

DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1. Persecução Penal

1.1. Conceito

- atividade estatal que, a partir de uma notícia-crime, busca apurar a materialidade e autoria, a fim de definir a responsabilidade penal no caso concreto.

1.2. Etapas

- a) fase de investigação preliminar (pré-processual);
- b) fase judicial ou processual (ação e processo penal): b.1.) etapa intermediária; b.2.) juízo oral; b.3.) juízo recursal.

2. Teoria Geral Da Investigação Preliminar

2.1. Noções Introdutórias

- *os extremos*: do caso penal à pena oficial;
- *limite indispensável*: o processo penal / garantia fundamental: “nulla culpa sine iudicio” (princípio da jurisdicionalidade)¹;
- *acusação formal e justa causa*: “suporte probatório mínimo”² e juízo de probabilidade de condenação³;
- por que a preocupação? penas do processo / estigmatização / etiquetamento.

2.2. A Investigação Preliminar: estrutura fundamental

2.2.1. Conceito

A investigação preliminar corresponde ao “procedimento cognitivo, iniciado e vinculado a certa notícia-crime, conduzido, em regra, por órgão estatal, que se destina à apuração de fato aparentemente delitivo, com o objetivo de legitimar a deflagração (ou não) de ação penal”.⁴

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

² JARDIM, Afrânio Silva; COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 356.

³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução Crítica à Investigação Preliminar*. 01 ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 102.

2.2.2. Traços Elementares

- autonomia (sujeitos, objetos e atos) e instrumentalidade (qualificada).⁵

2.2.3. Objetivo Central

- filtro da justa causa processual penal: justificar a deflagração (ou não) de um processo penal contra alguém⁶ / reunir elementos informativos sobre a materialidade e autoria criminosa em nível indiciário.

2.2.3. Potencial Democrático

- “indispensável à justiça penal”⁷ / verdadeiro mecanismo de contenção processual penal⁸.

2.3. Sistemas de Investigação Preliminar (Espécies)

a) *Sistema Policial*: Polícia Judiciária ou Investigativa como órgão presidente e de execução da investigação. Ex.: Brasil.

b) *Sistema Ministerial (Promotor Investigador)*: Ministério Público como órgão presidente (ente intelectual coordenador) e a Polícia Judiciária ou Investigativa como órgão (subordinado) operacional da investigação preliminar. Ex.: Alemanha, Chile, Itália, Portugal e Uruguai.

c) *Sistema Judicial (Juiz de Instrução)*: Judiciário como órgão presidente (ente intelectual coordenador) e a Polícia Judiciária ou Investigativa como órgão (subordinado) operacional da investigação preliminar. Ex.: Espanha e França.

3. SISTEMA BRASILEIRO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

3.1. Policial

3.1.1. Polícia de Segurança ou Administrativa ou Preventiva ou Ostensiva

⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 06 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 95 - 96.

⁶ “(...) finalizada la instrucción se toma la decisión sobre la formulación de la acusación, porque precisamente para eso sirve también la instrucción, para decidir si se inicia el proceso” (FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer/Buenos Aires:EditorialBdeF, 2012, p. 102).

⁷ “A instrução preliminar é uma ‘instituição indispensável à justiça penal’” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11).

⁸ O procedimento de investigação apresenta uma finalidade primeira que consiste em evitar (ou afastar) um juízo oral em casos nos quais haja meras suspeitas infundadas; logo, conduz a uma primeira seleção dos casos penais (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 01 ed. trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 326). No mesmo sentido: TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 12 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 250.

- papel nitidamente preventivo quanto ao desvio e à criminalidade.⁹

Composição: Polícia Militar (art. 144, § 5º, CF); Polícia Rodoviária Federal (art. 144, § 2º, CF); Polícia Ferroviária (art. 144, § 3º, CF); Polícia Marítima (Art. 144, § 1º, III, CF).

