não a sua conveniência para as investigações, posto que cabe tão somente ao representante do MP determinar quais diligências serão cabíveis no caso. No direito alemão, o juiz de garantias pode, excepcionalmente, praticar atos de investigação de

---

<sup>9</sup> No original: “*El fiscal no es independiente, sino que tiene superiores. La fiscalía es una autoridad pública. Todos los fiscales se subordinan en última instancia al Ministerio de Justicia*”.

caráter urgente, reassumindo as investigações o MP após finda a urgência, conforme dispõe o § 165 da StPO; além de assegurar os meios de prova mediante incidente e produção antecipada, nos termos dos §§ 251 e 254 da StPO; e, por fim, decidir, a partir de solicitação do MP, sobre as medidas cautelares pessoais e reais e as demais medidas restritivas de direitos fundamentais (VOLK, 2016).

Objetivamente, o procedimento preliminar a cargo do MP no modelo alemão pode ser considerado sumário, uma vez que se propõe a colher elementos mínimos que possibilitem ao promotor decidir entre a apresentação da acusação ou o pedido de arquivamento. Nesse sentido, também no direito alemão fica o promotor obrigado a colher de forma equânime elementos que favoreçam o investigado desde que sejam relevantes para determinar as consequências jurídicas do fato (VOLK, 2016).

Por determinação legal prevista no § 168.b do StPO, os atos praticados pelo investigador serão reduzidos a escrito em ata. Os atos praticados pelo Ministério Público serão igualmente secretos ao público externo, sendo em sua maioria secretos também relativamente ao investigado e sua defesa técnica, existindo exceções nas quais lhe é permitido acompanhar as diligências e examinar atas produzidas pelo MP, bem como ter acesso aos elementos de prova já em custódia do *parquet*, nos termos do § 147 do StPO (VOLK, 2016).

A iniciativa para instauração de procedimento investigatório preliminar é privativa do Ministério Público, não tendo o direito alemão adotado o sistema de ação popular existente na Espanha, por exemplo (GOMEZ COLOMER, 1985 *apud* LOPES JR., 2003). Nessa esteira, sendo considerado sujeito representativo dos interesses públicos, o promotor poderá inclusive optar pela não instauração de procedimento investigatório diante da constatação de que o crime ocorrido é considerado de pequena ou média criminalidade ou, ainda, bagatelar, diante do princípio da oportunidade consagrado no § 153 da StPO (VOLK, 2016).

De outra banda, não se podendo falar em delito de pequena ou média criminalidade ou, ainda, bagatelar, estará o Ministério Público obrigado a investigar o fato presumidamente criminoso e, se das investigações surgirem elementos suficientes para acusar, exercer o seu papel acusatório na ação penal posterior (VOLK, 2016).

Desta forma, exige-se, para que tenha início o procedimento investigatório preliminar, a constatação de meros indícios fáticos, nos termos do § 152.2 da StPO. Já o seu encerramento poderá ocorrer de duas formas: mediante o seu

arquivamento com base na aplicação dos critérios de oportunidade que dispõe o MP ou porque o fato foi considerado atípico ou não há elementos suficientes para o exercício da ação penal, ou poderá ser apresentada petição formal de acusação, dando-se início ao processo e finalizando-se o procedimento preliminar (VOLK, 2016).

Há previsão no ordenamento alemão de que, nos casos em que o Ministério Público requeira o arquivamento das investigações, o ofendido poderá solicitar o envio dos autos ao Tribunal competente para que se proceda a um exame de legalidade. É a inteligência dos §§ 172 a 177 da StPO (VOLK, 2016).

A fase intermediária se destina à análise de suficiência de indícios para imputação do investigado e ao início do processo e se dá por meio de audiência preliminar, na qual poderá inclusive ser aportada prova pela defesa a fim de afastar o ímpeto acusatório, conforme propõem os §§ 201 e 202 da StPO. A decisão acerca do recebimento, diante a suficiência de indícios de autoria e materialidade, ou arquivamento, na sua insuficiência, da acusação será exarada por um Tribunal. Nos casos de recebimento, o mesmo órgão que acatou a acusação julgará e sentenciará o caso ao final do processo (VOLK, 2016).

À parte do procedimento comum exposto acima, existem procedimentos especiais mais céleres. É o caso do “procedimento acelerado” previsto nos §§ 212.a e 212.b da StPO, destinado aos delitos leves cuja pena não exceda um ano, no qual é permitido ao Tribunal examinar o requerimento feito oralmente pelo promotor e, julgando-o adequado ao procedimento, iniciá-lo (VOLK, 2016).

Destaca-se ainda o chamado “processo por ordem penal”, previsto no § 407 da StPO, no qual, não havendo oposição do sujeito passivo, é ditada uma ordem judicial imediatamente executável. É destinado aos crimes cuja pena seja inferior a um ano e somente poderão ser impostas penas de caráter pecuniário ou acessório. Desta forma, o promotor requererá ao Tribunal a ordem de aplicação direta de uma pena. Sendo acatada a promoção ministerial, não será iniciado o processo, mas expedida ordem de cumprimento da pena ao sujeito passivo que, não concordando, poderá recorrer da decisão buscando o início da fase processual. Discordando do *parquet*, o Tribunal instaurará o início da fase processual (VOLK, 2016).

#### **4.2.3 Estados Unidos**

Embora o modelo federativo adotado pelos Estados Unidos faça com que cada estado disponha de um sistema próprio — não esquecendo-nos da existência das *Federal Rules of Criminal Prosecution* —, é possível afirmar que, de forma geral, todo o trabalho realizado pela polícia tem como destinatário final um órgão equiparável ao Ministério Público nas suas duas principais esferas, seja o *District Attorney* e o *US Attorney General* no sistema federal, seja o *Municipal Attorney* e o *State Attorney General* nos sistemas estaduais (FANCHIOTTI, 1987 *apud* CHOUKR, 2006).

Ainda quanto estas figuras, a lição de FARNSWORTH (2010, p. 33, tradução nossa):

Promotores Federais, Advogados da União, e seus assistentes, são nomeados pelo Presidente e são subordinados ao Advogado-Geral dos Estados Unidos. Promotores estaduais, às vezes também chamados de advogados distritais, são geralmente eleitos por cada condado e, junto com seus assistentes, não estão sob o controle do Advogado-Geral do Estado.<sup>10</sup>

Ao longo da fase investigatória não há um controle judicial pleno, nem mesmo nos casos de arquivamento. Contudo, haverá intervenção judicial após o fim das investigações e antes do início da ação penal, nos casos em que se considerem presentes os elementos necessários, mediante uma audiência preliminar ou perante o *grand jury*, hipótese na qual deverá ser aferida a existência de *probable cause*, sem a qual não se exercitará a ação penal (FANCHIOTTI, 1987 *apud* CHOUKR, 2006).

Não se pode falar em dependência funcional entre a polícia e o Ministério Público, pois cabe àquela promover diligências investigativas de maneira autônoma e a este exercer a titularidade da ação penal, existindo entre as duas instituições tão somente uma relação de auxílio mútuo (CHOUKR, 2006).

