

Cleopas Isaías Santos

**JUSTA CAUSA PARA A
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:**

*fundamentos e limites constitucionais
da investigação policial no Brasil*

*Prefácio por Nereu Giacomolli
Apresentação por Marta Saad*

**Justa causa para a
investigação criminal:**

*fundamentos e limites constitucionais da
investigação policial no Brasil*

**Justa causa para a
investigação criminal:**

*fundamentos e limites constitucionais da
investigação policial no Brasil*

Cleopas Isaías Santos



Conselho Editorial

Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco – Brasil

Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves
Professora da Universidade de Lisboa – Portugal

Doutor Georges Martyn
Professor da Universidade de Ghent – Flanders/Bélgica

Doutora Agata Cecilia Amato Mangiameli
Professora da Universidade de Roma II – Itália

Doutora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Professora Titular da USP – Brasil

Doutor Stelio Mangiameli
Professor da Universidade de Teramo – Itália

Editor Chefe

Plácido Arraes

Editor

Tales Leon de Marco

Produtora Editorial

Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico

Bárbara Rodrigues

Diagramação

Bárbara Rodrigues

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Copyright © 2022, D'Plácido Editora
Copyright © 2022, Cleopas Isaías Santos

São Paulo
Av. Paulista, 2073, loja 120, Conjunto Nacional, Bela Vista –
São Paulo - SP, CEP 01311-940

Belo Horizonte
Av. Brasil, 1843, Savassi, Belo Horizonte, MG – CEP 30140-007
Tel.: 31 3261 2801

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR INSTAGRAM/EDITORADPLACIDO

Catálogo na Publicação (CIP)

Santos, Cleopas Isaías
S237 **Justa causa para a investigação criminal : fundamentos e limites
constitucionais da investigação policial no Brasil / Cleopas Isaías
Santos. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2022.
238p.**

ISBN 978-65-5589-602-2

1. Direito 2. Direito penal I. Título.

CDD: 341.5

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

Ao meu pequeno Joaquim, com todo o amor, que não me cabe.

“Nenhum homem fez dádiva gratuita de parte da sua liberdade com vista ao bem público; uma tal quimera não existe senão na ficção; se fosse possível, cada um de nós quereria que os pactos que vinculem os outros não nos vinculassem”

Cesare Beccaria

“O bem que o Estado pode fazer é limitado; o mal, infinito. O que ele nos pode dar é sempre menos do que nos pode tirar”

Roberto Campos

Agradecimento

Aprendi, ainda cedo, na escola da vida, que nenhuma conquista é individual, exclusivamente. Ao revés, todas são resultado da empreitada de muitas pessoas, mesmo que não percebamos imediatamente. Sinto-me feliz por ter a percepção de que as minhas conquistas são resultado de muitas vontades e forças. Por esta razão, aproveitarei este espaço, onde o “eu” encontra-se livre das censuras estilísticas que aprisionam a forma do texto acadêmico, para agradecer a algumas pessoas sem as quais eu não teria chegado até aqui. E olha que venho de muito longe, não só numa perspectiva físico-espacial. Sem estas pessoas, os obstáculos que precisei transpor permaneceriam com a feição de intransponíveis.

Os primeiros que merecem estes agradecimentos são os meus pais, Olímpio e Zilda, fundamento, no sentido mais radical do termo, da minha existência, pelo amor incondicional, pelo modelo de caráter e honestidade que busco seguir a cada dia; pelo incentivo, mesmo quando as expectativas de “vingar” na Capital do Estado não passavam de mero excesso de vontade de um adolescente, que, em certo dia dos 14 anos, na janela do corredor de sua casa, através da qual via e imaginava o mundo, disse aos pais que iria estudar em São Luís, naquele ano de 1992. Hoje compreendo, mais que antes, as lágrimas da minha mãe, mesmo concordando com a ideia, e reconheço, agradecido profundamente, a confiança depositada em seu filho, que, mesmo pequeno e novo, já não era mais criança, como costumava repetir meu pai. Sem aquele dia, naquela janela, e sem o apoio de vocês, nossas vidas seriam outras, bem diversas da que temos agora, inclusive esta mais nova conquista. Obrigado por tudo isso e perdão pelo tempo ausente, em Porto Alegre, em São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro, São Luís e

demais cidades onde precisei estar, em missão de trabalho ou estudo. Vocês sempre foram minha principal razão de continuar lutando e superando cada novo obstáculo.

Aos meus queridos irmãos, Clemilda, Cleilson, Cleilma, Cleilton (*in memoriam*) e Cledson, pela amizade sincera, pelo apoio constante, pela admiração e permanente confiança no “preto da casa”. Mesmo sendo o quarto, a posição assumida, desde há muito, de mais velho, também me imprime uma grande força para continuar lutando.

Agradeço ainda aos queridos amigos Marcelino e Geraldinho, heranças das amizades do meu pai. Ambos exerceram um papel fundamental na minha formação. O primeiro deles, alto, forte, com sólida formação católica e educador. O segundo, baixo, franzino, igualmente religioso, só que adventista, e artista das pequenas máquinas (relojoeiro). Ambos tão diferentes e tão parecidos, especialmente na crença de que o ser humano pode ser melhor e que a educação é caminho seguro para isso. Jamais voltei a Santa Luzia, minha cidade natal, sem passar em seus lares para conversar, tomar um café e falar do último livro deixado para leitura (sim, há alguns anos levo livros para que eles leiam e depois conversamos sobre os mesmos). Obviamente temas como religião e política sempre estão presentes. Muitíssimo obrigado pelo igual incentivo na minha formação e pela amizade nua, no sentido derridiano do termo.