Ausência de Atribuição Investigativa: não pode “instaurar ou conduzir investigações policiais, salvo nos crimes militares, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais”; por consequência também não pode “requerer medidas cautelares (interceptação telefônica, mandado de busca e apreensão, etc...)”.¹⁰

Sobre Mandados de Busca e Apreensão Pela PM: “(...) Segundo o artigo 144 e seus parágrafos, da Constituição Federal, a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum”.¹¹

Sobre Interceptação Telefônica pela PM: “(...) a Corte ressalta que, à luz do artigo 144 da Constituição, a investigação dos fatos delitivos indicados no pedido de interceptação, por sua natureza comum, competia exclusivamente à polícia civil”.¹²

Sobre Lavratura de Termos Circunstanciados pela PM: “(...)O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 3.614, que teve como redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, pacificou o entendimento segundo o qual a atribuição de polícia judiciária compete à Polícia Civil, devendo o Termo Circunstanciado ser por ela lavrado, sob pena de usurpação de função pela Polícia

⁹ Código Francês dos Delitos e das Penas de 3 de Brumário do Ano IV. Art. 18. “A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em toda a parte e em todos os setores da administração geral. O seu fim é, principalmente, de prevenir os delitos” (PEREIRA, Eliomar da Silva. *Introdução às Ciências Policiais: a polícia entre ciência e política*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 33).

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 118.

¹¹ TJRS – Terceira Câmara Criminal – HC n. 70047333448 – Rel. Des. Nereu José Giacomolli – j. em 15.03.2012. Em sentido contrário (admissão em caráter excepcional): STF – Segunda Turma – RE 40.4563/ES – Rel. Min. Cezar Peluso – j. em 18.08.2009 – DJe 200 de 22.10.2009 / STF - Primeira Turma – HC n. 91.481/MG - Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 19.08.2008 – DJe 202 de 23.10.2008 / STJ – Quinta Turma - RHC 79.374/SP – Rel. Min. Felix Fischer – j. em 21.02.2017 – DJe de 10.03.2017.

¹² CIDH - Caso Escher e outros vs. Brasil - Sentença de 20 de novembro de 2009. Na contramão do posicionamento internacional humanitário, a jurisprudência nacional: STF – Segunda Turma – HC 96.986/MG – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 15.05.2012 – Dje 181 de 13.09.2012 / STJ – Quinta Turma - RHC 67384/ES – Rel. Min. Ribeiro Dantas – j. em 27.02.2018 – DJe de 05.03.2018.

Militar”¹³ / “(...) a única autoridade que pode lavrar o auto circunstanciado é o delegado de polícia de carreira da Polícia Civil, nos termos do art. 144, § 4º, da Constituição da República. Insista-se que a questão não é apenas formal, de interpretação da letra do texto constitucional, mas da substância da garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa”¹⁴.

Sobre Lavratura de Termos Circunstanciados pela PRF: “é um procedimento inexistente juridicamente (pois produzido em flagrante inconstitucionalidade), não se prestando para dar justa causa ao Ministério Público”.¹⁵

3.1.2. Polícia Judiciária Investigativa

- função judiciária (corpo policial como auxiliar do poder judiciário)¹⁶ e função investigativa (apuração indiciária de uma notícia-crime);
- dirigida por autoridade policial / delegado de polícia de carreira (art. 4 do CPP e art. 2º da Lei n. 12.830/13).

Composição: Polícia Civil ou Polícia Civil Estadual (art. 144, § 4º, CF) e Polícia Federal ou Polícia Civil Federal (art. 144, § 1º, IV, CF). *Exceção:* Polícia Militar nos crimes militares (art. 144, § 5º, CF).

Crêterios Legais de Divisão das Atribuições.

a) material (tipo de crime) / b) pessoal (sujeito envolvido na notícia-crime) / c) territorial. * Inobservância: mera irregularidade.

Atribuições da Polícia Federal (Art. 144, § 1º, CF): polícia administrativa e judiciária. Polícia Federal e “Crimes Estaduais” (Lei n. 10.446/02).

Delegado Natural? (art. 1º, § 4º, da Lei n. 12.830/13).

Atribuições da Polícia Civil Estadual (Art. 144, § 4º, CF): polícia investigativa e judiciária.

¹³ STF – Decisão Monocrática – RE n.º 702.617/AM - Rel. Min. Luiz Fux – j. em 28.08.12 – DJe 173 de 31.08.2012.

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 09 ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 116 – 118.

¹⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Estudos Críticos sobre o Processo Penal Brasileiro e Outros Ensaios*. v. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 209-211.

¹⁶ Órbita Federal: compete privativamente à polícia federal. Órbita Estadual: compete (sem exclusividade?) à polícia civil estadual.

