

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

ADMISSIBILIDADE E LIMITES DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES AO INQUÉRITO POLICIAL

VLADIMIR STASIAK

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Requisitos necessários à instauração do inquérito policial – 3. Ação penal privada e pública condicionada e a inadmissibilidade de um procedimento investigatório preliminar ao inquérito policial – 4. A problematização da questão em sede de ação penal pública incondicionada: 4.1 A *delatio criminis* anônima – 5. Os meios investigatórios no âmbito da Lei 9.034/95 – 6. As investigações preliminares diante de uma análise principiológica – 7. Justificativas para a admissibilidade das investigações preliminares: 7.1 A investigação preliminar diante de um processo efetivo e sua operacionalização diante de um direito penal liberal e garantista; 7.2 A relevância de uma dogmática crítica no âmbito do processo penal; 7.3 As investigações preliminares como meio de assegurar o *status dignitatis* do cidadão – 8. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O inquérito policial há que, indiscutivelmente, ser instaurado diante de indícios razoáveis da ocorrência de um fato delituoso, não podendo estar respaldado, apenas, em informações que não tragam consigo tais elementos. Nas hipóteses de *delatio criminis* anônima – haja vista que, nas demais situações, a própria estrutura jurídico-penal reprime delações destinadas a afetar o *status dignitatis* do cidadão, por meio da previsão do tipo de denúncia caluniosa –, onde não se pode responsabilizar quem apresenta a notícia de um fato supostamente criminoso, imputando-o a alguém, justifica-se a realização de uma investigação prévia, a qual deve objetivar a proteção da dignidade do possível indiciado, e se limitar à verificação da plausibilidade das informações. Nestas condições, encontra-se o fundamento deste procedimento, qual seja, a regra da proporcionalidade uma vez que não se pode negar os nefastos efeitos decorrentes de um indiciamento. Em se agindo desta forma, está-se sob a égide de um direito penal liberal e garantidor, e na construção das balizas de um processo penal efetivo.

Palavras-chave: Investigação preliminar – Inquérito policial – *Status dignitatis* – *Delatio criminis* anônima – Princípio da proporcionalidade.

1. Introdução

Atualmente, diante da crescente criminalidade, intensificou-se a luta contra os criminosos. No entanto, muitas ações delitivas permanecem sem solução, principalmente pelo medo generalizado instaurado entre a população. Como levar ao conhecimento da autoridade policial a notícia de um fato criminoso, sendo exigida a identificação de quem a faz, para, depois, sofrer a represália dos criminosos?

Diante dessa possibilidade, tem crescido o número de *delatio criminis* inqualificada; havendo, em muitos Distritos Policiais, um programa de incentivo a esta espécie de *notitia criminis*. São os “Disk Denúncia”, que não exigem a identificação de quem informa o fato delituoso. Em decorrência disso, surgem, em alguns destes locais, órgãos incumbidos da verificação da procedência das acusações (VPI), como se vê no Rio de Janeiro.

Os foros, os tribunais, e a doutrina não podem ficar silentes diante de tais acontecimentos, devendo analisar, à luz do direito processual penal, a viabilidade, ou não, de se admitir uma atuação policial que anteceda ao inquérito, e buscar meios de evitar que, por consequência, surjam lesões ao *status dignitatis* dos cidadãos.

Para tanto, apresenta-se, como uma alternativa viável, a realização de investigações e diligências preliminares ao inquérito policial, buscando a veracidade do que fora noticiado, bem como encontrar elementos que sustentem o início do procedimento preparatório.

É bem verdade que é necessária a presença de certas condições que legitimem o procedimento, o qual deve se desenvolver sigilosamente, mas sempre atento ao princípio da proporcionalidade, que se constitui em seu supedâneo jurídico.

A análise interpretativa das leis, objeto da dogmática jurídica, mostra-se relevante, conferindo respaldo ao procedimento, quando verificada sob uma ótica crítica; o que conduz à efetividade do processo, e à harmonização com um direito penal liberal e garantista.

Ademais, a admissão do procedimento não afronta os valores pessoais do cidadão, mas assegura a sua honra objetiva e subjetiva, qual seja, o seu *status dignitatis*.

Nessa diretriz, tem-se o presente tema como relevante para os dias atuais, e que, portanto, não pode ser deixado à margem do tratamento doutrinário conferido à sistemática jurídica processual pátria, mas ser contemplado como um elemento que tão-somente contribui para a consolidação da Justiça.

2. Requisitos necessários à instauração do inquérito policial

O inquérito policial, procedimento meramente administrativo, de caráter informativo, que se constitui num juízo de acusação, tem por finalidade fornecer elementos aptos a que o Ministério Público forme sua *opinio delicti*, e assim possa instaurar a ação penal, dando início ao juízo da causa.

Diante da sistemática processual penal brasileira, sabe-se que – mesmo mitigado – vige o princípio da obrigatoriedade – no que diz respeito à ação penal pública –, o que impõe ao representante do *Parquet* o dever de instaurar a ação penal, e a que autoridade policial inicie o inquérito policial.¹⁻²⁻³

⁽¹⁾ Admitindo a obrigatoriedade pura, tem-se, v.g., o ensino de Afrânio Silva Jardim, que não visualiza uma mitigação do mesmo. (Cf. Afrânio Silva Jardim. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 53.)

Todavia, tanto numa, como noutra hipótese, exige-se que certos requisitos se façam presentes, pois doutra forma haveria um constrangimento ilegal contra o denunciado, ou mesmo o indiciado.

No que concerne aos requisitos necessários para o oferecimento da denúncia, faz-se mister a existência, comprovada, de fato que constitua crime em tese e indícios da autoria.

E quanto ao inquérito policial? Basta a simples afirmação da existência de um crime para que a autoridade esteja obrigada a dar início ao mesmo? É razoável concluir que não.

Para que se dê início à persecução penal, por meio do procedimento prévio, há que se ter, ao menos, um fato a ser investigado que não seja atípico, e que existam elementos a indicar a vinculação daquele que será indiciado com o fato supostamente criminoso. Tanto é assim, que se encontrando estes ausentes, pode o inquérito ser trancado por meio de *habeas corpus* – embora medida excepcional –, haja vista o constrangimento ilegal imposto ao indiciado, pela ausência de justa causa a sustentar o procedimento.^{4,5}

Deve ser esclarecido que, em se falando na não identificação do suposto autor, o inquérito será iniciado sem que haja um indiciado; assim, o requisito, acima demonstrado, referente à correlação do suposto autor do fato com o mesmo, por obviedade, nesta hipótese, não é relevante.

(2) Sustentando a mitigação deste princípio, postura à qual se filia este artigo, tem-se, v. g., a preleção de Fernando Capez, que o admite, e o contempla na prerrogativa expressa no art. 28, CPP (Fernando Capez. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 26).

(3) O inquérito policial, após o advento da Lei 9.099/95, nos termos de seu art. 77, § 1.º, é dispensável nos crimes cuja competência para o julgamento seja dos Juizados Especiais Criminais.

(4) É o que já decidiu o STF: “Constitui constrangimento ilegal a instauração de inquérito para a apuração de fatos que desde logo se evidenciem inexistentes ou não configurantes, em tese, de infração penal” (RT 620/638).