Ao meu *amigo-irmão* Sérgio Carvalho Queiroz, sem o qual a consecução do meu primeiro projeto de vida, ir estudar em São Luís, não teria ocorrido. Sérgio saiu de São Luís e foi morar em Santa Luzia, ainda criança, acompanhando a família. Conhecemo-nos quando tínhamos mais ou menos 10 anos e logo depois passamos a estudar juntos. Com ele expandi meus horizontes e conseqüentemente me fortaleci na busca da realização daquele objetivo. Foi com ele que fui para São Luís e foi na casa dos seus parentes que fiquei enquanto me submetia às provas para admissão no segundo grau na Capital maranhense. Foi com ele que estudei durante o antigo segundo grau. E foi com ele que comemorei nosso ingresso na Universidade Federal do Maranhão. Fascinado por tecnologia como sempre foi, formou-se em Ciência da Computação e ganhou o mundo. Meu muito obrigado, meu caro *irmão-amigo*.

Chegando a São Luís, comecei a concretização daquele objetivo e passei a ter outros novos, como até hoje os tenho. E, para tanto, uma vez mais a vida me pôs diante do impossível, a possibilidade. Saindo o resultado da minha aprovação na escola pública federais onde estudei (Colégio Universitário – COLUN), eu não tinha onde morar. Além

disso, o que estava acertado com os parentes do meu amigo Sérgio é que eu ficaria com eles apenas até o resultado das seleções. Foi então que Alter Pedro Mata Roma, o Sr. Pierre, patriarca daquela família, convida-me para com eles morar pelo tempo que fosse necessário. Em apenas três meses meu pai conseguiu comprar uma pequena casa em um conjunto habitacional e para lá fomos, eu, Sérgio, seu irmão Cláudio e depois minha irmã mais velha, Clemilda. Aquele gesto de generosidade com alguém desconhecido eu jamais esquecerei. Por esta razão, além de outras que deixo de especificar, adotei aquela família, composta pelo Sr. Pierre e Dna. Nadir (*in memoriam*), chefes da família, e seus filhos Franz Richard, Fabíola e Fábila, além da querida Rose, esposa do Franz, sendo também por eles adotado. A todos agradeço por representarem meu ponto arquimediano nesta jornada e pelos fortes laços de carinho, respeito e amizade que estabelecemos.

Agradeço ainda ao Prof. Alberto Tavares Vieira da Silva, grande penalista maranhense, que muito honrou a magistratura federal deste Estado e do Brasil, e que agora também honra a advocacia. Profundo conhecedor, não só do Direito Penal, mas de todas as formas de conhecimento que possam interessar a um homem das letras, interessando-se especialmente pela Literatura, História, Filosofia, Psicologia, Medicina Legal e balística, sendo inclusive exímio atirador e colecionador de armas, além das variadas línguas que costumeiramente se dedicava, entre as quais o latim. Por tudo isso, aliás, ocupa meritoriamente um assento na Academia Maranhense de Letras, *ethos* ideal para praticar outra arte que lhe apraz, a oratória, fazendo-o brilhantemente. A ele devo a paixão pelas Ciências Criminais, paixão esta, aliás, que não foi passageira, como costuma ser para alguns que se apaixonam pelo Direito Penal e se casam com o Direito Civil, como se ouve pelos corredores acadêmicos. Eu me apaixonei pelo Direito Penal e me casei com o Processo Penal. Ou com as Ciências Criminais, em verdade. E esta relação já dura mais de vinte anos, o que não é muito, é verdade, mas, em tempos de fluidez e fugacidade, parece um tempo considerável.

Agradeço ao Prof. Vinicius Gomes de Vasconcellos, meu orientador, pela possibilidade de aprender com suas lições; e pelo modelo de humildade acadêmica; pela orientação criteriosa e interessada; pelas valiosas contribuições ao desenvolvimento desta investigação; pela liberdade de pensamento que me possibilitou, mesmo quando o limite era a divergência do seu posicionamento.

Aos professores componentes da banca de defesa da tese que agora é vertida em livro, Marta Saad, Nereu Giacomolli, André Callegari e Edson Baldan, cujas críticas e sugestões foram essenciais para esta versão final. À Profa. Marta, agradeço ainda pelas sugestões bibliográficas, pelo gentil envio de materiais valiosos para a pesquisa e por sua apresentação. Ao Prof. Nereu Giacomolli agradeço também pelo prefácio a este trabalho.

Aos meus amigos de Doutorado, especialmente aos que tive uma convivência mais estreita e intensa, Anamaria Prates, João Rafael, Hugo Passos, Vanessa Reichert, Leandro Gobbo, Acácio Miranda, Victor Minervino, José Evande e Paulo Roque, por me receberem bem e pelas frutíferas discussões e momentos de descontração. Muito obrigado por tornar nosso Doutorado mais divertido.

Ao colega de academia e amigo Adriano Damasceno, pelos projetos comuns e pelo diálogo constante e enriquecedor.

À Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, por me conceder o afastamento remunerado para a realização do Doutorado. Sem isso, certamente este projeto não seria possível.

Ao meu amado filho, Joaquim, razão maior do meu viver, agradeço a compreensão, amizade, amor, carinho e companhia em muitos momentos desta pesquisa, mesmo que fosse para brincar ao meu lado, enquanto eu trabalhava, para ler ou apenas para me dar um abraço carinhoso, um beijo e dizer “papai, te amo”. Certamente és responsável por grande parte da força que tive para superar os obstáculos.

À Princesa, pela compreensão, apoio, cuidado e dedicação nesse período tão difícil em nossas vidas.

Por fim, agradeço ao Plácido e toda sua equipe na Editora *D’Plácido*, pela acolhida e eficiência na conclusão do presente livro.

Todos, inquestionavelmente, contribuíram para a realização deste sonho. E só por isso eu cheguei até aqui. Obrigado a todos por confirmarem o prazer que sempre tive em cantar, com o grande Raul Seixas, a sua bela *Prelúdio*: “Sonho que se sonha só/É só um sonho que se sonha só/Mas sonho que se sonha junto é realidade”.