Ao sujeito passivo das investigações não é garantido contraditório. Entretanto, a jurisdicionalização das buscas domiciliares e da interceptação telefônica, bem como a impossibilidade de produção de prova contra si mesmo e o direito à integridade e intimidade impedem que direitos fundamentais do investigado sejam maculados durante o procedimento investigatório. As provas obtidas legalmente por meio de

<sup>10</sup> No original: “*Federal prosecutors, the United States attorneys, and their assistants, are appointed by the president and are subordinate to the Attorney General of the United States. State prosecutors, sometimes known as district attorneys, are commonly elected by each county and, together with their assistants, are not under the control of the state attorney general.*”

*warrants* (mandados judiciais) embasarão a fase preliminar e poderão ser consideradas na fase processual, passando, contudo, pelo crivo do contraditório (CHOUKR, 2006).

#### 4.3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

No contexto brasileiro, não se pode falar em exclusividade na investigação criminal para a apuração de infrações penais. Nesse sentido, o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal dispõe que, à parte da polícia judiciária, existem demais autoridades administrativas autorizadas a recolher elementos informativos, ou seja, a investigar a prática de um crime.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (BRASIL, 1941).

A partir desta previsão legal, pode-se concluir que a atividade de investigação criminal no Brasil não é exclusiva da polícia, vez que outras instituições têm a possibilidade de investigar criminalmente, embora não seja esta a sua atividade fim. Nesse sentido, cita-se, a título exemplificativo, a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), CVM (Comissão de Valores Imobiliários), o Ministério da Justiça por meio da COAF (Conselho de Controle de Atividade Financeira), bem como o conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, criado pela Lei 4.319/64, entre outros (LOPES JR., 2010).

Relativamente ao Ministério Público, importa salientar previamente que, embora o *parquet* não possua atribuição para presidir inquérito policial, a jurisprudência do STF, a partir do Recurso Extraordinário nº 449.206/PR, de relatoria do Ministro Carlos Velloso (BRASIL, 2005), entende que não há qualquer impedimento legal ou constitucional da atividade investigativa do MP, não sendo obrigatória a instauração de inquérito policial para o oferecimento de denúncia caso haja outros expedientes investigativos que baseiem a *opinio delicti* do Ministério Público:



DECISÃO: - Vistos.

[...]

Decido.

No julgamento do Inq 1.957/PR, por mim relatado, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I. - **A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção.** II. - **Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado.** III. - Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV. - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93."

Salientei no voto que proferi, na 2ª Turma, no HC 83.463/RS, com o apoio dos meus pares, que não vejo impedimento para que o Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado.

Assim posta a questão, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 04 de agosto de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator - (RE 449206, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 04/08/2005, publicado em DJ 19/08/2005 PP-00110)

Ademais, a doutrina aponta passagens no texto Constitucional e em textos infraconstitucionais que esclarecem a previsão legislativa do poder de investigação pelo Ministério Público, como é o caso do art. 26 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público em seus incisos I a V e VIII, os quais conferem ao MP a autorização para conduzir e diligenciar em procedimentos investigatórios:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

[...]

VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção (BRASIL, 1993).

Assim como a polícia, o Ministério Público deverá respeitar todos os direitos e garantias constitucionais e legais que são conferidas aos investigados, tais como o direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si mesmo, a não obrigação de reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos, o direito de conhecer as razões que o levaram a ser investigado, o direito à defesa técnica do advogado, etc. (LOPES JR., 2010).

Ademais, a chamada teoria dos poderes implícitos oferece sustentação à possibilidade de investigação pelo MP. Tal tese permite afirmar, em síntese, que a Constituição Federal de 1988 ao atribuir determinadas funções ao Ministério Público, também garantiu os meios e instrumentos necessários para o cumprimento destas atribuições constitucionais (GOLDFINGER, 2012). Referida teoria já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da análise da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello nos autos do Habeas Corpus nº 90099/RS (BRASIL, 2009b):

**E M E N T A:** "HABEAS CORPUS" - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A DELEGADO E A AGENTES POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS INTEGRANTES DA POLÍCIA CIVIL - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS POLICIAIS CIVIS - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS"

INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O *inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti".* Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - *A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial.* Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexistam qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in iudicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - *A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.* - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), *sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.* - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - *O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública.* Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN

GRACIE - HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o Poder de Investigação Penal. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.  
(HC 90099, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-03 PP-00472)

Argumenta-se, ainda, que a investigação criminal feita pelo Ministério Público pode ser entendida como uma das vertentes do controle externo da atividade policial, atribuição emanada no art. 129, VII, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

[...]

(BRASIL, 1988).

Nessa esteira, a fim de exercer o controle externo da atividade policial, o Ministério Público conta com diversos instrumentos e mecanismos, dentre eles a própria investigação criminal (GOLDFINGER, 2012). Ainda nesse sentido, o dever da Polícia Judiciária de prestar segurança pública, nos termos do art. 144, *caput*, da CF (BRASIL, 1988), determina que a polícia deve preservar a ordem pública, a

incolumidade das pessoas e o patrimônio, sendo-lhe atribuída a função de apurar infrações penais.

Contudo, o art. 3º, b, do Estatuto do Ministério Público da União, Lei complementar nº75 de 1993, dispõe que ele exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, isto é, através das próprias funções já outorgadas à autoridade policial:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:  
[...]  
b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;  
[...]  
(BRASIL, 1993).

Ainda no âmbito do controle externo da atividade policial pelo MP, dispõem os arts. 9º e 10º da Lei Complementar nº 75 de 1993:

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:  
I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;  
II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;  
III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;  
IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;  
V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão (BRASIL, 1993).

Desta forma, pode-se concluir que dentre as funções do Ministério Público englobam-se as mesmas atribuições outorgadas constitucionalmente à polícia judiciária, em especial a possibilidade do exercício da investigação criminal (GOLDFINGER, 2012).

Um argumento contrário é a afirmação de que a investigação criminal pelo Ministério Público contraria o sistema acusatório adotado pelo Código de Processo Penal. Entretanto, conforme ensina Paulo Rangel, o sistema processual acusatório

não impede a investigação criminal feita pelo Ministério Público, uma vez que este sistema afasta o juiz da persecução penal a fim de assegurar ao acusado a imparcialidade do magistrado, não se referindo a vedações por parte do Ministério Público (RANGEL, 2012).

Nessa mesma esteira, LOPES JR. (2010) aduz que, ao investigar, o Ministério Público não afronta o sistema acusatório, pelo contrário, a investigação criminal feita pelo Ministério Público evidencia e confirma o sistema acusatório, pois reforça a tarefa de acusação e gestão de provas pelo *parquet*, diferenciando da atividade do magistrado, bem como da defesa.