(5) Decisão que esclarece a questão foi a proferida pelo TJSP, como se segue: Inquérito policial – Trancamento – Excepcionalidade da medida.

“Se o inquérito for instaurado para a apuração de fatos que, em tese, configuram ilícito penal, não há como conceder-se *habeas corpus* para o trancamento desse mesmo inquérito. O deferimento só se justifica se os fatos se revelassem de pronto, atípicos, sob o ponto de vista penal. A ausência de justa causa teria que mostrar-se clara, de logo.”

Inquérito policial – Indiciamento – Inadmissibilidade – Ausência de indícios de autoria de crime cuja materialidade esteja comprovada.

“A instauração de inquérito para verificação de possíveis infrações penais deve ser cercada de cuidados para só serem indiciadas realmente pessoas que tenham realmente contra si indícios de autoria de crime cuja materialidade deve estar comprovada” (Ac. unân. da 1.ª Câ. Crim. do TJSP, em 23.10.1989, no RHC 85.740-3, de Atibaia – rel. Des. Jarbas Mazzoni. In Romeu de Almeida Salles Júnior. *Inquérito policial*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1995. p. 101).

Imprescindível se faz, como se pode perceber, a presença de determinados fatores para que, justificadamente, seja instaurado o inquérito policial; e é na busca desses elementos que, em determinadas situações, realizam-se investigações que precedem o procedimento prévio, a fim de que seja verificada a viabilidade de seu início.

Cumprе destacar que nem sempre tal será admissível, mas somente quando houver previsão legal, ou na ocorrência de determinadas situações específicas, que justifiquem tais perquirições, ainda que diante de aparentes lesões.

3. Ação penal privada e pública condicionada e a inadmissibilidade de um procedimento investigatório preliminar ao inquérito policial

Ao se abordar a questão das investigações preliminares, em sede de ação penal pública condicionada e ação penal privada, é preciso esclarecer alguns pontos, que denotam a inadmissibilidade nas mesmas.

Na tratativa conferida pela legislação pátria, no que concerne ao início do inquérito policial, em se falando destas modalidades de ações penais, o procedimento prévio dependerá, respectivamente, de representação ou de requerimento do ofendido, ambos modalidades de *delatio criminis* postulatória.

A representação, enquanto pedido autorização para que se inicie o inquérito (art. 5.º, § 4.º, CPP) e para que o Ministério Público possa, em momento próprio, oferecer a denúncia (art. 24, *caput*, CPP), é a manifestação da vítima, ou de seu representante legal, conferindo permissão ao Estado para desenvolver as atividades necessárias a apurar determinada infração penal e sua respectiva autoria.⁶

A requisição do ofendido, necessária para que se possa instaurar o inquérito policial (art. 5.º, § 5.º, CPP), em sede de ação penal privada, constitui-se num pedido para que a autoridade policial realize as investigações sobre a ocorrência de um fato delituoso e sua possível autoria.

Cumprе salientar, a título de esclarecimento, que o inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal, embora seja muito freqüente nas ações penais públicas; sendo de pouca ocorrência nas privadas, cuja queixa crime é apresentada, na maior parte dos casos, sem a sustentação de uma investigação policial prévia.

Realizado um destes atos, compete, então, à autoridade policial, verificar a existência de elementos mínimos a ensejar a instauração do inquérito, pois estando estes ausentes, tais manifestações postulatórias deverão ser indeferidas, isso com fulcro no art. 5.º, § 2.º, CPP, que mesmo sendo geograficamente encon-

⁽⁶⁾ Cf. Romeu de Almeida Salles Junior, *Inquérito policial e ação penal*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 24.

trado no âmbito do tratamento conferido ao requerimento referido no inciso II, pode ser aplicado aos demais casos previstos no artigo supra citado.⁷⁻⁸⁻⁹

Diante dessa sistemática, considerando que nas duas situações aventadas há a necessidade de identificação do ofendido, não se justifica a realização de investigações preliminares no inquérito policial.

A solução do problema, em havendo uma *delatio criminis* maliciosa, e dotada de um desiderato escuso, está na responsabilidade penal do agente, cuja previsão legal se encontra nos arts. 339 e 340 do CP (denúnciação caluniosa e comunicação falsa de crime ou contravenção).

Observa-se, na análise do crime decorrente da previsão legal aventada, que não basta, para sua caracterização, apenas que o agente dê causa ao procedimento, é fundamental que tal seja feito com dolo (tipo subjetivo), havendo ainda a necessidade do conhecimento de que o indiciado não o cometeu.

É coerente a postura legal, uma vez que se admitindo a modalidade culposa, haveria uma intimidação social no que concerne a informar as autoridades sobre possíveis crimes; dessa maneira, nada mais justificável que o delito seja previsto somente na modalidade dolosa.

As investigações, tratadas neste artigo, surgem como uma cautela da autoridade policial, o que não se justifica nestas hipóteses, onde aquele que fez a representação, ou o requerimento, é facilmente identificável, respondendo ele pela lesão que vier a ocasionar à quem foi indiciado.

Excepcionalmente, apenas realmente em caráter extraordinário, devem ser realizadas investigações que antecedem ao inquérito, isto quando, mesmo diante

(7) Cf. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. 1 v. p. 229.

(8) "Ao requerimento da parte, no sentido de ser instaurado inquérito, relativo a crime de ação penal pública ou provada, poderá a autoridade policial negar o deferimento, ou porque entenda que a ocorrência referida não constitui crime, ou porque se trate já irremediavelmente prescrito pela pena máxima, ou porque verifique, de plano, não haver a menor indicação, para guiar qualquer diligência." (Eduardo Espinola Filho. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954. 1 v. p. 277-278).

(9) "Conforme já referimos, a autoridade policial não tem o arbítrio de prejudicar para recusar arbitrariamente o inquérito requisitado ou pedido, tanto mais quando as suas investigações, em princípio, não constituem constrangimento imposto a liberdade de quem quer que seja.

Todavia, casos podem ocorrer que tal não se justifique, como quando alguém queira provar a inexistência de um pretendido fato criminoso ou a sua inculpabilidade, sem acusação ou denúncia e na ausência de qualquer procedimento policial.

Nesta hipótese, o seu indeferimento se legitimaria, porque não havendo interesse da justiça o ofício dos seus servidores não podem ficar à mercê de caprichos ou fantasias" (Bento Faria. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Record, 1960. 1 v. p. 75 e 76).

de uma *notitia criminis* qualificada, inclusive com o pedido de instauração, sendo relevante a lesão noticiada, não estiverem claros os requisitos para se iniciar o procedimento preliminar, não quiser o delegado indeferir a representação ou o requerimento, conforme for o caso.

4. A problematização da questão em sede de ação penal pública incondicionada

Em sede de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial pode ser iniciado de ofício (art. 5.º, I, CPP), bastando, para tanto, que a autoridade tenha conhecimento da ocorrência de um fato, em tese, criminoso; pode, também, ser iniciado por meio de requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou por requerimento do próprio ofendido (art. 5.º, II, CPP), sendo nestas manifestações que devem estar presentes os requisitos que sustentam a sua abertura; pode ter seu início, ainda, por meio de requerimento de qualquer do povo (art. 5.º, II, § 3.º, CPP); e, finalmente, poderá ser instaurado inquérito policial com auto de prisão em flagrante (art. 8.º, CPP).