Sumário

<i>Prefácio</i>	17
<i>Apresentação</i>	21
<i>Introdução</i>	25
1. <i>Investigação Criminal Democrática</i>	33
1.1. Processo penal democrático.....	33
1.1.1. Princípio da necessidade do processo.....	35
1.1.2. Instrumentalidade democrática do processo penal.....	38
1.2. Fundamentos e limites constitucionais da investigação criminal.....	41
1.2.1. Princípio da necessidade da investigação criminal?.....	41
1.2.2. Conceito, objeto, titularidade, finalidade e natureza jurídica	42
1.2.3. Características da investigação criminal.....	44
1.2.3.1. Instrumentalidade qualificada.....	45
1.2.3.2. Bidirecionalidade.....	45
1.2.3.3. Forma documental.....	47
1.2.3.4. Dispensabilidade.....	48
1.2.3.5. Sigilosidade.....	48
1.2.3.6. Inquisitorialidade mitigada.....	50
1.2.3.7. Obrigatoriedade.....	53
1.2.3.8. Oficialidade.....	53

1.2.3.9. Oficiosidade.....	54
1.2.3.10. Indisponibilidade.....	54
1.2.3.11. Informatividade.....	55
1.2.3.12. Prorrogação.....	56
1.2.3.13. Sumariedade cognitiva.....	57
1.2.4. Formas de instauração.....	60
1.2.4.1. Cognição imediata, espontânea ou informal.....	60
1.2.4.2. Cognição mediata, provocada ou formal.....	62
1.2.4.3. Cognição coercitiva.....	64
1.2.4.4. Atos instauradores.....	64
1.3. Investigação criminal democrática.....	67
2. <i>Justa causa no processo penal</i>	71
2.1. Notas introdutórias.....	71
2.2. Teorias sobre a justa causa no processo penal.....	73
2.2.1. A justa causa fora do âmbito da ação penal.....	73
2.2.2. A justa causa como condição da ação penal.....	77
2.2.2.1. Justa causa como possibilidade jurídica do pedido.....	77
2.2.2.2. Justa causa como interesse de agir.....	79
2.2.2.3. Justa causa como condição autônoma da ação penal.....	81
2.2.2.3.1. Lastro probatório mínimo.....	81
2.2.2.3.2. Controle processual do caráter fragmentário do direito penal.....	86
2.2.2.4. Justa causa como critério amplo e sui generis.....	89
2.2.2.5. Justa causa como critério político-criminal conglobante.....	90
2.2.3. A justa causa no âmbito da investigação criminal.....	94
2.3. <i>Standard</i> probatório ou justa causa para a investigação criminal?.....	99
3. <i>Justa causa para a investigação criminal</i>	103
3.1. Notas introdutórias.....	103
3.2. Conceito.....	105

3.3. Estrutura dogmática da justa causa para a investigação.....	108
3.3.1. Tipicidade aparente.....	112
3.3.1.1. Crime impossível.....	118
3.3.1.2. Ofensa insignificante ao bem jurídico.....	121
3.3.2. Antijuridicidade aparente	125
3.3.2.1. Legítima defesa	130
3.3.2.2. Estado de necessidade.....	131
3.3.2.3. Exercício regular de direito.....	133
3.3.2.4. Estrito cumprimento de dever legal.....	134
3.3.2.5. Consentimento do titular do bem jurídico.....	136
3.3.3. Condições de procedibilidade	138
3.3.3.1. Representação do ofendido.....	139
3.3.3.2. Requisição do Ministro da Justiça.....	144
3.3.3.3. Requerimento do ofendido	146
3.3.3.4. Requisição do Tribunal Superior Eleitoral?.....	148
3.3.3.5. Autorização do Tribunal, no caso de autoridade com foro especial por prerrogativa de função	149
3.3.4. Originalidade aparente.....	159
3.3.5. Punibilidade concreta aparente.....	164
3.3.5.1. Presença de condições objetivas de punibilidade.....	166
3.3.5.2. Ausência inequívoca de escusas absolutórias pessoais	167
3.3.5.3. Ausência inequívoca de causas extintivas da punibilidade	169
3.3.5.3.1. Morte do agente.....	171
3.3.5.3.2. Anistia.....	172
3.3.5.3.3. Retroatividade da lei descriminalizadora.....	173
3.3.5.3.4. Prescrição.....	174
3.3.5.3.5. Decadência.....	176
3.3.5.3.6. Renúncia ao direito de queixa.....	177
3.4. Fundamentação da justa causa para a investigação criminal.....	177
3.5. Justa causa para a investigação criminal.....	181

3.5.1. Investigação preliminar sumária ou verificação preliminar de informação.....	181
3.5.2. Inquérito policial.....	188
3.5.2.1. Imunidades absolutas à prisão em flagrante.....	189
3.5.2.1.1. Presidente da república.....	189
3.5.2.1.2. Imunidade diplomática.....	190
3.5.2.1.3. Imunidade da criança.....	191
3.5.2.2. Imunidades pessoais relativas à prisão em flagrante.....	191
3.5.2.2.1. Senadores, deputados federais, estaduais e distritais.....	192
3.5.2.2.2. Agentes consulares.....	193
3.5.2.2.3. Membros da magistratura e do ministério público.....	193
3.5.2.2.4. Advogados, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil.....	197
3.5.3. Auto de investigação de ato infracional.....	198
3.5.3.1. Tipicidade e antijuridicidade aparentes.....	200
3.5.3.2. Condições de procedibilidade.....	203
3.5.3.3. Originalidade.....	207
3.5.3.4. Punibilidade concreta.....	207
3.5.3.5. Flagrante de ato infracional.....	208
3.5.4. Termo circunstanciado de ocorrência.....	212

Conclusão.....219

Referências.....229

Prefácio

Ser eleito para prefaciara uma obra é uma distinção e, quando, como no caso, parte de um discente, exponencia-se o reconhecimento. Cleopas Isaías Santos deslocou-se do Maranhão para Porto Alegre, onde cursou o Mestrado em Ciências Criminais (PUCRS). Posteriormente, em Brasília, cursou o Doutorado em Direito Constitucional (IDP), sempre em busca de conhecimento e das possibilidades de avançar no mundo do Direito e da investigação científica. Agora, brinda-nos com uma obra sobre um tema pouco desenvolvido no âmbito criminal: a justa causa. E, ainda menos trabalhado quando o recorte diz respeito à investigação criminal.