Por conseguinte, a investigação criminal direta pelo *parquet* não caracteriza desvio de função dos membros do Ministério Público posto que se trata de um poder-dever da instituição, com fundamento na Constituição Federal, nas leis que regulam as suas atribuições e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.4 ANÁLISE CRÍTICA DOUTRINÁRIA

O modelo de instrução preliminar a cargo do Ministério Público surge como solução às críticas levantadas à instrução judicial, mormente as questões relativas à imparcialidade do julgador e à contrariedade lógica existente no fato de um juiz instrutor investigar para, concluídas as diligências, outro órgão acusar. É uma contradição que o Ministério Público esteja limitado pelo juiz instrutor, ou pela polícia nos modelos que adotam o inquérito policial, na busca dos indícios que baseiem uma futura acusação que é de sua titularidade (LOPES JR., 2003).

Nesse sentido, a lição de ANDRADE (2006, p. 222):

Como bem apontado por Lopes Jr., o problema é a ilogicidade de sistemas de investigação calcados na possibilidade de o órgão investigador – polícia judiciária ou juiz-instrutor – vir a atuar em descompasso com o Ministério Público. Neles se observa o completo esquecimento de uma realidade inquestionável: seja qual for o sistema de investigação criminal que se adote, o órgão do Ministério Público é o único sujeito processual que, na condição de representante do Estado, transita em todas as fases da persecução penal, servindo como uma espécie de ponte para ligar as esferas policial e judicial.

Isso quer dizer que, para atuar em juízo, de fato deve ele ter uma maior participação no curso da atividade destinada a recolher elementos para que sua atuação processual possa se concretizar. Do contrário, sua função estaria reduzida a um mero condutor do entendimento policial a juízo, o que o tornaria em um representante da polícia judiciária, ao invés de ser um representante da sociedade.

Mais adiante, uma das vantagens da adoção do promotor instrutor seria a sua imparcialidade, baseada na lição de Werner Goldschmidt, já exposta no capítulo anterior, no sentido de distinguir parcialidade e parcialidade. É correto afirmar que o promotor é parcial, vez que, ao fim das investigações, caberá ao Ministério Público acusar, tomando, portanto, partido na causa. No campo da parcialidade, tem-se que na esfera subjetiva o promotor instrutor deverá se afastar de suas pré-concepções e atuar no procedimento “com exatidão e a real intenção de proceder justa e legalmente” (LOPES JR., 2003, p. 86). Contudo, na esfera objetiva, a parcialidade do promotor investigador, diferentemente do juiz instrutor, não encontraria maiores barreiras, na medida em que basta ao Ministério Público agir conforme critérios de justiça e legalidade, não se esperando do órgão ministerial o mesmo grau de isenção que se espera do Poder Judiciário.

Ademais, argumenta-se que a investigação preliminar é uma atividade preparatória que tem por fim último basear a *opinio delicti* do Ministério Público, titular da ação penal, cabendo ao promotor decidir pela apresentação formal de peça acusatória ou requisição de arquivamento com base nos indícios apurados na fase investigatória, razão pela qual Aury Celso Lima Lopes Jr. (2003, p. 87, grifo do autor) afirma que “a instrução preliminar deve ser uma atividade administrativa — e não judicial — *dirigida por e para o promotor*”.

Dessa forma, outro aspecto positivo do modelo do promotor investigador seria a celeridade que ele imprime nas investigações, vez que os atos praticados no procedimento preliminar são de natureza administrativa, não tendo valor probatório posteriormente na fase judicial. Por esta razão, o promotor investigador buscará indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas para que uma eventual petição acusatória seja recebida pelo magistrado, para então buscar a coleta e produção de provas diretamente em juízo (LOPES JR., 2003).

Ainda nesse sentido, destaca-se o sistema alemão no qual o Ministério Público pode optar inclusive pela não instauração do procedimento nos casos de pequena e média criminalidade com base na relevância social da conduta imputada ao suspeito. Desta forma, o *parquet* alemão pode dedicar os seus recursos àqueles casos realmente relevantes, não levando adiante investigações consideradas socialmente irrelevantes ou desnecessárias (LOPES JR., 2003).

Por fim, a adoção do modelo do promotor instrutor permite a existência do chamado juiz das garantias, figura de extrema importância que se encarregará de decidir de forma independente — pois não é o titular das investigações — questões que não podem ser decididas de ofício pelo Ministério Público, dada a sua incompetência para decidir acerca do cerceamento de direitos fundamentais do investigado, além de zelar pela legalidade do procedimento como um todo de forma externa, isto é, com imparcialidade insuperável que deve pautar o Judiciário (LOPES JR., 2003).

De outra banda, existem críticas ao modelo, as quais passamos a analisar a seguir.

De um ponto de vista histórico, argumenta-se que a instrução a cargo do promotor investigador estaria associada a uma mentalidade utilitarista na qual cabe aos membros do Ministério Público combater a criminalidade a qualquer custo (LOPES JR., 2003). Citam-se, nesse sentido, os exemplos alemão e italiano. Ambos os países teriam como um dos objetivos principais da mudança do modelo de instrução judicial pelo do promotor investigador o combate ao crime organizado de forma mais direta e objetiva.

No caso germânico, o combate a grupos de guerrilha urbana atuantes na Alemanha desde o início da década de 1970, especialmente a *RAF – Rote Armee Fraktion* conhecida também como *Baader-Meinhof-Gruppe*, responsáveis por inúmeros atos terroristas, fomentou o debate que culminou na reforma de 1974, buscando-se uma atuação mais incisiva dos órgãos repressores (LOPES JR., 2003).

No caso italiano, a valorização da atuação ministerial encontrou raízes históricas fundadas no combate à máfia — historicamente reconhecida pelo cometimento e custeio de crimes em todo o mundo — e as suas relações espúrias com políticos e homens públicos. A reforma italiana levada a cabo em 1988 colheria os primeiros frutos em 1992 com a atuação do promotor Antonio di Pietro nas investigações de um esquema de corrupção conhecido como *Tangentopoli*. Tal investigação posteriormente veio a ser reconhecida como o gérmen da *operazione mani pulite*, a maior operação antimáfia e anticorrupção já realizada. Os números impressionantes da operação — até 1997, cerca de cinco mil pessoas teriam sido investigadas e/ou processadas (DÍAZ HERRERA; DURAN, 1997 *apud* LOPES JR., 2003) — guardam por detrás uma grande cifra de injustiça, isto é, pessoas inocentes injustamente submetidas a investigações e processos (LOPES JR., 2003).



Estas duas experiências demonstram que o modelo do promotor investigador pode guardar uma forte relação com um sentimento de punitivismo exacerbado, fomentando uma atmosfera de vigilância demasiada ao investigar e processar um maior número de indivíduos inocentes na esfera penal em decorrência de abuso de autoridade, perseguições políticas etc. Nas palavras de LOPES JR. (2003, p. 91), “(...) exemplos históricos apontam que o modelo deve ser aplicado com cautelas, para evitar os abusos e as perseguições desenfreadas, típicos retrocessos do Estado de Polícia”.