As manifestações acima mencionadas, quando dependentes da atuação do particular, poderão ser realizadas por escrito ou verbalmente, sendo esta a maneira habitual de ocorrer uma *notitia criminis* nos casos em que ela é feita pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo.

Em se verificando uma das situações aventadas, diante da identificação do autor da comunicação do crime, a solução para possíveis lesões injustificadas ao indiciado – não se pode negar que o inquérito policial, por si só, independente de posterior denúncia, atinge o *status dignitatis* do cidadão –, encontra-se na responsabilização do agente causador do dano.

Entretanto, poder-se-ia argumentar que mesmo diante de uma informação qualificada seria razoável a opção por um procedimento prévio, desde que os elementos constantes da mesma não fossem consistentes, mas tal, ao que parece, é questionável. Se existem elementos para a instauração do inquérito policial, deve o mesmo ser iniciado, caso contrário a autoridade deve desprezar as informações; exceto na hipótese mencionada no item anterior.

O problema assume outros contornos diante de comunicações anônimas de crimes, quando não se é possível identificar o agente, mas que muitas vezes são relevantes, de maneira a indicar a necessidade da instauração de um procedimento investigatório extra inquérito, e não somente extra, mas pré-inquérito.

Há que se destacar, ainda, que as diligências e investigações preliminares podem possuir objetivos variados,¹⁰ mas sempre destinados a verificação da viabilidade de se iniciar o inquérito policial.

(10) “As investigações extra-inquérito podem ter objetivos diferentes. Algumas vezes procuram desvendar a autoria de um crime. É o que acontece em relação à quase totalidade de delitos contra o patrimônio, tais como furtos de rua,

4.1 A delatio criminis anônima

Esta modalidade de comunicação de fato, em tese, criminoso, encontra divergência tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, existindo duas correntes distintas, uma que a admite, e outra que, a entendendo incompatível com os tipos penais dos arts. 339 e 340 do CP, não a contempla como legítima no ordenamento pátrio.¹¹

Tourinho Filho, sustentando a impossibilidade de ser legítima uma *delatio criminis* inqualificada, afirma que tal seria uma temeridade, a medida que seria ela geradora de insegurança e instabilidade social.¹²

Na mesma matiz doutrinária, deve-se aliar, ainda, a vedação constitucional ao anonimato, como preconizado no art. 5.º, IV, da CF,¹³ e que tem se

roubos a transeuntes, arrombamentos e até assaltos a estabelecimentos comerciais. Nestes casos, as investigações são realizadas de forma independente e, apenas quando a autoria do crime é definida, é que o inquérito policial é instaurado, dando origem à instrução criminal provisória. Outras vezes, a autoria do fato já está plenamente caracterizada e trata-se de apurar a conveniência da instrução do inquérito policial. Então investiga-se, preliminarmente, a veracidade da informação, se o fato constitui um ilícito penal e até a própria relevância da ocorrência" (Carlos Laet de Souza. "Da investigação policial e da instrução criminal provisória". *RBCCrim* 21, ano 6, São Paulo : RT, jan.-mar., 1998. p. 160).

(11) Cf. Maurício Henrique Guimarães Pereira. "*Habeas corpus* e a polícia judiciária". *Justiça penal – Tortura, crime militar e habeas corpus*. São Paulo : RT, 1997. p. 203.

(12) "Na verdade, se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delatio criminis*, se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a *delatio* anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza, ao tempo da *inquisitio extraordinem*, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas 'Bocas dos Leões' suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno. Daí a razão de o nosso CPP não acolher tal modalidade espúria de *notitia criminis*. Assim, quem o desejar poderá fazer a *delatio*. Contudo, é preciso que assuma a responsabilidade, identificando-se" (Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit., p. 218).

(13) "O anonimato é tradicionalmente repudiado pelas Constituições pátrias – implicitamente pelo art. 179, IV, da Constituição Federal de 1824, explicitamente pelo art. 72, § 12, da Constituição Federal de 1891, pelo art. 113, item 9, da Constituição de 1934, pelo art. 122, item 15, da Constituição de 1937, pelo art. 141, § 5.º, da

apresentado como elemento de sustentação de decisões que seguem este entendimento.¹⁴

De fato, não se pode negar que tais delações podem gerar instabilidade; todavia, mais em razão da credibilidade que se confira a ela que pela sua admissibilidade. Caso se encontre a autoridade diante de uma denúncia anônima, deve ficar inerte, não se mobilizar ante a falta de elemento para, sendo ela maliciosa, responsabilizar o agente? Parece que não, até porque, nos dias atuais, o medo atua como elemento repressor dos componentes de uma comunidade, sendo preferível, aos olhos do cidadão, que o criminoso fique impune à correr o risco de, delatando-o, ser perseguido, colocando em risco sua vida e a de seus familiares.

Assim, há, indiscutivelmente, uma colidência de valores. De um lado a possibilidade de serem realizadas falsas comunicações de crimes por mero capricho, ou qualquer outro interesse vil ou torpe; e de outro, a impunidade gerada pela exigência da identificação do delator. Existe, assim, um conflito entre a administração da justiça e a honra objetiva do suposto autor do delito.

Como solucionar a questão? Rejeitar, de maneira absoluta, esta modalidade de *notitia criminis* não é, com certeza, a melhor solução para o problema. Por certo, diligências e investigações preliminares ao inquérito, realizadas com discrição e cautela, limitando-se à averiguação da plausibilidade das imputações feitas, seriam aptas a eliminar possíveis, e futuras, injustiças.

Diante da crescente criminalidade, das inúmeras ações intimidatórias praticadas por criminosos, e em razão do temor generalizado, principalmente nos grandes centros, não há como desprezar as delações anônimas, em especial quando revestidas de coerência e lógica.

Nestas situações, a solução mais condizente com a realidade fática, é que a autoridade, diligenciando, de maneira sigilosa, busque elementos aptos a confirmar a veracidade das informações que lhe foram encaminhadas, e, aí então, dar início ao inquérito policial. Entretanto, tal não começará com o instrumento material (se existir) da *notitia criminis*, mas por meio de portaria (ato de ofício) expedida pelo delegado. Há, também neste mister, entendimento diverso, tanto que a Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo, por meio da Portaria 29/1983,¹⁵ vedou, expres-

Constituição de 1946, outra vez implicitamente pelo art. 150, § 8.º, da Constituição de 1967 e de novo explicitamente pelo art. 5.º, IV, da Constituição de 1988" (Maurício Henrique Guimarães Pereira, op. cit., p. 202).

(14) *Notitia criminis* anônima – TRF da 5ª Região: "Padece de inconstitucionalidade o procedimento investigatório que se origina de expediente delatório anônimo (art. 5.º, IV, da CF)" (*JSTJ* 12/417). (In Julio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal interpretado*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 42.)

(15) "Proíbe a instauração de sindicância policial e procedimentos similares, como preliminar de instauração de inquérito policial. O Delegado Geral da Polícia, considerando que a sindicância policial e procedimentos similares, salvo inquérito policial, não tem forma nem figura processual, exceto, somente, consoante jurispru-

samente, o desenvolvimento de qualquer tipo de investigação sem que houvesse inquérito instaurado.