Controle (interno e externo) da Atividade Policial. Interno: Corregedorias, Ouvidorias, Conselhos e Academias Policiais, além, é claro, dos próprios superiores hierárquicos. Externo: Ministério Público¹⁷, Poder Judiciário, Defesa e outras instâncias informais como os Conselhos Comunitários (CONSEGs), a imprensa, a própria sociedade diretamente e uma organização policial sobre a outra.¹⁸

3.2. Ministerial

- a) pacífico: presidir inquérito civil público. Fundamento (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7347/85). Pode (indiretamente) lastrear ação processual penal.
- b) pacífico: presidir investigações criminais internas / vedação ao indiciamento policial. Apuração de notícia-crime envolvendo seus próprios órgãos (membros). Investigação coordenada pelo Procurador-Geral de Justiça (MPE) ou pelo Procurador-Geral da República (MPU). Fundamento: Art. 41, inciso II e § único, da Lei n. 8625/93 (LONMP) / Art. 18, inciso II, alínea “f”, e § único, da LC n. 75/93 (LOMPU).
- c) polêmica: presidir investigações criminais externas (em geral).

Argumentos:

Favoráveis:

- teoria dos poderes implícitos (*inherent powers* ou *implied powers* – EUA - Suprema Corte Norte Americana – Caso McCulloch x Estado de Maryland – 1819) (art. 129, I, CRFB);
- ausência de exclusividade da polícia judiciária na investigação criminal.

Contrários:

- poder de presidir inquérito civil (art. 129, III, CRFB), jamais inquérito policial;
- se tem a função de exercer o controle externo (art. 129, VII, da CRFB), bem como possibilidade de requisitar instauração de inquérito e de ordenar diligências complementares, tudo indica que não pode ser o órgão presidente da investigação em substituição à polícia judiciária investigativa;
- ausência de órgão de controle (direto) em face da investigação ministerial;
- acumulação quântica de poder (incompatibilidade com a ordem democrática);
- incapacidade técnica investigativa;
- princípio da legalidade estrita.

¹⁷ Referências Normativas: art. 129, VII, da CF / artigos 3º, 9º e 10 da LC n. 75/93 e Resolução n. 20/07 do CNMP.

¹⁸ SAAD, Marta. Controle da Polícia no Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de (Coord.). *Polícia e Investigação no Brasil*. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 289 e 295.

Jurisprudência

STF: decisão do pleno, por maioria de votos, pela admissibilidade da investigação direta do MP, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (RE n. 593.727/MG). Anteriores decisões de órgão fracionário no mesmo sentido (decisões da segunda turma: HC n. 91661/PE e HC n. 89.837/DF).

“O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015” (STF – Pleno – RE n. 593.727/MG – Rel. Min. Cezar Peluso – Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes – j. em 14.05.2015).

Crítica. “O que se mostra inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar” (STF – Pleno – RE n. 593727/MG – Voto Vencido - Rel. Min. Marco Aurélio de Mello)”.

STJ: admite a possibilidade de investigação pelo MP (Resp 756891/GO e HC 38495/SC). Súmula n.º 234 do STJ.

Outras Questões:

- MP e Inquérito Policial. Inadmissibilidade da presidência.
- MP e Quebra de Sigilos. Inadmissibilidade. Cláusula de reserva de jurisdição.

- MP Investigativo e MP Denunciante. Admissibilidade (Súmula n.º 234 do STJ).

3.3. Judicial

Admissões:

a) investigação interna:

a.1.) crimes cometidos pelos seus próprios membros (art. 33, § único, da LC n. 35/79 - LOMAN);

a.2.) crimes cometidos na sede ou dependências de tribunal (art. 43 do RISTF, art. 58 do RISTJ e art. 359 do RITJSC);

b) “foro privilegiado”: autoridade com foro especial por prerrogativa de função.

Vedações:

a) revogada investigação judicial em crime falimentar (Lei n. 11.101/05);

b) inconstitucionalidade da investigação judicial em crime organizado (Lei n.º 9.034/95 / ADIN n. 1.570).

c) não recepção do “processo judicialiforme” (art. 26 do CPP).

3.4. Privada: Particular X Defensiva

- privada: particular (com ou sem detetive particular) e defensiva (advogado);

- Lei n. 13.432/2017 (detetive particular);

- Lei n. 13.245/2016 (direito de defesa nas investigações criminais estatais).

3.5. Outros Órgãos (?)

Art. 4.º, § único, do CPP: “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”

3.6. CPI’s (art. 58, § 3º, CF)

- “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.