Outra alegação contrária ao modelo do promotor instrutor reside no fato de que, embora no campo teórico a imparcialidade do Ministério Público seja defensável, no mundo prático ela enfrenta o problema da subjetividade e da fragilidade do indivíduo que desempenhará efetivamente a função de promotor investigador. Isso porque parece ilógico exigir imparcialidade de um órgão criado e moldado para acusar. O raciocínio por detrás dessa afirmação é de que, embora o Ministério Público contemporâneo tenha como uma de suas missões fiscalizar o funcionamento dos demais Poderes e suas relações intrínsecas e extrínsecas mediante a aplicação da legalidade, o *parquet* surge primordialmente da necessidade de se separar o acusador do julgador, isto é, afastar a figura do juiz que acusa e também julga a causa (LOPES JR., 2003).

Esta origem fabricada do MP, concebido como parte contrária aos imputados penalmente a fim de atender requisitos de um sistema acusatório de processo penal, qual seja, a separação entre acusação e julgador, permite afirmar que o promotor carrega consigo uma predisposição a acusar inafastável em razão da própria natureza do órgão que representa. É dizer, como esperar que o acusador ao mesmo tempo acuse e defenda. Por mais que o promotor a cargo das investigações instrua o procedimento investigatório com vistas à legalidade, é natural esperar que ele não se atenha com a mesma intensidade aos indícios que absolvam o réu ou enfraqueçam a tese acusatória pelo simples fato de que caberá aos seus pares acusar o imputado posteriormente em sede judicial (LOPES JR., 2003).

Ainda sobre a imparcialidade do Ministério Público, a análise de LOPES JR. (2003, p. 92, grifos do autor):

A prática demonstra que o promotor não é mais que um órgão acusador e, como tal, uma parte parcial que não vê mais que uma direção. Por sua própria índole, está inclinado a acumular exclusivamente provas contrárias ao imputado. Não contribui em nada a construção de uma parte *polivalente* no processo penal, pois sob o manto protetor da *imparcialidade* o que se faz é atribuir a cada dia mais poderes para uma das partes (MP), ao mesmo tempo em que se dá maior credibilidade à sua atuação.

Por outro lado, a contra-argumentação de ANDRADE (2006. p. 134):

Em síntese, podemos concluir que a afirmação de que a investigação do Ministério Público vem a ferir os princípios de imparcialidade e impessoalidade na verdade incide em dois erros claros.

Em primeiro lugar, a forma como é apregoada a imparcialidade do Ministério Público demonstra um nítido desconhecimento quanto ao atual estágio das discussões doutrinárias sobre o tema, bem como, quanto à sua correta definição e limites. E em segundo lugar, se o receio que há diz respeito a uma pessoalização na atuação do Ministério Público ao longo de sua investigação, então há um manifesto desconhecimento quanto à forma como o princípio da impessoalidade é tratado e protegido pelo Código de Processo Penal, especificamente nas disposições referentes às exceções de suspeição e impedimento, bem como, aos efeitos produzidos por estes mecanismos.

Outra crítica ao modelo do promotor investigador advinda do debate acerca da imparcialidade do Ministério Público é a de que, em um procedimento investigatório promovido pelo órgão acusador, o papel e a ingerência da defesa seriam irrisórios, senão inexistentes. Isto porque neste sistema o acusador dispõe de todo o aparato estatal, mormente o auxílio da polícia judiciária, para colher e produzir provas, enquanto que ao defensor caberia diligenciar por contra própria ou contar com a boa vontade da acusação (LOPES JR., 2003).

Se no plano teórico isto seria possível, no campo prático isto seria sinônimo de um procedimento investigatório instruído pelo e para o acusador, ainda mais considerando que a grande maioria dos clientes e dos advogados não tem meios de organizar e custear uma equipe técnica capaz de diligenciar com a mesma facilidade que o órgão ministerial, gerando um grave cerceamento de defesa ao imputados mais pobres. Ainda que existam pessoas capazes de custear diligências privadas, a grande maioria não detém poder econômico para tal, acentuando-se, assim, a desigualdade já existente no campo econômico também no campo da tutela dos direitos fundamentais (LOPES JR., 2003).

Este argumento encontra força na medida em que dois dos principais exemplos do modelo do promotor instrutor tiveram que estabelecer o dever legal de

o Ministério Público também atuar na coleta de elementos favoráveis à defesa. A Itália, através do art. 358 do CPPi, e a Alemanha, por meio do § 160 do StPO (LOPES JR., 2003). Isto demonstra que, para que o Ministério Público atue nas investigações sem ignorar os requerimentos da defesa, foi preciso legislar neste sentido a fim de que a suposta imparcialidade do MP fosse verificável na prática.

Ademais, os ordenamentos que adotam o modelo de investigação preliminar a cargo do órgão ministerial dispõem também da figura do *juiz de garantias*, o qual poderá ser provocado pela defesa caso algum pedido seja denegado pelo promotor instrutor, o que também garante que a defesa seja ouvida no desenvolver do procedimento preliminar.

## 5 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR A CARGO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

### 5.1 CONCEITO E DESENVOLVIMENTO

O Inquérito Policial, procedimento preliminar investigatório a cargo da polícia judiciária, é o procedimento administrativo no qual se busca apurar indícios de autoria e materialidade de um fato presumidamente criminoso através de diligências determinadas por uma autoridade policial e realizadas pelos agentes de polícia à sua disposição.

Conforme aduz LOPES JR. (2003, p. 63, grifos do autor):

[...] Todas as informações sobre os delitos públicos são canalizados para a polícia, que decidirá e estabelecerá qual será a linha de investigação a ser seguida, isto é, que atos e de que forma. Praticará ela mesma as provas técnicas que julgar necessárias, decidindo também *quem, como e quando* será ouvido. Para aqueles atos que impliquem a restrição de direitos fundamentais – prisões cautelares, buscas domiciliares, intervenções corporais, telefônicas etc. – deverá solicitar ao órgão jurisdicional.

Desta forma, atribui-se aos delegados de polícia a missão de proceder imediatamente à coleta de elementos para apuração da infração penal, podendo adotar medidas de urgência a fim de que os vestígios não pereçam (MOURA; SAAD, 2009).

O Inquérito Policial detém natureza cautelar, no sentido de que busca preservar eventuais meios ou elementos de prova. Destaca-se, contudo, que tal caráter cautelar não se confunde necessariamente com provisoriedade, pois há possibilidade de que elementos contidos nos autos de inquérito sejam transmitidos para a fase processual de forma definitiva, uma vez que sejam impossíveis de repetição ou renovação. É o caso, a título de exemplo, de exames, vistorias e avaliações, da busca e apreensão de bens, e até mesmo da prova testemunhal que venha a se tornar irrepitível pela impossibilidade de nova oitiva (MOURA; SAAD, 2009).

Além da função cautelar do Inquérito Policial, fala-se na função deste procedimento de reconstruir a narrativa do fato investigado a fim de informar e instruir a autoridade judicial e o acusador, público ou privado. Imperioso ressaltar que o Inquérito Policial poderá embasar não só um pedido formal de acusação, mas

também um eventual requerimento de arquivamento em face da ausência de elementos que apontem a autoria ou que atestem a materialidade delitivas, cabendo à autoridade policial diligenciar na produção de provas que sirvam à defesa do investigado (MOURA; SAAD, 2009).