Por questão de efetivação de uma justiça equânime, não se pode desprezar a *delatio criminis* anônima que, em regra, tem sido admitida, ocasião em que a autoridade deverá investigar, cautelosamente, os fundamentos das informações.¹⁶⁻¹⁷

O que deve ser ressaltado, ainda, são os limites desse procedimento investigatório preliminar, que não pode realizar atos constritivos, mas tão-somente procurar os elementos suscetíveis de fundamentar a instauração do inquérito policial, os quais, para tanto, podem ser frágeis, apenas demonstrando a ocorrência de um fato, em tese, típico e, para se indiciar alguém, indícios de sua vinculação com o fato.

dência, para prova de habitualidade em contravenção penal; considerando que ao inquérito policial correspondem todos os procedimentos dessa natureza, quaisquer que sejam suas denominações; considerando que a simples existência de qualquer procedimento administrativo, persecutório, inquisitivo, preparatório de inquérito policial subtrai dos demais órgãos da Justiça Penal oportunidade para sua apreciação, enseja interpretação comprometedora da conduta da polícia civil e, mesmo, propicia a prática do crime previsto no art. 332 do CP; considerando, finalmente, que a autoridade policial não pode mandar arquivar autos de inquérito, nos termos do art. 17 do CPP, resolve:

Art. 1.º Fica proibida a instauração de sindicância policial e procedimentos similares como preliminar de inquérito policial.

Art. 2.º A autoridade policial, ao conhecer do primeiro indício da existência de crime, cujo tipo subsuma habitualidade, ou de autoria de qualquer crime, instaurará, desde logo, inquérito policial, nos termos do art. 6.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Quando a prova coligida no inquérito policial não convencer da habitualidade, nos casos exigidos, e a autoridade policial conhecer de fato probatório de reiteração da conduta típica, as diligências serão procedidas em autos complementares, independentemente da existência ou não de prisão em flagrante.

Art. 3.º As sindicâncias policiais e procedimentos similares em tramitação serão imediatamente convertidos em inquérito policial.

Art. 4.º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

(16) “Embora o art. 5.º, IV, da Constituição Federal vede o anonimato na manifestação do pensamento, tem-se admitido a delação anônima (*notitia criminis* inqualificada). Nesta hipótese, entretanto, a autoridade deverá, antes de tudo, investigar com a máxima cautela a verossimilhança das informações. Só após a certeza da existência de sinais da infração é que deverá instaurar o procedimento” (Fernando Capez, op. cit., p. 71).

(17) “À evidência, essa verificação da procedência das informações, *in casu*, da notícia crime anônima ou apócrifa deverá ser procedida em absoluto sigilo, informalmente e sem emprego de qualquer meio de prova constritivo, seja para que cumpra sua finalidade, seja para que não se transforme em inquérito policial de fato para instauração de inquérito policial de direito” (Maurício Henrique Guimarães Pereira, op. cit., p. 204).

Dessa maneira, não se justificam as buscas domiciliares, a autorização para interceptação de comunicação telefônica, e outros atos similares, quando as diligências investigatórias se sustentam numa delação anônima.

E a precaução, a que ora se alude, encontra-se expressa, até mesmo, nas orientações para o desenvolvimento funcional do Ministério Público do Estado de São Paulo, através do art. 15 do Manual de Atuação dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo (Ato 1/84, do Procurador Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público e do Corregedor Geral do Ministério Público), no sentido de que em se tendo notícia de crime, por meio de carta anônima ou pela publicação em jornais, não se deve requisitar a instauração de inquérito sem que antes tenha sido ouvida a vítima ou seu representante.¹⁸

Delineadas estas considerações, posta-se pela admissão da *delatio criminis* inqualificada, com a ressalva de que as informações deverão ser confirmadas por meio de um procedimento investigatório prévio (anterior ao inquérito policial), onde não se realizarão diligências que impliquem na prática de atos constritivos. Após, não mais pela informação anônima, mas pelos fatos descobertos por meio dessa investigação, havendo sustentação, dá-se início ao inquérito policial.

A problemática é significativa, e, em face da ausência de um tratamento legal, surge uma jurisprudência policial, originária da prática da Polícia Judiciária.

No Rio de Janeiro, em razão da insegurança imprimida por certas notícias de crime, criou-se a verificação de procedência das informações (VPI), visando selecionar as ocorrências que justifiquem a instauração do inquérito policial.¹⁹

Assim, embora alguns sustentem o procedimento mesmo diante da identificação do autor da *notitia criminis*, o mais condizente com a sistemática pátria é aceitá-la em se verificando a ocorrência de uma informação anônima; devendo ser excepcionalíssimo nas demais hipóteses.

5. Os meios investigatórios no âmbito da Lei 9.034/95

Na tentativa de reprimir a criminalidade, geradora da crise de segurança experimentada nos dias atuais, o Estado, como sempre o faz, buscou elaborar uma lei que pudesse ser a solução para o crime organizado.

Seu objetivo foi o de criar meios de repressão, tanto que – embora contendo normas de natureza material – o texto foi publicado, no *Diário Oficial* de 03.05.1995, sob a rubrica de: “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

(18) “Nos casos de recebimento de carta anônima ou de leitura de notícia de jornal, indicando a prática de crime de ação pública, não requisitar a abertura de inquérito policial sem, antes, convocar a vítima ou seu representante legal para confirmar o fato.”

(19) Carlos Laet de Souza, op. cit., p. 161.

Não sobejam dúvidas de que a lei em questão se destina à repressão da macrocriminalidade,²⁰ estabelecendo meios investigatório e probatórios que o legislador entende aptos aos fins propostos no diploma legal. E este é o ponto que interessa à presente abordagem, cuja tratativa se dá por meio dos arts. 2.º e 3.º da Lei 9.034/95.

O legislador, por meio dos artigos mencionados, cria a possibilidade de serem realizadas investigações e diligências, visando robustecer o conjunto probatório, em qualquer fase da persecução penal, a qual, como se sabe, *divide-se em fase policial (judiciária) e fase processual, que nasce com a ação penal*.²¹ Todavia, é inegável que, pelas próprias finalidades dos procedimentos previstos, bem como por suas características, eles podem, e em muitos casos devem, ser realizados antes do inquérito policial, até mesmo para se obter os elementos necessários à sua instauração.

A questão da infiltração, vetada pelo Presidente da República,²² faz com que, no interesse deste artigo, restem os incisos II e III, do art. 2.º da Lei, e, de igual modo, a preservação do sigilo constitucional, prevista no art. 3.º da mesma Lei. Deve ser esclarecido, que não se pretende fazer um estudo dos institutos contemplados nestes artigos, mas apenas demonstrar que a investigação preliminar, em determinadas hipóteses, como é o caso do crime organizado, pode decorrer de prerrogativa legal.

No que diz respeito à ação controlada (art. 2.º, II, Lei 9.034/95), ela poderá ocorrer a partir de qualquer fase do *iter criminis*, desde os atos preparatórios aos

(20) “Embora a lei não esclareça, seu objetivo é a grande criminalidade, e não as ‘quadrilhas de bagatela’. O número de associados me parece indiferente, não obstante o próprio artigo 1.º falar em ‘ações de quadrilha ou bando’. Mas, na prática é impensável um ‘crime organizado’ com pouca gente. O fato é que toda exegese legal deve ser feita no combate das grandes organizações criminosas, evidentemente sem ofensas aos direitos fundamentais. Para o combate às pequenas, a denominada ‘criminalidade tradicional ou clássica’, a legislação anteriormente existente já é o bastante” (Adhemar Ferreira Maciel. “Observações sobre a Lei de Repressão ao Crime Organizado”. *RBCCrim* 12, ano 3, São Paulo : RT, out.-dez., 1995. p. 97).