Defende a análise da justa causa também na fase preliminar do processo penal, na investigação criminal antecedente à ação processual penal e ao processo penal, estabelecendo como critérios à instauração da investigação a demonstração de uma aparência de tipicidade, de antijuridicidade, de originalidade e de punibilidade concreta, bem como condições de procedibilidade.

A justa causa pode ser compreendida como o conjunto de determinados fatores aptos a desencadear e dar suporte a uma atividade. No que ao processo penal se refere, entende-se como sendo a presença de um substrato probatório suficientemente apto a desencadear a dedução de uma pretensão acusatória, ou seja: indícios razoáveis de autoria e de materialidade de um fato típico e ilícito, bem como a possibilidade de incidência legítima e válida da potestade punitiva.

Parte da doutrina situa a justa causa como uma quarta condição da ação processual penal. Em outra perspectiva a Professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura sustenta não constituir a justa causa

uma condição da ação processual penal, mas a falta de qualquer uma das condições implicaria *falta de justa causa*. Refere expressamente que “se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo legal; se a acusação não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito; e, finalmente se inexistir o interesse de agir, faltará justa causa para a ação penal”. Isso ocorre, conforme acrescenta a autora, “porque a justa causa para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à *legalidade da acusação*. E, no plano axiológico, à legitimidade da acusação”. Por fim, sintetiza: “a análise da justa causa, vale dizer, da justa razão ou da razão suficiente para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata (vale dizer, em tese), mas também, e principalmente, calcada na conjugação dos elementos acima mencionados (isto é, em hipótese) que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevaiente, ao mérito” (*Justa Causa para a Ação Penal*, 2001, p. 221)

Entretanto, já na fase preliminar do processo penal, é possível identificar a presença ou não de fatores válidos e com entidade suficiente a dar início ou prosseguimento da *persecutio criminis*. Quando for possível verificar a presença de elementos vedatórios do oferecimento de uma pretensão acusatória ou do nascimento de um processo contraditório desprovido de conteúdo, ausente estará a justa causa à instauração ou continuação da fase preliminar do processo penal (ausência de um fundamento razoável à *persecutio criminis*, *notitia criminis* genéricas, fatos atípicos, fatos prescritos, ausência de condição à persecução criminal – representação, v.g.).

Justifica-se a verificação da justa causa, mesmo na fase preparatória do processo penal, na preservação dos valores fundamentais, consubstanciados em princípios e garantias, assegurados na Constituição Federal e nos diplomas internacionais protetivos dos Direitos Humanos. O atuar para o nada jurídico é incorporar o simbolismo da *persecutio criminis*, o paradigma do Estado policaiesco e punitivista, em afronta à ordem democrática do Estado de Direito.

Além das impugnações *interna corporis*, é possível ser utilizado o remédio jurídico do *habeas corpus* como instrumento de *collateral attack* para estancar a investigação ou o inquérito policial, em razão da presença dos riscos ao direito de liberdade e ao *status* de cidadão inocente. A investigação criminal desprovida de fundamento razoável adentra na ilegalidade e no abuso do poder persecutório. Ademais, além das

sanções criminais de índole material, há sanções criminais de natureza processual e, dentre elas, situa-se a investigação criminal solteira de fundamento. Já o Código de Processo Penal da década de quarenta (art. 648, I), considerava a coação ilegal quando ausente a justa causa. Semelhante disposição foi mantida no PL 156/2009 (art. 663, I) e no PL 8.045 (art. 693, I), com a redação do substitutivo.

Podemos elencar, sem preocupação de esgotar os exemplos, além da *persecutio criminis* sem fundamento: a instauração da investigação criminal e do processo penal; a demora da investigação e do processo penal; a incerteza e falta de previsibilidade das decisões judiciais; a exploração midiática do sujeito investigado e processado criminalmente; a prisão além da condenação; a demora na apreciação dos direitos do condenado; o recolhimento ao cárcere sem as condições humanitárias.

Por isso ganha importância a obra do Prof. Cleopas Isaías Santos, a qual, certamente, cumpre uma importante função no estudo do Direito Processual Penal.

Porto Alegre, outubro de 2022.

Nereu José Giacomolli,
Professor e pesquisador na PUCRS e pesquisador
integrado do *Ratio Legis* – Centro de Investigação em
Ciências Jurídicas da UAL/Lisboa, Projeto *Corpus Delicti*,
Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional.

Apresentação

O livro que agora vem a público, *Justa causa para a investigação criminal: fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil*, corresponde à excelente tese com a qual seu autor, Cleopas Isaías Santos, obteve o título de doutor no programa de pós-graduação do IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Tive a honra de participar do exame de qualificação e depois da banca de defesa de doutorado de Cleopas, tendo recebido o honroso convite para apresentação da versão comercial do trabalho.

Desde que comecei meus estudos acadêmicos, minha pesquisa se voltou para a primeira fase da persecução penal, o inquérito policial, que era visto pela doutrina e pela prática do sistema de justiça criminal, sem qualquer razão, como uma etapa de menor importância.