Outra função do Inquérito Policial é a de oferecer elementos à autoridade judicial para que decida acerca da necessidade ou não da decretação de medidas que refletem na esfera dos direitos fundamentais do investigado, tais como a decretação de prisões cautelares ou a quebra de seu sigilo bancário ou telefônico. Desta forma, o Inquérito Policial serve também como referencial ao juízo para tomada de decisões importantes no curso da persecução criminal (MOURA; SAAD, 2009).

## 5.2 EXPERIÊNCIAS EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

### 5.2.1 Inglaterra

O ordenamento jurídico inglês é marcado por peculiaridades que dificultam a compreensão do sistema investigatório preliminar adotado, entre elas a ausência de um órgão estatal incumbido da acusação como o Ministério Público nos sistemas continentais. A figura do *Attorney General* tem apenas funções de auxílio ao governo, não compartilhando origens com a figura do promotor público (CHOUKR, 2006).

Desta forma, a persecução criminal é operada na prática pelas forças policiais, podendo inclusive ser gerida pela sociedade civil organizada ou de forma individual diretamente pelo ofendido (CHOUKR, 2006).

Em 1985, através do *Prosecutions of Offences Act*, foi criado o *Crown Prosecution Service* (Serviço de Persecução da Coroa), considerado um departamento governamental não ministerial, que tem como função prestar consultoria legal às autoridades policiais e outras agências de investigação e conduzir as persecuções criminais na fase judicial.

Eis a lição de SPENCER (2005, *apud* CHOUKR, 2006, p. 63) acerca do tema:

A concepção inglesa difere radicalmente da continental, vez que a instauração e desenvolvimento da fase de investigação dependem inteira e exclusivamente da polícia. A investigação ocorre sob o comando da polícia

no exercício de seus próprios poderes ou no cumprimento de um mandado expedido por um magistrado. Contudo, desde a criação do Serviço de Persecução da Coroa (CPS) pelo Ato das Persecuções de Infração em 1985, o encerramento da fase de investigação é largamente similar ao que acontece nos países da Europa Continental, vez que a polícia compartilha certas prerrogativas com o CPS.

Ainda nesse sentido, outro apontamento de SPENCER (2005, *apud* CHOUKR, 2006, p. 63):

Diferentemente da polícia de outros países em nosso estudo, a polícia na Inglaterra possui o importante poder de avaliar os resultados da investigação e de dar início à persecução, se for o caso. Contudo desde 1985 o hiato entre os sistemas continentais e o inglês têm estreitado, na medida em que, com a criação do CPS, a polícia não tem mais o controle exclusivo desta fase.

Desta forma, embora o surgimento do *Crown Prosecution Service* tenha reflexos na persecução penal, a fase investigatória ainda se encontra sob total controle das autoridades policiais e das agências de investigação privadas, cabendo ao CPS dar-lhes apoio legal e atuar na fase processual da persecução.

### 5.3 O INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Não há na legislação brasileira um artigo específico que proveja uma definição legal para o Inquérito Policial, cabendo ao operador do direito brasileiro ater-se ao conteúdo dos artigos 4º, 6º e 7º do CPP, os quais apontam todos os deveres da autoridade policial diante da constatação de um fato tido como criminoso (LOPES JR., 2003). Assim estão redigidos os referidos artigos:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

[...]

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.
- X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública (BRASIL, 1941).

O art. 4º do CPP dispõe acerca da titularidade do Inquérito que poderá ser da autoridade policial, tornando-se um Inquérito Policial, ou de autoridade administrativa que detenha competência legal para averiguar fatos eventualmente puníveis na esfera penal (LOPES JR., 2003).

Ainda nesse sentido, anota-se que também as autoridades do Poder Legislativo poderão instaurar a chamada Comissão Parlamentar de Inquérito, nos termos do art. 58, § 4º, da CF, detendo poderes de investigação os membros da Câmara dos Deputados e do Senado, conjunta ou separadamente (LOPES JR., 2003).

Relativamente ao aspecto temporal, em regra, o CPP prevê em seu art. 10º que o Inquérito Policial deverá ser concluído em até 30 dias, ou em até 10 dias caso haja prisão cautelar decretada contra o investigado. No âmbito constitucional, entende-se aplicável também ao Inquérito o previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF (BRASIL, 1988): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, quando o investigado estiver solto e a complexidade do caso exigir, poderá o juiz prorrogar o prazo para finalização do Inquérito desde que existam motivos razoáveis para tanto, nos termos do § 3º do art. 10º do CPP. Ademais, existem prazos diferenciados para crimes específicos como, por exemplo, o Inquérito

Policial que averigüe delitos de tráfico de entorpecentes, cujo prazo será de 90 dias ou 30 dias quando o investigado estiver preso (LOPES JR., 2016).

O início do Inquérito Policial no âmbito nacional poderá se dar de diversas maneiras, nos termos do art. 5º do CPP:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la (BRASIL, 1941).

Conforme se depreende do diploma legal, a iniciativa do Inquérito Policial, nos crimes de ação penal pública, cabe à própria autoridade policial, que deverá agir de ofício e imediatamente tão logo chegue a seu conhecimento a existência de qualquer fato criminoso.

Nada impede que a autoridade judiciária ou o Ministério Público, tomando conhecimento da existência da infração penal, possa requisitar da autoridade policial a instauração de inquérito policial para apurar os fatos (LOPES JR., 2016).

O ofendido, ou o seu representante legal, pode também requerer a instauração de inquérito policial. Neste caso, o requerimento deve conter a narração do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a individuação do suspeito ou suas características, as provas que possui e as razões de seu pedido. Assim, após a



autoridade analisar o pedido, entendendo constituir fato criminoso, poderá deferir o pedido, ou, caso contrário, indeferirá de plano o requerimento (LOPES JR., 2016).

No caso de indeferimento, o interessado poderá recorrer ao Chefe de Polícia por meio de simples petição. O recurso pode ser interposto diretamente ao chefe de polícia, que requisitará informações à autoridade apontada como recorrida (LOPES JR., 2016).

Tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade pode atender à solicitação de qualquer pessoa do povo. Contudo, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada ou privada, que dependa de representação do ofendido ou de seu representante legal, a autoridade policial não poderá instaurar o inquérito policial sem esta representação (LOPES JR., 2016).

O Inquérito Policial será finalizado por meio de relatório, conforme determinam os §§ 1º e 2º do CPP, através do qual o delegado de polícia irá expor o que foi investigado e remeterá os autos ao juízo competente que, por sua vez, dará vistas ao Ministério Público para que se manifeste (LOPES JR., 2016). Contudo, uma vez instaurado o Inquérito, não poderá a autoridade policial arquivá-lo de ofício, nos termos do art. 17 do CPP (BRASIL, 1941) (“[a] autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”), sendo competente para tanto tão somente o juízo a requerimento do MP (LOPES JR., 2016).

Ainda relativamente ao arquivamento do Inquérito, a decisão que o decreta não transita em julgado, nos termos da Súmula 524 do STF (“arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”). Desta forma, poderá a autoridade policial seguir investigando a fim de obter novos elementos capazes de possibilitar o exercício da ação penal (LOPES JR., 2016).