(21) Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997. p. 117.

(22) “Dentre os meio investigatórios, o inciso I, do art. 2.º, da Lei 9.034/95, previa a ‘infiltração’ em organizações criminosas. É a operação *undercover*. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República e, desse modo, não se transformou em lei. De qualquer modo, pouco poderíamos esperar desse meio investigatório, visto que jamais seria possível autorizar o infiltrado a cometer crimes. Uma das primeiras provas a que ele é submetido, para ser admitido como membro do grupo, consiste em praticar delitos. Os grupos organizados, principalmente, não admitem infiltração sem o cometimento de crime. A lei, por seu turno, não pode admitir a não punição de qualquer crime que venha a ser praticado pelo infiltrado. Em conclusão, pouca eficácia seria de esperar de tal meio investigatório, que acabou, por essa e outras razões, sendo vetado” (Idem, *ibidem*, p. 114).

de execução,²³ sempre com a finalidade de se obter um melhor esclarecimento dos fatos, e determinar o envolvimento do maior número de pessoas possível.

Procedimento como o previsto acima, sem sombra de dúvidas, ocorrerá, na grande maioria das vezes, antes da instauração do inquérito policial, constituindo-se numa diligência prévia ao mesmo.

Da mesma maneira se pode verificar o exercício da prerrogativa expressa no art. 2.º, III, do mesmo *Codex*, já que a quebra de sigilo bancário, e o acesso a dados, documentos e informações fiscais, pode se verificar antes do início do inquérito. Deve ser feita a observação, aqui, de que a doutrina mais abalizada, para evitar lesões às garantias constitucionais, entende necessária a prévia autorização judicial, independente do momento em que se efetivará a medida. Coerente é tal postura, até para que se oportunize ao Magistrado a possibilidade de proceder nos termos do art. 3.º da Lei.

Nestas hipóteses, em se falando nas diligências e investigações preliminares, não são suscitadas maiores dúvidas, justamente pela previsão legal a sustentar o procedimento.

6. As investigações preliminares diante de uma análise principiológica

Os princípios, que nos ensinam de Reale²⁴ são as regras contidas num ordenamento, ou verdades fundantes de um sistema, devem, em sede de processo penal, nortear as investigações e as diligências, sejam realizadas por ocasião da instrução probatória desenvolvida em juízo, no inquérito policial, ou mesmo nas investigações preliminares, que antecedem ao inquérito.

A discussão, no entanto, surge no que concerne às últimas, no sentido de serem, ou não, revestidas de um conteúdo que lesa alguns princípios do processo penal.

Num primeiro momento, sendo compreendido como balisa maior de todo o processo, há que se fazer uma análise da questão sob os contornos do princípio do devido processo legal, haja vista dele emanarem as diretrizes fundamentais dos procedimentos processuais.

Inicialmente, há que se fazer menção que, segundo entendimento que se consolida doutrinariamente, do devido processo legal emanam inúmeros outros princípios, chegando-se, em certas ilações, à conclusão de que bastaria à Constituição

(23) Cf. Valdir Sznick. *Crime organizado: comentários*. São Paulo : Leud, 1997. p. 231.

(24) A expressão princípios significa "certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber", acrescenta, ainda, que "são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidos, por serem evidentes ou por terem sido comprovados, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis" (Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 299).

Federal estabelecê-lo expressamente, que todos demais estariam resguardados, pois não se pode falar em um processo legal sem que exista contraditório, ampla defesa, garantia de um juiz natural etc.²⁵

Numa primeira análise, não restam dúvidas que o devido processo legal, bem como os princípios que dele decorrem, são desrespeitados em se admitindo a viabilidade das investigações e diligências preliminares.

Basta ver que não existe um procedimento estabelecido em lei para o seu desenvolvimento, devendo, quando realizadas, seguirem o bom arbítrio da autoridade, o que, inexoravelmente, é temerário.

Ademais, não se instaura o contraditório, e não se garante a ampla defesa, nem mesmo no inquérito policial;²⁶ todavia, a publicidade é assegurada, o que não se justifica nos atos investigatórios que o antecedem, pois causaria, em sendo assim, os mesmo riscos da instauração do inquérito, atingindo o *status dignitatis* do cidadão.

Quanto à publicidade, ainda, fazendo-se a ressalva de que a disposição constitucional refere-se aos julgamentos judiciais, estende-se também ao inquérito, que é, em regra, público. Neste mister, o problema das diligências que o antecedem encontram amparo, para serem sigilosas, no próprio texto da Carta Magna, nos termos do art. 5.º, LX, a medida que se pode restringir a publicidade dos atos em defesa da intimidade e do interesse social, neste caso, justificar-se-ia tal postura em defesa dos valores pessoais e íntimos do suposto autor do fato noticiado.²⁷⁻²⁸

Pode-se falar, também, no desrespeito à garantia do estado de inocência, previsto constitucionalmente; pois sem que existam os elementos mínimos para ser iniciado o inquérito policial, realizam-se investigações, que podem vir a incriminar alguém, sem que este tenha, contra si, qualquer fato que justifique a

(25) É o que prelecionam os doutrinadores, sustentando que o devido processo legal engloba os princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade, motivação das decisões, juiz natural, constituindo-se, estes, em aspectos complementares do mesmo (cf. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 41).

(26) Infelizmente, no âmbito do inquérito policial, tais princípios não são respeitados, muito embora, diante das prerrogativas constitucionais que os assegura, devessem vigor, também, durante as investigações prévias (IP), pois somente assim se consolidariam na realidade fática, as garantias formalmente previstas na Carta Magna.

(27) "A Constituição estabelece: 'todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos' (art. 93, IX); por sua vez, o art. 5.º, LX, manda: 'a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem' (José Cirilo Vargas. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992. p. 222).

(28) Os fundamentos da publicidade estão para além da lei, sendo critério próprio da Justiça, como se vê:

"Justiça boa é Justiça livre. Justiça livre é Justiça com publicidade.

não observância dessa garantia, ou, como preferem alguns, do princípio da presunção de inocência.

Há que se mencionar, também a título de questionamento, da licitude das provas obtidas nesses procedimentos preliminares ao inquérito. Qual seria a validade dessas provas? Poderiam ser, em conjunto com as advindas do inquérito posteriormente instaurado, sustentar a formação da *opinio delicti* do Ministério Público? Essa análise deve ser feita sob a égide do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Há que observar que a prova pode ser ilícita ou ilegítima,²⁹ ambas albergadas pela vedação constitucional, cuja distinção se mostra irrelevante ao Direito e sua aplicação, pois como ensina Pietro Nuvolone, ambas lesaram a ordem jurídica, e isto basta para se caracterizar como inadmissível.³⁰ A problemática centra-se no fato de saber se há, ou não, lesão às regras penais ou processuais penais na coleta de provas durante as investigações realizadas como antecedentes do inquérito.