Nas lições de Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹ e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,² defendi que o inquérito policial, ao contrário disso, é fase da persecução penal carregada de importância e significado. Constitui filtro necessário da persecução penal, para evitar acusações formais em juízo que, sem a devida apuração preliminar, pudessem ser consideradas precipitadas, temerárias ou até caluniosas. Escrevi: “o processo penal, é sabido, constitui sanção negativa em si mesmo. Carregado de simbolismo, produz efeitos indelévels em quem o sofre, mesmo que a ação penal ao fim termine em sentença penal absolutória. O indivíduo sofre e padece o processo penal. Daí que, para acusar, deve-se ter prova, obtida

¹ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

por meio de uma apuração preparatória que demonstre, com alguma certeza, a existência material, aparentemente ilícito e típico, e ao menos indícios de autoria, coautoria ou participação, sem esquecer os elementos de convicção quanto à provável culpabilidade do indiciado”.³

O inquérito policial, carregado de atos de investigação e instrução, alguns inclusive de caráter definitivo, pode servir de base para a decretação de medidas restritivas da liberdade e do patrimônio e sustentar eventual ação penal – conferindo-lhes justa causa.

Por isso, sustentei que a participação da defesa na fase de inquérito policial deveria ser decorrência lógica da previsão constitucional do direito de defesa e que não fazia qualquer sentido manter o maior interessado no inquérito policial – o investigado – distante do seu desenvolvimento.

Neste quesito de possibilidades defensivas no inquérito policial, diversos avanços normativos e jurisprudenciais foram feitos. Com a edição da súmula vinculante n. 14 pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se sistematicamente a reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa, por meio do seu pressuposto básico que é o direito de ciência, já no inquérito. Leis sucessivas – Lei n.º 12.850/13 e o próprio Estatuto da OAB reformado – repercutiram normativamente o quanto expresso no verbete da súmula.

Mas é fato que a fase preliminar vem se incrementando, quer pelo uso mais sistemático de meios ocultos de obtenção de prova, quer pela duração mais alargada da fase de investigação, alterando muitas vezes o próprio eixo informativo e probatório da persecução penal, antecipando-o substancialmente para o inquérito policial.⁴

O presente trabalho analisa a própria instauração do inquérito policial e a decretação de medidas restritivas ali decretadas, entendendo que é fundamental, dentro de limites constitucionais, haver justa causa não só para a ação penal, mas para a persecução penal como um todo, desde o seu início.

Tradicionalmente, justa causa é atributo que acompanha a ação penal. Conforme lição já clássica da Ministra Maria Thereza Rocha de

³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 22.

⁴ SANTORO, Antonio E.R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>.

Assis Moura, a “*justa causa para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E, no plano axiológico, à legitimidade da acusação. Vimos que, em decorrência do cânone da legalidade, o ordenamento jurídico processual penal não suporta a atipicidade da narrativa da conduta. E, por certo, não suporta também que a acusação se faça sem que encontre lastro na prova colhida no inquérito policial ou nas peças de informação. Tanto faz a denúncia narrar fato em tese atípico, como descrever fato que não guarde ressonância para com a prova colhida. Em ambos os casos, haverá ilicitude e, mais do que isso, imoralidade. E tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que faltará, na hipótese, justa causa para a ação penal*”.⁵

A noção de justa causa exige a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. Significa a existência de suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva, sob pena de rejeição da denúncia ou, caso aceita, de concessão de *habeas corpus* para trancá-la.

O autor, porém, antecipa o exame de justa causa: entende que a justa causa deve ser reconceituada, para que sua análise possa ser realizada também na fase preliminar, de investigação. E justifica tal exigência a partir da constatação de que **é no curso do inquérito** policial que os meios de obtenção de prova que mais tensionam direitos e garantias individuais têm lugar: “*percebe-se que a justa causa deve ser compreendida como parâmetro axiológico-normativo para qualquer ato da persecução criminal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, desde a instauração da investigação, passando pela decretação de medidas cautelares e meios de obtenção de prova, pelo indiciamento, ação penal até alcançar a sentença condenatória*”.

Diante disso, procura verificar quais critérios justificam, legitimamente, a instauração de uma investigação preliminar e medidas cautelares e meios de obtenção e prova, restringindo ou podendo restringir direitos fundamentais do imputado. Elenca predicados quantitativos – necessidade e suficiência – e qualitativo – legitimidade – para a justa causa na fase de investigação criminal.

A obra principia, em seu Capítulo 1, com a fixação das bases do que o autor chama de investigação criminal democrática, revista sob a lupa dos direitos fundamentais. Depois, no Capítulo 2, trata da justa causa no processo penal, analisando suas diversas concepções. Por fim,

⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

no Capítulo 3, mergulha verticalmente na análise da justa causa para a investigação criminal e propõe que a justa causa seja ali aferível a partir da análise da tipicidade aparente, antijuridicidade aparente, condições de procedibilidade, originalidade aparente e punibilidade concreta aparente.

Demonstra que, no inquérito policial, como forma de persecução penal preliminar, deve ser feita acurada análise de justa causa, que depende de decisão fundamentada do Delegado de Polícia, sob pena de o inquérito policial tornar-se em si instrumento iníquo ou até mesmo de a autoridade policial vir a ser responsabilizada, nos termos da Lei de Abuso de Autoridade.

Além de sistematizado e inovador, incrementando e fazendo operar as garantias desde o início da persecução penal, o trabalho é escrito por quem conhece a prática policial. Descortina assim o desafio de sempre e cada vez mais revisitar e transformar esta etapa tão importante da persecução penal.

Implementadas com rigor as ideias aqui expostas, certamente ganham todos: o Estado, evitando o custo da instauração de inquéritos policiais desnecessários e a decretação de medidas que podem significar unicamente coação; o investigado, em proteção da sua liberdade e reputação; e a sociedade em geral, interessada na paz social.