Por outro lado, existe o chamado arquivamento tácito. Esta modalidade de arquivamento ocorre na ocasião em que o Ministério Público silencia, deixando de acusar ou pedir expressamente o arquivamento dos autos relativamente a um dos coinvestigados. A relevância desta questão habita na aplicação da Súmula 524 do STF, de forma que não poderá mais o referido investigado ou ao fato a ele imputado ser debatido em sede de ação penal, seja mediante aditamento da denúncia já ofertada ou apresentação de nova denúncia, sem que haja novas provas (LOPES JR., 2016).

Quanto à estrutura dos atos praticados no Inquérito Policial, cabe verificar o lugar, a competência, o tempo e a forma destes atos.

Relativamente ao lugar, as normas processuais penais são plenamente aplicáveis em todo o território nacional. Especialmente no caso da atuação policial, as atividades de determinada autoridade policial se darão na sua circunscrição (LOPES JR., 2016).

Quanto à competência, esta se dá não só em razão do lugar onde ocorreu o fato delitivo, mas também em função da matéria. Em razão da matéria, deve-se considerar que as funções de polícia judiciária no Brasil são exercidas pela Polícia Federal e pelas Polícias Cíveis Estaduais (LOPES JR., 2016).

À Polícia Federal incumbe, nos termos do art. 144, § 1º, da CF:

§ 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;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (BRASIL, 1988).

Já as Polícias Cíveis Estaduais atuam em caráter residual, conforme dispõe o § 4º do art. 144 da CF:

§ 4º Às polícias cíveis, 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 (BRASIL, 1988).

Conforme aduz LOPES JR (2016, p. 115), “A regra geral é que o inquérito seja realizado pela autoridade policial cujas atribuições guardem simetria com a respectiva justiça e os critérios de competência em razão da matéria e do lugar”.

Relativamente ao tempo para prática dos atos no Inquérito Policial, entende-se que, pela sua própria natureza cautelar, eles sejam realizados no momento em que se considere necessário, sob pena de frustrar as investigações. Nesta esteira, o

ordenamento brasileiro não prevê limitação de horário ou dias para a prática dos atos próprios do Inquérito. Excetuam-se aqueles atos que atingem direitos fundamentais do investigado como a busca domiciliar que, excluindo-se os casos expressamente previstos em lei, não poderá ser feita sem mandado judicial e em horário noturno (LOPES JR., 2016).

Quanto à forma do Inquérito Policial, ressalta-se inicialmente que ele é facultativo no que se refere ao MP, que poderá oferecer denúncia sem que tenha havido a sua instauração, mas é obrigatório no que se refere à polícia judiciária, posto que é o único procedimento cabível para averiguação de um fato criminoso pela autoridade policial (LOPES JR., 2016).

Todos os atos do Inquérito Policial serão escritos ou reduzidos a termo, conforme determina o art. 9º do CPP.

O Inquérito é secreto no plano externo, por força do art. 20, *caput*, do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. O sigilo interno atinge o investigado parcialmente, não podendo o imputado participar de todos os atos sob pena de frustração das investigações. Contudo, o segredo interno não atinge o seu defensor, na medida em que o art. 7º, XIV, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e a Súmula Vinculante 14 do STF asseguram que o defensor poderá examinar, inclusive sem procuração, os autos da prisão em flagrante e do inquérito, ainda que conclusos à autoridade policial, podendo tirar cópias e tomar apontamentos (LOPES JR., 2016).

Quanto ao valor probatório dos autos, parte da doutrina e jurisprudência entende não ser compulsória a observância do contraditório, posto que os indícios coletados na investigação apresentam-se como elementos de informação destinados diretamente ao titular da ação penal (LOPES JR., 2016).

Nesta esteira, o juiz ao exarar uma decisão condenatória em processo penal não poderá “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, segundo o art. 155 do CPP (BRASIL, 1941).

Desta forma, pode-se afirmar que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase preliminar, isto é, servindo para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso e para verificação do *fumus comissi delicti* que justificará a abertura ou não do processo criminal (LOPES JR., 2016).

A jurisprudência orienta-se no sentido de que “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”, conforme consta no Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 99.057/MS que tramitou no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009a). Isso se deve pela própria redação do art. 155 (BRASIL, 1988), na qual é apontado ao juiz não poder “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.

No que se refere à valoração jurídica, há que se distinguir entre atos de prova, produzidos em juízo, e atos de investigação, produzidos em sede de inquérito.

Os atos de prova estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; estão a serviço do processo e integram o processo penal; dirigem-se a formar um juízo de certeza; servem à sentença; exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; e, por fim, são praticados ante o juiz que julgará o processo (LOPES JR., 2016).

Contudo os atos de investigação praticados na instrução preliminar não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; estão a serviço da investigação preliminar e para o cumprimento de seus objetivos; servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar a abertura ou não do processo; também servem de fundamento para decisões interlocutórias e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter cautelar; e, por fim, podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. (LOPES JR., 2016).

Dessa forma, deve-se ter em mente que, aos gerar somente atos de investigação, e não atos e prova, o Inquérito Policial tem o seu valor probatório reduzido, de forma que todos os atos deverão ser repetidos em juízo sob o crivo do contraditório para que passem, então, a ter valor probatório, excetuando-se aqueles considerados irrepetíveis ou de caráter técnico. Há ainda a possibilidade de produção antecipada de provas, como, por exemplo, a previsão do art. 225 do CPP relativamente à oitiva de testemunhas cuja repetição em juízo tenha prováveis chances de ser inviável (LOPES JR., 2016).

Relativamente ao direito de defesa do investigado no Inquérito Policial, há possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva, ao dar a sua versão dos fatos, ou negativa, usando seu direito de silêncio. Poderá também se valer de defesa técnica através de seu advogado que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá também requerer diligências e juntar documentos, conforme permite o art. 14 do CPP (LOPES JR., 2016).

Já ao defensor técnico do investigado são garantidas uma série de atribuições a fim de proporcionar uma defesa eficiente e ampla. Nesse sentido, a Lei n. 8.906/94, que disciplina a atividade profissional do advogado, em seu art. 7º, prevê, entre outros direitos do advogado, dos quais LOPES JR. (2016, p. 131) destaca:

- comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;
- ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de Justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independente da presença de seus titulares;
- examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;
- 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.

#### 5.4 ANÁLISE CRÍTICA DOUTRINÁRIA

Entre as vantagens do modelo de investigação a cargo da polícia judiciária, destaca-se o argumento de que o aparato policial tem maiores condições de atuar em países de grandes proporções territoriais do que o Ministério Público e o Poder Judiciário. Isto porque a polícia encontra-se disseminada por todo o país, dos grandes centros urbanos aos municípios interioranos, enquanto que o Ministério Público e o Poder Judiciário organizam-se pelo sistema de comarcas no qual a sede institucional se localiza em uma cidade de referência regional e as demais localidades adjacentes de tamanho e população reduzidas encontram-se sob sua jurisdição (LOPES JR., 2003).