De outro lado, tem-se o interesse da justiça na elucidação do fatos criminosos, que não permite fique a autoridade inerte diante da notícia de um fato descrito como criminoso, ainda que esta se efetive anonimamente; e, não devendo desprezar as informações, nem atingir, injustificadamente, a honra objetiva e subjetiva do cidadão, relevante se mostra a verificação das informações antes de dar início ao inquérito.

Diante do que se afirma, há a necessidade de se assegurar a dignidade da pessoa humana, princípio e garantia constitucional, que resguarda não apenas a integridade física do indivíduo, mas igualmente a sua integridade moral e psicológica.

Como, então, conciliar as investigações e diligências que antecedem o inquérito com uma visão garantista do direito,³¹ que produz reflexos no processo penal? E como agir, mesmo nos limites devidos, sem atingir as prerrogativas estabelecidas em favor do cidadão, muitas, inclusive, expressas constitucionalmente?

O princípio da publicidade é inerente a todo Estado que se fundamenta na liberdade e na igualdade de todos perante a lei. Disso decorre que o princípio, menos do que de processo penal, se estende, em nossos dias, a toda administração da justiça. A própria experiência fez nascer o princípio; não é bôa, nem duradoura, a Justiça que não traz em si publicidade" (Nilzardo Carneiro Leão. *Princípios do processo penal*. Recife, 1960. p. 67 e 68).

(29) Provas ilícitas são as que ferem regra de direito material, sendo praticado, para sua obtenção, um ato criminoso, ou seja, sendo realizada uma ação penalmente típica; enquanto a prova ilegítima é a que fere regra de direito processual, não se adotando o procedimento legal para a sua produção.

(30) Cf. Ada Pellegrini Grinover. "Provas ilícitas". *O processo em sua unidade*, II. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 170.

(31) "Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser submetidos, sendo incorreto

A resposta a estes questionamentos encontrará guarida na seara do princípio da proporcionalidade, que estabelece o contraponto entre valores colidentes.

Cumpra observar que a proporcionalidade tem em vista o fim a que se propõe o sistema de direito, de tal sorte que a ordem jurídica obedece a um mandamento finalístico, sendo relevante, neste campo, o caráter teleológico do Direito,³² que lhe confere um conteúdo instrumental, muito mais acentuado em seu ramo processual.

Na aplicação do princípio devem se fazer presentes três elementos principais, ou subprincípios, quais sejam a pertinência ou aptidão do meio, a necessidade, e a própria proporcionalidade *stricto sensu*, de maneira que quem se utiliza do mesmo, deve fazê-lo através do meio certo para alcançar determinado fim calcado no interesse público, diante de uma obrigação relevante, que manifesta a necessidade de atuação e utilização dessa interdição de maneira proporcionada.³³ Além destes elementos, devem ser observadas a legalidade e a justificação teleológica da solução a se efetivar.

No Brasil, hoje, o princípio da proporcionalidade encontra-se assegurado constitucionalmente, e mesmo não existindo como norma geral de direito escrito, revela-se de maneira difusa na Carta Magna, podendo ser inferido de princípios que lhe são correlatos.³⁴

Mas qual a razão de sua aplicação? Não pode, este princípio, ser enfrentado apenas como regra de interpretação, embora o seja, pois é, igualmente, regra de diretiva procedimental na busca material da decisão, e relevante para a efetivação da justiça num caso concreto.

vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes, institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno" (Luigi Ferrajoli. "Teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal". *Boletim IBCCrim* 77, ano 7, abr., 1999).

(32) Cf. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 357.

(33) Idem, *ibidem*, p. 360 e 361.

(34) "O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2.º do art. 5.º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que faz inviolável a unidade da Constituição. Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia

Em nível de processo penal, o princípio da proporcionalidade manifesta-se pela primeira vez na Alemanha, em 1875, quando do julgamento de jornalistas que haviam se recusado a testemunhar noutro processo, muito embora o seu maior marco tenha ocorrido em 1926, no processo instaurado contra o Dr. Hoffle, que preso preventivamente, faleceu na prisão, e a partir de então, toda medida restritiva dos direitos fundamentais do cidadão, passou a ser analisada sob o enfoque da necessidade e da proporcionalidade em razão do fim pretendido.³⁵

Outras legislações, a exemplo da alemã, o prevêm expressamente. É o que ocorre no Código de Processo Penal Italiano (art. 229.2)³⁶ e Português (art. 193.1)³⁷; ou, em outros países, embora não expreso, encontra respaldo na sistemática doutrinária e jurisprudencial. É o que se verifica na Espanha, onde o princípio tem a sua aplicabilidade fundamentada nos arts. 8 e 10 do Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos.³⁸

Em sede de Direito Processual Penal brasileiro, considerando que o princípio é albergado pela Constituição Federal, e que, pacificadamente, é tido como um princípio geral do Direito, tem ele a finalidade de, em qualquer ramo, obrigar o operador jurídico a buscar o justo equilíbrio de interesse conflitantes.

No âmbito específico das investigações e diligências preliminares ao inquérito policial, como já se demonstrou, existem interesses em colisão, e que, por força da regra da proporcionalidade, pode-se estabelecer a justa e equilibrada solução do conflito.

ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade" (Idem, ibidem, p. 396 e 397).

(35) Cf. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, op. cit., p. 44.

(36) "Quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare pi proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata (275), il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose" (Idem, ibidem, p. 45).

(37) "As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas" (Idem, ibidem).

(38) "Não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício de suas funções, desde que esta medida esteja prevista por lei e constitua uma medida que, em uma sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do País, a defesa da ordem e a prevenção dos direitos e das liberdades dos demais."

"As restrições que, nos termos do presente Convênio, se imponham aos citados direitos e liberdades não poderão ser aplicadas a não ser com a finalidade para a qual foram previstas."

A questão é: seriam admissíveis, dentro de uma análise principiológica, as investigações preliminares? Parece que sim, porém com algumas reservas, e sempre se pautando na regra da proporcionalidade.

Inicialmente, deve se estabelecer como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado, e que se apresenta como lesionado na notícia de crime;³⁹ ou seja, o bem jurídico penalmente tutelado deve ser revestido de relevância social.

Não se justificaria uma investigação preliminar ao inquérito, caso o que estivesse contido na *notitia criminis* fosse um delito cuja proteção jurídica é de pouca significação social.

Não seria aceitável, assim, que se realizassem investigações e diligências, buscando elementos para instauração de inquérito, na hipótese, v.g., de ser noticiado (anonimamente) que o indivíduo "A", sem que ninguém visse (exceto o denunciante), furtou um sapato de uma loja. Todavia, se a mesma informação tivesse como conteúdo o fato de que o crime era de homicídio, haveriam que se realizar as investigações mencionadas.

Qual o parâmetro de solução para se chegar à conclusão retro? A proporcionalidade, com os seus subprincípios, diante das garantias a serem violadas com a efetivação das diligências e investigações, é apta a dirimir a problemática existente.

Não é razoável que se proceda, sem o respaldo de previsão legal, a primeira averiguação. Melhor é desprezar a delação. O procedimento é adequado aos fins, mas não há um relevante interesse público presente, a demonstrar a necessidade de sua operacionalização. Existiria uma desproporção entre o fim pretendido e os meios para sua concreção.