Nas páginas que seguem estão reflexões de um profissional sério e dedicado, Delegado de Polícia e acadêmico estudioso, interessado no aperfeiçoamento da sua prática de trabalho, valorizando-a à luz das garantias constitucionais, que são de todos nós.

Por isso, honrada pela deferência que me foi concedida em ler em primeira mão este trabalho, convido à leitura da obra que ora se traz a público, de valor ímpar, pelo seu cunho teórico e por sua manifesta repercussão prática.

São Paulo, outubro de 2022

Marta Saad
Professora de Direito Processual Penal da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução

O monopólio estatal do poder punitivo, aliado à não auto-aplicabilidade do direito penal, dependente, em princípio, do processo para se materializar, exigem, de maneira quase imprescindível, outra atividade pública vocacionada a possibilitar a aplicação da pena: a persecução criminal. Com efeito, a prática de um fato delituoso gera para o Estado, ao menos como regra, o dever de punir o autor de um tal crime.

A aplicação da pena pressupõe, portanto, quase sempre, a existência de um processo, em decorrência mesmo dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e até mesmo da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

Como se sabe, no Brasil, o processo tem início com a propositura da ação penal pelo órgão acusador, o qual normalmente se baseia em investigação prévia. Essa investigação, que no Brasil pode ser realizada por diversas instituições, tem como função primária e quase que genética, embora não exclusivamente, a descoberta de elementos mínimos que possibilitem a propositura da ação penal respectiva. Ou seja, a investigação preliminar deve ser o substrato natural para a formação da justa causa para a inicial acusatória. É a investigação, portanto, o berço natural da justa causa capaz de desencadear, de maneira legítima, a ação penal.

Desse modo, o Estado desenvolve a persecução criminal em dois momentos distintos: no curso do processo e antes do processo. Como dito acima, a persecução prévia ao processo é a investigação criminal, a qual pode ser realizada por diversas instituições, entre as quais, a Polícia Civil e a Polícia Federal (doravante apenas polícia investigativa ou judiciária, responsáveis pela imensa maioria das investigações realizadas no País.

O resultado das investigações policiais pode ser materializado através dos seguintes procedimentos formais: a) Inquérito Policial, nos crimes de médio e de maior potencial ofensivo (e, de forma excepcional, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando a complexidade do caso assim o exigir); Termo Circunstanciado de Ocorrência, nas infrações penais de menor potencial ofensivo; e c) Auto de Investigação de Ato Infracional ou Boletim de Ocorrência Circunstanciada, quando se tratar de apuração de ato infracional.

De forma preliminar a todos esses procedimentos, pode ainda a polícia instaurar um procedimento mais simplificado, a chamada Verificação da Procedência de Informações ou Verificação Preliminar de Informações ou apenas Investigação Sumária, objetivando a colheita de elementos mínimos que justifiquem a instauração de algum daqueles procedimentos principais acima referidos, evitando-se, desse modo, o início injustificado de uma investigação capaz de restringir direitos fundamentais do imputado.

Contudo, assim como o Direito Penal é essencialmente violento, a persecução criminal também o é, especialmente a investigação preliminar, onde as garantias fundamentais nela incidem apenas de forma tangencial. Desse modo, questiona-se: o que justifica uma investigação criminal? O que torna legítimo um procedimento estatal que gera sofrimento àqueles que são apontados como autores de infrações penais e que pode resultar em restrições aos direitos mais elementares das pessoas, inclusive a liberdade? Perguntas como essas clarificam o conteúdo político do processo penal e exigem respostas adequadas à promessa constitucional de vida digna para todos.

A pesquisa que se pretende desenvolver busca responder essas e outras perguntas relacionadas à justificação (legítima) da intervenção estatal através da persecução criminal preliminar.

Como se sabe, a Lei nº 13.869/2019 considera crime instaurar procedimento investigatório de infração penal, em desfavor de alguém, *quando faltar qualquer indício da prática de crime* (art. 27), bem como dar início a uma persecução penal sem *justa causa* fundamentada ou contra quem sabe inocente (art. 30). Veja-se que o legislador parte da premissa de que a análise da justa causa deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação.

Desse modo, o problema central da presente pesquisa pode ser formulado da seguinte maneira: quais os parâmetros que justificam, legitimamente, a instauração de uma investigação preliminar, restringindo ou podendo restringir direitos fundamentais do imputado?

A premissa da qual se parte para responder ao problema apresentado é a de que a justa causa deve ser reconceituada e sua análise, antecipada para a fase preliminar de investigação, precisamente pelo fato de ser este âmbito o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias, como o contraditório e a ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal. Ou, de outro modo: se no curso do processo, onde todas essas garantias constitucionais são necessárias, a justa causa deve ser também exigível, como muito mais razão, na fase preliminar, onde aquelas garantias são apenas insinuadas ou reflexas.

As hipóteses da presente pesquisa são as seguintes: 1) a justa causa deve ser reconceituada, porque a sua análise deve ser antecipada para a fase preliminar de investigação, precisamente pelo fato de ser este âmbito o que mais afeta ou pode afetar os direitos fundamentais do imputado, vez que algumas garantias, como o contraditório e a ampla defesa, incidem de forma obrigatória exclusivamente a partir da propositura da ação penal. Ou, de outro modo: se no curso do processo, onde todas essas garantias constitucionais são necessárias, a justa causa deve ser também exigível, como muito mais razão, na fase preliminar, onde aquelas garantias são apenas insinuadas ou reflexas; 2) os critérios para a instauração de uma investigação criminal são os seguintes: a) tipicidade aparente; b) antijuridicidade aparente; c) condições de procedibilidade; d) originalidade aparente; e e) punibilidade concreta aparente.