Quanto a este argumento, aduz LOPES JR. (2003, p. 65):

Esse foi o principal argumento do legislador brasileiro de 1941 para justificar a permanência do inquérito policial, pois, segundo o pensamento da época, era o modelo mais adequado à realidade e às grandes dimensões territoriais de nosso país. Naquele momento, foi rechaçada a instrução preliminar judicial pela impossibilidade de que o juiz de instrução pudesse atuar de forma rápida nos mais remotos povoados, que, naquela época, exigiam vários dias de viagem.

Argumenta-se, ainda, que a polícia judiciária tem atribuições mais limitadas e pontuais, cabendo à autoridade policial utilizar todo o aparato disponível para fins de persecução criminal. O Ministério Público e o Poder Judiciário, por sua vez, comportam atribuições muito mais abrangentes e complexas de todas as áreas do Direito, não apenas a esfera penal como ocorre com a polícia judiciária. Isso se traduziria numa maior efetividade do trabalho desempenhado pela polícia.

Do ponto de vista econômico, tem-se que a investigação preliminar policial é mais barata posto que exige recursos humanos com menor grau de especialização. Isto porque os salários são menores na esfera policial se comparados ao percebido por membros do Ministério Público e do Judiciário (LOPES JR., 2003).

Por outro lado, são apontados como inconvenientes da investigação preliminar policial os seguintes pontos.

A principal discussão acerca da investigação preliminar a cargo da polícia judiciária é a discricionariedade de fato da autoridade policial que, como representante da linha de frente da persecução criminal, poderá selecionar as condutas a serem perseguidas a partir de critérios extralegais. Isso se reflete na eficácia da atuação policial em determinados estratos sociais e a sua ineficiência em outros, causando impunidade para as classes mais abastadas e excessos para as mais humildes. Ressalta-se também que o meio policial possui seus próprios preconceitos quanto ao estereótipo do criminoso, verossimilitude do depoimento das vítimas e testemunhas e categorização dos delitos que podem ou não ser esclarecidos (LOPES JR., 2003).

Tal discricionariedade de fato da polícia infringe os ideais de igualdade jurídica que devem ser perseguidos no âmbito da persecução criminal desde a sua gênese, podendo ela possuir algumas variáveis que discriminaremos a seguir.

A gravidade do delito é um dos filtros adotados pelo aparato policial para dar ou não prioridade às investigações. Ademais, a noção de gravidade pode variar conforme o grau cultural e as circunstâncias sociais dos agentes policiais.

Costumam ser considerados mais graves aqueles crimes de impacto social imediato como os crimes contra a vida e contra o patrimônio, deixando-se de lado os crimes sem vítima concreta ou afastados da realidade cotidiana como os crimes de caráter econômico (LOPES JR., 2003). Embora tal afirmação possa parecer datada em face das investigações contemporâneas levadas a cabo em nível federal (sendo o exemplo mais notório a Operação Lava-Jato), é importante recordar que, a nível estadual, estas ainda são as concepções genéricas acerca da gravidade de um o outro delito.

A atitude do denunciante é também relevante, uma vez que a praxe policial é evitar a perseguição de crimes de menor gravidade contra a vontade da própria vítima, ainda que estes sejam de ação pública incondicionada (LOPES JR., 2003).

A distância social da polícia também é uma variável de impacto na sua discricionariedade uma vez que agentes lotados em uma delegacia localizada em bairro nobre absorvem a subcultura local enquanto que aqueles lotados em delegacias localizadas nas periferias pobres absorveram outra subcultura completamente diferente, o que se refletirá no trato diferenciado com o público de cada um desses espaços (LOPES JR., 2003).

A atitude do suspeito é outro fator determinante para a discricionariedade policial. Isso se dá porque a polícia tenderá a ser mais compreensiva com aqueles suspeitos que agirem de forma não intimidadora, mas prestativa e humilde relativamente à figura de autoridade imposta pela polícia. No outro extremo, o tratamento depreendido será mais rigoroso aos investigados que adotem postura desafiadora independentemente da ausência de indícios relevantes de autoria. Nesse sentido, o próprio fato de querer usufruir de um direito como o de defesa pode ser interpretado como desafio à autoridade policial (LOPES JR., 2003)

A relação entre os policiais e os membros da magistratura e do Ministério Público também desencadeia a discricionariedade da autoridade policial. Isso ocorre uma vez que os membros das forças policiais normalmente se identificam com movimentos mais severos como o *Law and Order* norte-americano. Isso reflete na flexibilização dos direitos humanos e na censura à postura dos tribunais considerada demasiadamente benevolente aos criminosos. Os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário são muitas vezes vistos, por parte dos agentes de polícia, como burocratas afastados da realidade de insegurança pública, causando, assim,

animosidades entre eles e a polícia que prejudicam a eficácia dos meios de persecução criminal (LOPES JR., 2003).

A interpretação das normas constitucionais e legais é, na maioria dos casos, restritiva no meio policial, em descompasso com avanços doutrinários e jurisprudenciais. Desta forma, garantias constitucionais não são observadas em nome da defesa de interpretações rasas, infundadas ou anacrônicas (LOPES JR., 2003)

Por fim, a discricionariedade policial também é afetada pelo poder relativo do investigado. É dizer, o *status* socioeconômico do investigado interfere no modo em que as investigações ocorrem, uma vez que a polícia se encontra em posição mais suscetível às pressões políticas e econômicas. Há uma diferenciação no grau de respeito aos direitos do investigado, tais como a sua imagem, privacidade e integridade, conforme o tamanho de sua esfera de influências políticas e econômicas (LOPES JR., 2003).

Ademais, afirma-se que a polícia é o órgão mais suscetível à contaminação política e de sofrer pressão da mídia, o que leva a dois sérios problemas: a possibilidade de aparelhamento política da instituição, com perseguições de cunho político e ideológico; e o cometimento de injustiças graves e irreparáveis diante da ânsia de dar respostas à sociedade perante o cometimento de um crime de comoção social, esta exacerbada e potencializada pelos meios de comunicação (LOPES JR., 2003).

Os problemas já referidos também acabam por estabelecer mais uma dificuldade do modelo de investigação preliminar policial, qual seja, o descrédito probatório das evidências colhidas, que deverão necessariamente ser repetidos em juízo (LOPES JR., 2003).



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findas as exposições acerca dos sistemas processuais penais e dos modelos de investigação preliminar adotados contemporaneamente, passa-se a analisar e sobrepesar os argumentos que os sustentam com o fito de apontar aquele que representa a melhor opção em termos de eficiência e observância aos preceitos jurídicos que pautam o Direito moderno.

Relativamente ao modelo de investigação do juizado de instrução, parece cristalino que se trata de um instituto datado próprio dos sistemas mistos, ou seja, que mantém laços com o sistema inquisitivo, que não comporta em sua plenitude os traços do sistema acusatório. Entre os argumentos que desencorajam a sua manutenção estão: a ausência de controle direto sobre a atividade do juiz de instrução; a submissão do Ministério Público às conclusões do instrutor para basear a sua acusação; a confusão gerada pelo fato de um representante do Poder Judiciário exercer função acusatória ainda que não haja sentenciamento; o fato de que o mesmo sujeito que determina a execução de diligências investigatórias seja o mesmo que decide acerca de sua real necessidade e legalidade; e a possibilidade de desentendimento entre o instrutor e o próprio órgão encarregado de acusar nos casos em que o juiz encerre o procedimento investigatório no sentido contrário àquele que entende correto o *parquet*.