No segundo exemplo a situação é outra, justificam-se os procedimentos. Ele é adequado, há um interesse público relevante em questão, sendo aceitável as possíveis violações que possam ocorrer (proporcionalidade *stricto sensu*). Diante desse quadro, não podendo ser desprezada a informação, considerando-se que a dignidade da pessoa deve ser assegurada (o que impede, de início, sem os mínimos elementos, a instauração do inquérito policial), admite-se a realização das diligências.

Um segundo ponto a ser observado, é a plausibilidade da delação, de maneira que se ela for inverossímil, impossível, não pode dotada de qualquer crédito, nem mesmo para a realização deste procedimento. É o caso, v.g., de se afirmar (sempre anonimamente) que o indivíduo "A" praticou o crime de latrocínio, matando uma pessoa para roubar o sua nave espacial, que estava estacionada em frente a uma agência bancária. Sendo absurda a informação, deve ser desprezada.

Uma terceira consideração, é a de que o procedimento deve ter por finalidade apenas buscar a sustentação imprescindível à instauração do inquérito policial, não extrapolando este limite, pois doutra maneira não há como se ter por correta a investigação; e é por este motivo que não podem ser admi-

(39) No caso, anônima, pois nos demais casos ela não pode ser aceita como razoável, o que já foi esclarecido anteriormente.

das medidas constritivas, por mais sutis que sejam, haja vista que estas dependem de elementos que, estando presentes, fundamentam o início do procedimento policial informativo. A autoridade buscará apenas indícios da ocorrência de um crime, em tese, e, junto com estes, encontrando evidências da vinculação de alguém com o mesmo, instaurará o inquérito contra o suposto autor; ou, caso não haja este, instaurar-lo-á com indiciado incerto (autoria a apurar).

Por fim, o procedimento deve se revestir da cautela necessária a não atingir a intimidade do averiguado, nem direitos e garantias estabelecidas constitucionalmente, além dos proporcionalmente necessários para se alcançar um fim justificável.

Por tais argumentos, atendidos os pressupostos apontados, há que se admitir um procedimento investigatório que anteceda ao inquérito policial, sempre observando-se o princípio da proporcionalidade, que se consubstancia em seu fundamento jurídico.

7. Justificativas para a admissibilidade das investigações preliminares

Demonstrou-se, até aqui, que as investigações preliminares ao inquérito devem ser admitidas como legítimas em razão do princípio da proporcionalidade, que vige em sede de direito pátrio, e, até mesmo, pela ausência de qualquer vedação legal nesse sentido.

Entretanto, outros fatores vêm a justificar o já referido procedimento, os quais não podem ficar à margem desta breve abordagem, pois apresentam-se como fatores de sustentação da postura que se pugna nesta matéria.

Assim, sem perder de vista que o Direito tem que ser efetivo, e o processo não pode se furtar a esta realidade, que para ser atingida, depende da verdade real pretendida na instrução probatória, e de uma decisão justa e eficaz.

Relevante se mostra, igualmente, uma análise dogmática crítica do direito, não conformada com uma realidade meramente legalista do mesmo, e que se coadune com os valores sociais em sua relação com o direito.

E, por fim, a justificação do procedimento prévio como meio de proteger, e assegurar, o *status dignitatis* do cidadão, a medida que contra ele não se instaurará o inquérito, sem que existam os elementos mínimos que o sustentem, ou que se possa responsabilizar o delator.

Portanto, várias são as razões para que se conclua ser admissível a investigação e as diligências que antecedem o inquérito – ainda que em casos determinados.

7.1 A investigação preliminar diante de um processo efetivo e sua operacionalização diante de um direito penal liberal e garantista

O processo penal, autônomo e instrumental, não tem um fim em si mesmo, mas destina-se a viabilizar a aplicação concreta do direito penal, e, para tanto, há que ser efetivo.

A efetividade do processo, brilhantemente retratada, no âmbito do processo civil por Cândido Rangel Dinamarco,⁴⁰ deve nortear, também, o processo penal, principalmente no que concerne à justiça e à própria efetivação da decisão.

Na busca dos fins do processo, qual seja sua efetividade, mister se faz, *ab initio*, que a *persecutio criminis* se desenvolva de maneira a assegurar as garantias constitucionais do cidadão, e, por conseguinte, nos limites de um direito penal liberal⁴¹ e garantidor.

Para se atingir tal desiderato, deve-se ter em mente as considerações expandidas sobre os valores em conflito nas investigações e diligências preliminares, e a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, pois assumindo postura como a descrita, mantém-se a linha garantista do direito penal, que se impõe delineie também o processo penal.

Objetivando assegurar as prerrogativas estabelecidas constitucionalmente ao cidadão, ao contrário do que se possa imaginar, em decorrência de uma delação anônima, estando presentes os elementos anteriormente argumentados, há que se realizar uma investigação na busca de fatores razoáveis à instauração do inquérito.

Pode ser argumentado, até com certa coerência, porém diante de uma análise irrefletida do sistema processual, que as investigações de que se trata neste artigo não viriam a assegurar os direitos do cidadão, mas feri-los. Todavia, diante de uma reflexão mais séria, sem os preconceitos legalistas, há que se concluir o oposto.

Não se pode desprezar a notícia de fato criminoso, mas também não se pode impor a alguém uma investigação decorrente do inquérito policial, sem os mínimos indícios que confirmem credibilidade aos acontecimentos narrados. Diante de situação como esta, para se garantir as prerrogativas do indivíduo, mister se faz uma cautelosa e diligente investigação prévia.

Portanto, as diligências que antecedem o inquérito, quando realizadas nos termos, já apresentados, que as autorizem, manifestam-se como meio de

(40) Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 265-311.

(41) Não se deve confundir a designação utilizada neste artigo com a sua utilização para designar o Estado gendarme. "Deve ficar claro que o direito penal do Estado de Direito ou direito penal liberal de Direitos Humanos ('direito penal liberal' em sentido técnico) tem entre suas características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas etc." (Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo : RT, 1997. p. 332). Advertem, ainda, os mesmos doutrinadores, no que concerne à designação mencionada: "O perigo está em que ambos os conceitos costumam ser confundidos intencionalmente, e é dessa maneira que se ataca o direito penal do Estado de direito por uma via argumentativa que corresponde unicamente ao direito penal do Estado gendarme, que acolhe uma defesa do direito penal autoritário" (Idem, *ibidem*).

harmonização do processo com um direito penal garantista, e relevantes instrumentos para a sua efetivação.

7.2 A relevância de uma dogmática crítica no âmbito do processo penal

O dogmatismo jurídico, que tem por objeto o estudo das normas jurídicas vigentes, diante do movimento social, em muitas situações, quando adstrito ao puro legalismo, não tem sido hábil a solução das questões surgidas no seio da sociedade.

Ao se considerar, que o sistema vigente não pode ser modificado a não ser por outras regras escritas, e que contenham, implícita ou expressamente, um comando revogatório, isso no plano técnico-formal da dogmática jurídica,⁴² o Estado, no exercício de sua atividade legiferante, não consegue resolver todos os problemas; embora inche o corpo de leis com sua excessiva produção, sem a menor consciência dos reflexos de sua postura, ou a mínima idéia dos limites de sua atividade.