O tema da justa causa é certamente um dos mais debatidos no processo penal pátrio. As divergências são muitas, quase não havendo consenso sobre seus aspectos. Além disso, percebe-se que o tema da justa causa possibilita múltiplas análises, a depender do referencial adotado. Para os interesses desta pesquisa, parece preferível analisar o tema a partir do momento da persecução penal, especialmente tendo em conta o parâmetro principal no debate contemporâneo, que é a ação penal.

Desse modo, são verificáveis posicionamentos que analisam a justa causa fora do contexto da ação penal, inclusive antes de sua propositura, embora exclusivamente referente à prisão cautelar, mas principalmente no âmbito do *habeas corpus*; existe outro grupo teórico que a inclui no âmbito da ação penal, considerando-a como condição autônoma ou relacionando-a com alguma outra ou com todas as demais condições da ação; e existe um grupo que possibilita analisar a justa causa em qualquer momento da persecução penal, inclusive na fase de investigação, não apenas no que tange à prisão cautelar, mas a qualquer ato

que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, incluindo a própria instauração do procedimento investigatório.

Porém, apesar dessa problemática e da importância do tema, o tríplice discurso jurídico (doutrinário, jurisprudencial e legislativo) limita-se à análise da justa causa a partir da ação penal. No máximo, são encontradas referências epidérmicas sobre o tema na fase de investigação preliminar, sem o adensamento necessário para a especificidade da investigação. Ou, de outro modo: as análises sobre a justa causa, independente de suas nuances, identificam, aprofundando a matéria, como limite mínimo de incidência desse instituo, a ação penal.

Esta constatação causa estranheza, vez que é no âmbito da investigação criminal que ocorrem ou podem ocorrer as maiores ofensas a direitos fundamentais do imputado, haja vista que as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo e outras, não são aplicáveis com todo o seu potencial democrático. Ou seja, se no curso do processo penal, onde esses direitos e garantias são exigíveis, defende-se a necessidade de se estabelecer uma justa causa para a intervenção penal do Estado, com muito mais razão, também deve sê-lo na fase preliminar do processo penal.

Como já ficou dito, a investigação criminal gera sofrimentos aos que a ela são submetidos, embora a Constituição garanta a necessidade de tratamento de todos como inocentes até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, especialmente pela não incidência obrigatória, nesta fase, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Esse fato decorre historicamente da herança inquisitorial do processo penal pátrio. Se se pode falar em “misérias do processo penal”,¹ mesmo que nele incidam obrigatoriamente o contraditório e ampla defesa, além de outras garantias constitucionais, pode-se falar também, e com mais razão, nas “misérias da investigação criminal”, as quais são ainda mais evidentes e potencializadas. A consequência dessa herança autoritária da persecução criminal pátria traz como inevitável consequência a supressão de garantias individuais e a ampliação da violência estatal.

Segundo Gluglielmo Ferrero *apud* Carlos Diniz,² “entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem tanta necessidade de se justificar

¹ Referência à epocal obra de CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006.

² FERRERO, Gluglielmo. *Poder: los genios invisibles de la ciudad*. Madrid: Tecnos, 1998 *apud* DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 516.

ante a razão como a desigualdade estabelecida pelo Poder”. Inquestionavelmente a persecução criminal, como manifestação do poder estatal, desigualda o imputado.

Por estas e outras razões é que, em um Estado Democrático de Direito, a persecução penal, no caso específico que aqui se busca analisar, a investigação criminal, precisa de legitimação, a qual pode ser construída por diversos aspectos e exigências, positivas e negativas, a depender do ato investigativo, a exemplo da legalidade, os indícios de autoria e materialidade, da inexistência de causas extintivas ou excludentes de punibilidade, das limitações probatórias, etc. Ou seja, a legitimidade democrática da investigação pode ser construída através dos fundamentos, pressupostos, requisitos e limites da persecução penal preliminar, elementos quase sempre relegados a um segundo plano pelos processualistas.

Sustenta-se aqui que essa legitimidade democrática pode ser construída a partir da *justa causa*, aqui compreendida como a *causa necessária e suficiente para desencadear legitimamente um procedimento penal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado*.

Isso se dá porque, não só a investigação criminal, mas todo o sistema processual penal deve ser visto sob a lupa dos direitos fundamentais, tendo em conta especialmente o fato de que, nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou *filtragem das normas constitucionais* e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos.

Por tudo isso é que se pretende, com a presente pesquisa, analisar os já existentes e estabelecer novos critérios objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da *justa causa* para a instauração de cada um dos procedimentos investigatórios criminais.

O objetivo geral da presente pesquisa, portanto, é analisar os já existentes e estabelecer novos parâmetros objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da *justa causa* para a instauração dos diversos procedimentos investigatórios criminais e conseqüente identificação dos fundamentos e limites constitucionais da fase preliminar do processo penal pátrio.

De forma mais específica, busca-se: a) estudar os fundamentos e os limites constitucionais da investigação criminal; b) analisar criticamente o estado atual da discussão da chamada *justa causa* e antecipar seu estudo para a fase preliminar de investigação; c) estudar a cognição no processo penal e sua relação com a justa causa; d) conceituar e analisar a estrutura dogmática da justa causa; e) identificar a justa causa para a instauração dos diversos procedimentos investigatórios criminais.

O tema escolhido para a abordagem justifica-se por diversas razões, dentre as quais por seu caráter atual, haja vista o exponencial crescimento do número de investigações criminais com densas restrições a direitos fundamentais do imputado, muitas vezes, mais graves do que as futuras penas aplicadas. Não obstante isso, os trabalhos publicados sobre o tema da justa causa limita-se a analisá-la a partir da ação penal. Poucas e superficiais referências sobre a justa causa para a investigação criminal são feitas, necessitando, assim, de um adensamento no âmbito preliminar, com o estabelecimento de critérios objetivos para a instauração de uma investigação capaz de restringir direitos fundamentais do imputado.