Por conseguinte, resulta desaconselhável o modelo de investigação preliminar criminal a cargo do juiz de instrução.

Com relação ao modelo de investigação preliminar a cargo da polícia judiciária, embora o seu caráter administrativo não interfira na possibilidade de adoção de um ordenamento processual penal em sintonia com os preceitos do sistema acusatório, os argumentos que desencorajam a sua manutenção encontram-se na seara prática ou técnica. Nesse sentido, o grande problema do modelo reside na discricionariedade da autoridade policial que, estando vinculada ao Poder Executivo, tende a agir por seus próprios instintos em dissonância com os entendimentos do Ministério Público, titular da ação penal, e do Poder Judiciário, responsável pela concreção do direito e pela execução da fase processual.

Nesse sentido, apontam-se os diversos fatores que influenciam negativamente a atividade policial tais como: a gravidade do delito, variável de

acordo com a própria realidade dos agentes de polícia; o distanciamento socioeconômico dos policiais em relação aos investigados, mormente nos casos de acusados pobres; a atitude que o suspeito adota ao se tornar alvo de investigação, que poderá lhe ser desfavorável mesmo na ausência de indícios concretos de autoria; a relação conturbada entre membros das forças policiais e os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário em razão das grandes diferenças entre realidades e condições de trabalho; a influência política e socioeconômica dos acusados que pode lhes garantir tratamento diferenciado; e a suscetibilidade da polícia judiciária às pressões políticas e dos meios de comunicação.

Por estas razões, entende-se que o modelo de investigação criminal a cargo da polícia judiciária é o mais aberto ao cometimento de injustiças, seja pela ausência de controle da atividade policial, seja pela discricionariedade extralegal da autoridade policial.

Finalmente, o modelo de investigação a cargo do Ministério Público parece ser o mais adequado quanto à eficiência das investigações e à concreção das garantias do sujeito investigado.

Primeiramente, parece lógico que o órgão acusador tome as rédeas das investigações que, ao fim e ao cabo, basearão a pretensão acusatória, ou esclarecerão a ausência de elementos para levar alguém a julgamento. Significa dizer que, ao se colocar nas mãos do MP a missão de investigar, o próprio órgão acusador saberá instruir da melhor forma possível os procedimentos investigatórios, seja para incriminar alguém, seja para reconhecer a ausência de materialidade e autoria delitivas, ou até mesmo a relevância social que o delito investigado possui. Nesse sentido, parece salutar a experiência alemã, na qual o *parquet* deixa de investigar os casos em que a gravidade do delito é ínfima, moderada, ou até mesmo considerada bagatela, podendo, então, dedicar-se à persecução dos crimes mais relevantes.

A celeridade do procedimento é outro ponto favorável, uma vez que o Ministério Público, como nos exemplos alemão e italiano, investiga tão somente o necessário para basear a abertura de uma ação penal ou um requerimento de arquivamento, buscando a coleta e produção de provas mais robustas já na fase processual, sob o crivo do contraditório.

Embora se argumente que a investigação a cargo do MP poderia ocasionar investigações parciais, à medida que seriam buscados tão somente elementos

incriminadores, há a possibilidade de construção legal que obrigue a busca por indícios inocentadores, vinculando a atividade do promotor investigador aos preceitos legais, que, se descumpridos, poderão embasar recurso por parte da defesa.

Finalmente, a observância das garantias fundamentais do investigado se concretiza a partir da adoção da figura do juiz de garantias, o qual zela pela legalidade das diligências requeridas pelo Ministério Público e exerce função jurisdicional acerca dos recursos advindos das diligências praticadas no âmbito da fase preliminar de investigação.

Dessa forma, conclui-se afirmando que o modelo de investigação preliminar a cargo do Ministério Público é o que mais se aproxima dos preceitos que regem o sistema acusatório, garantindo não só a eficiência da persecução criminal como também a observância das garantias dos investigados.

Faz-se necessário esclarecer, finalmente, que a análise dos temas abordados ao longo deste trabalho não foi exaustiva, mas, sim, sucinta e objetiva. Isso porque a complexidade e a profundidade dos temas aqui expostos impõem a elaboração de um trabalho mais minucioso e detalhado acerca de cada um deles. Desta forma, como conclusão complementar, tem-se que o presente trabalho representa um primeiro passo de um caminho longo a ser percorrido para que se possa debater os temas aqui propostos com a dedicação e a estima acadêmicas que merecem.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006. 336 p.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. 504 p.

ARMENTA DEU, Teresa. **Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España**. Barcelona: PPU, 1991.

ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?**. Madrid: Marsial Pons, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 21 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90099. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 27 de outubro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 449206. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 04 de agosto de 2005. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99057. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 06 de outubro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009a.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 231 p.

DERVIEUZ, Valérie. O sistema francês. In: DELMAS-MARTY, Mirielle (Org.) **Processos Penais na Europa**. Tradução de CHOUKR, Fauzi Hassan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DÍAZ HERRERA, José; DURÁN, Isabel. **El Secuestro de La Justicia. Cuando el Poder se enfrenta a los Tribunales**. Madri: Temas de Hoy, 1997.

ESPAÑA. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba La Ley de Enjuiciamiento Criminal. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Espanha, 14 set. 1882. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=1>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre de 1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. **Ley Orgánica 10/1980**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-25461>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

FANCHIOTTI, Vittorio. **Lineamenti del Processo Penale Statunitense**. Torino: G. Giappichelli Ed., 1987.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. New York: Oxford University Press, 2010.

FRANÇA. **Code de procédure pénale**. Disponível em:

<[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=067663439DFCCD8A9CC071F41E4F8FD8.tplgfr36s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20171211](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=067663439DFCCD8A9CC071F41E4F8FD8.tplgfr36s_2?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20171211)>. Acesso em: 11 dez. 2017.

GOLDFINGER. Fábio Ianni. **O Papel do Ministério Público nas Investigações Criminais no Mundo Moderno**. 1. ed. Campo Grande: Contemplan, 2012.

GOMEZ COLOMER, Juan-Luiz. **El Proceso Penal Alemán – Introducción y Normas Básicas**. Barcelona: Bosch, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, p.71-79, Jul - Set 1999. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879424/mod\\_resource/content/1/U8 - Grinover - A iniciativa....pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879424/mod_resource/content/1/U8-Grinover-A%20iniciativa....pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2017.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. 1948. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto del Presidente della Repubblica n. 447, de 22 de setembro de 1988. Approvazione del codice di procedura penale.. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

LOPES Jr., Aury Celso Lima. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 374 p.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**, vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). **Ciências Criminais: Articulações Críticas em torno dos 20 Anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 175-210.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 4 ed. São Paulo: Atlas 2012.

VOLK, Klaus. **Curso fundamental: Ordenanza Procesal**. 1. ed. Tradução: Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor e Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.