Além disso, mesmo no âmbito da ação penal, onde o tema da justa causa encontra-se mais debatido e sedimentado no Brasil, não há consenso sobre sua natureza jurídica, seus parâmetros de análise, estrutura dogmática e âmbito de incidência. Com essa configuração, a justa causa acaba por gerar mais problemas que soluções, prejudicando sensivelmente a instrumentalidade garantista do processo penal.

Destaca-se também o ineditismo da abordagem proposta, isto porque, apesar da ampla produção bibliográfica hoje existente sobre a justa causa, os trabalhos abordam essa temática sempre de forma compartimentada, ou seja, sob um olhar unidirecional e a partir da ação penal. Portanto, a reestruturação crítica da justa causa, a fim de se alcançar uma resposta coerente ao problema que norteia a presente investigação, ou seja, sobre a possibilidade de sua antecipação para a investigação criminal, justifica os esforços desta pesquisa.

No âmbito prático, percebe-se ser de grande relevância o estabelecimento de vetores que possam emoldurar a legitimidade da instauração de um procedimento investigativo, especialmente para a autoridade policial.

O que se busca saber, portanto, é o que justifica o início de uma investigação criminal contra alguém, que sempre restringirá direitos fundamentais do imputado, inclusive, e como regra, infelizmente, a restrição de sua liberdade. Este é um aspecto essencial na concretização

de um processo penal que se pretenda legítimo democraticamente, merecendo, portanto, respostas adequadas e condizentes com a promessa constitucional de respeito à dignidade humana.

Nesse sentido, faz-se necessário e urgente, frente aos efeitos deletérios que um tratamento unifocal, uma má compreensão, ou mesmo uma carência no trato da matéria, podem gerar aos sujeitos submetidos a investigação criminal no Brasil, um amplo e detido debate sobre o assunto, a fim de que se possa discutir, desconstruir e refazer a própria legitimação democrática da investigação criminal. E esta legitimidade está diretamente relacionada aos fundamentos e limites constitucionais da investigação preliminar criminal, até agora relegada a um segundo plano como objeto de interesse acadêmico.

O desinteresse acadêmico no tratamento da justa causa para a investigação criminal, a não incidência obrigatória de algumas garantias constitucionais nesta fase, os riscos que a investigação se torne meio de manipulação política e conseqüente mecanismo de perseguição, aliado à carência de uma abordagem mais coerente do tema, mesmo no âmbito da ação penal, demonstram a necessidade de um estudo mais específico e aprofundado das razões que tornam “justa” ou “legítima” a intervenção penal do Estado, já a partir da fase pré-processual.

A presente pesquisa contribuirá com o debate sobre o tema na medida em que estabelecerá critérios objetivos de legitimação da intervenção penal do Estado na fase preliminar, ou seja, da justa causa para cada procedimento criminal de investigação e conseqüente identificação dos fundamentos e limites constitucionais da fase preliminar do processo penal pátrio.

Pretende-se, por fim, gerar uma inquietude acadêmica neste sentido, suscitando uma discussão que ocasione efeitos significativos, com o intuito de amenizar a indesejável distância, ainda constatável, entre a ordem constitucional, em particular os direitos fundamentais, e a investigação criminal, tornando a “justa causa”, portanto, instrumento de contenção ou de racionalidade do poder punitivo estatal.

A fim de se alcançar o objetivo desejado, a presente pesquisa foi estruturada em três capítulos, além, é claro, desta introdução e da conclusão.

No primeiro capítulo, como pressuposto e único substrato sobre o qual pode florescer a ideia da justa causa como filtro persecutório preliminar, será analisada a, assim chamada, investigação democrática,

em seus elementos essenciais, como conceito, finalidade, função, fundamento, titularidade, princípios e características.

Já no segundo capítulo, o interesse cognitivo estará voltado à análise crítica das principais teorias sobre a justa causa no processo penal, desde as que a analisam apenas em relação à prisão cautelar e ao *habeas corpus*, passando pelas teorias que a relacionam à ação penal, como condição autônoma ou coligada a outras já existentes, até se alcançar as teorias que possibilitam a análise da justa causa no âmbito da investigação preliminar.

Por fim, e diante da constatação que nenhuma das propostas sobre a justa causa contempla os parâmetros objetivos ou seus elementos dogmáticos, como se preferiu chamá-los, propõe-se uma reconceituação da justa causa e sua estrutura dogmática, além da necessidade de fundamentação, para, a partir disso, analisar-se a justa causa em cada procedimento investigatório criminal.

A abordagem do tema será feita predominantemente a partir do método dedutivo, uma vez que se lança mão de uma cadeia de raciocínio decrescente de análise, do geral para o particular, a fim de se chegar a uma conclusão acerca do problema investigado.

O método de procedimento utilizado será basicamente o monográfico, haja vista que será aprofundado o estudo de um único tema. A técnica de pesquisa a ser adotada, por seu turno, será basicamente a revisão bibliográfica e jurisprudencial, não só do Brasil, mas também de outros ordenamentos.

Ao contrário do que sustenta a doutrina majoritária no Brasil, a justa causa não pode nem deve ser analisada apenas a partir da ação penal, uma vez que no curso do processo os direitos e garantias fundamentais possuem incidência direta e imediata. Em verdade, a justa causa deve ser compreendida como parâmetro axiológico-normativo para qualquer ato da persecução criminal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado, desde a instauração da investigação, passando pela decretação de medidas cautelares e meios de obtenção de prova, pelo indiciamento, ação penal até alcançar a sentença condenatória. Sabe-se que é na fase preliminar do processo penal que há maior tensionamento dos direitos e garantias individuais, tendo em vista sua incidência ser mais limitada que no curso do processo. Daí a importância acadêmica e prática do presente livro.