O problema continuará sem solução, a menos que se busque uma nova metodologia de aplicação do Direito; pois se o Direito é fato, valor e norma, sendo a sociedade, ainda mais atualmente, exageradamente dinâmica, não há como harmonizá-la com as pretensões técnico-formais de um sistema legalista, mas deve-se atentar para os valores históricos e sociais do momento, contextualizando-os com a finalidade da lei.

Diante da interdisciplinariedade do Direito, que imprime a necessidade de uma visão sistêmica de seus diferentes ramos, ao se fazer mobilizar o aparato jurisdicional para o exercício da persecução penal, cientes de que o processo penal, embora autônomo, é instrumental, há que se analisar o direito material, com seus propósitos e finalidades. Tal verificação não pode ser realizada sob uma ótica puramente legalista, mas atenta à realidade político-social.

Assumindo, em face dos conflitos que podem advir de uma visão legalista do sistema, uma postura crítica, há que conferir à dogmática uma missão renovada, que se balisa na norma, e nos valores histórico-sociais, numa vinculação axiológica, estabelecendo postulados justos, seja no âmbito do direito material ou processual.

Mostrando-se, o resultado destas operações, incompatível com o direito vigente, deve-se objetivar a reforma do conjunto normativo, aplicando-o, até então, segundo os parâmetros de justiça, o que decorre da análise crítica das regras vigentes, conferindo-lhes a conotação condizente com o momento social que disciplina.

A par dessas ilações, perfunctórias é bem verdade, justificam-se as investigações e diligências preliminares, desde que operacionalizadas nos termos até aqui propostos; principalmente, devido a interdisciplinariedade do Direito, a relevância do bem jurídico supostamente lesado na delação anônima.

(42) Cf. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 609.

Assim, uma postura dogmática crítica, em sede de processo penal, assume relevante importância na realização da *persecutio criminis*, que não pode, em determinadas hipóteses ficar adstrita a iniciar-se com o inquérito policial, mas antes dele, na perquirição dos elementos que justifiquem sua instauração.

7.3 *As investigações preliminares como meio de assegurar o status dignitatis do cidadão*

Quando se inicia a ação penal a dignidade do denunciado, indiscutivelmente, é atingida e permanece maculada indefinidamente,⁴³ de maneira que qualquer medida contra o alguém, deve ter sua viabilidade analisada com a máxima cautela.

O inquérito, procedimento preparatório da ação penal, promove a mesma lesão à dignidade do cidadão. Veja-se que a publicização dos fatos, a atuação inconseqüente dos órgãos da imprensa, e a respectiva manipulação da opinião popular, podem atingir o *status dignitatis* do indivíduo.

Inúmeros fatos corroboram tais afirmativas, e principalmente aqueles que advêm de informações transmitidas por meio de "Disk Denúncia", ou programas televisivos como, v.g., "Linha Direta", devem ser tratados com maior zelo, cautela e diligência, antes que seja instaurado o inquérito.

Em se verificando uma hipótese de informação anônima de crime, como se pode impedir, ou ao menos minimizar, a possibilidade de uma lesão à honra do cidadão? A resposta não pode ser outra, senão a realização de diligências e investigações antecedentes ao inquérito, de maneira a se buscar elementos que justifiquem sua instauração.

Portanto, a adoção de tal procedimento não atinge o indivíduo em seus valores pessoais, nem no conceito que os seus pares detém a seu respeito, mas garante que não lhe seja imposta uma mácula injustificada.

Aqui, mais uma vez, diante da proteção destes valores, a regra da proporcionalidade confere amparo ao procedimento, mostrando ser razoável o sigilo e a sua realização, mesmo diante da ausência de previsão legal neste sentido.

As investigações de que se trata o presente artigo, por fim, além de serem um meio para o exercício da persecução penal, apresentam-se como uma forma efeti-

(43) "Afinal de contas, e o acusado? Que um seja acusado quer dizer que provavelmente, senão certamente, cometeu um delito; o processo, ou melhor, o debate serve, por isso mesmo, para resolver a dúvida. Ao invés, quando o juiz absolve por insuficiência de provas, não resolve nada: as coisas permanecem como antes. A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constituiu crime anula a imputação; com a solução da absolvição por insuficiência de provas, a imputação permanece. O processo não termina nunca. O acusado continua a ser acusado por toda a vida" (Francesco Carnelutti. *As misérias do processo penal*. São Paulo : Conan, 1995. p. 61).

va de assegurar o *status dignitatis* do cidadão, revelando a seriedade e a hombridade de atuação dos órgãos do poder.

8. Conclusão

As investigações e diligências que antecedem ao inquérito policial são plenamente justificáveis no sistema processual penal brasileiro, uma vez que impede a instauração, temerária, de um procedimento administrativo que, sem sombra de dúvidas, atinge o indiciado nos valores mais íntimos, bem como no seu conceito social.

Essa modalidade investigatória, necessária nos dias atuais, deve ser realizada com a máxima cautela, haja vista as características de seu desenvolvimento, que é eminentemente sigilosa. Procura-se, por meio dela, os requisitos para iniciar-se o inquérito, e não se pode ir além, pois as demais diligências devem ser realizadas intra-inquérito.

Há que se lembrar que este tipo de procedimento não se justifica em sede de ação penal privada, pública condicionada, e nas hipóteses de ação penal pública incondicionada quando o delator é identificado. Salienta-se, porém, que em situações excepcionabilíssimas, pode-se aceitar a operacionalização destas investigações.

As justificativas são diversas, tendo como sustentação jurídica a vigência, como regra constitucional, do princípio da proporcionalidade, que se aplica em decorrência da necessidade de sua realização, a adequação do meio escolhido e a ponderação dos valores colidentes (proporcionalidade *stricto sensu*).

As disposições da lei do crime organizado, como regulamentação da matéria, é importante, pois naqueles casos específicos, surge uma sustentação legal do procedimento, que é previsto no art. 2.º da Lei 9.034/95.

Não pode ser olvidado, ainda, que uma análise dogmática crítica da legislação vigente, conferirá respaldo às diligências e investigações preliminares, contribuindo para uma decisão, ao final, justa e apta a produzir efeitos, o que nada mais é que um processo penal efetivo.

Há que se considerar, ainda, que o procedimento antecedente ao inquérito policial, tem por finalidade assegurar, e proteger, o *status dignitatis* do cidadão, já que se propõe a encontrar, na realidade fática, os requisitos necessários para que se instaure o *judicium accusationis*.

Dessa maneira, contempla-se o procedimento, as investigações e diligências preliminares ao inquérito policial, como um meio eficaz na busca da verdade real, e de significativa importância na persecução penal.

Nos termos aqui demonstrados, apresenta-se como legítimo e aceitável, desde que adstrito a seu propósito primeiro, qual seja, possibilitar a instauração do inquérito; e, para tanto, seguir a regra da proporcionalidade, protegendo o *status dignitatis* do cidadão, o que conduzirá a um processo penal efetivo, que se harmoniza com um direito penal liberal e garantidor.

Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo : Conan, 1995.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954. v. 1.
- FARIA, Bento. *Código de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Record, 1960. 1 v.
- FERRAJOLI, Luigi. "Teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal". *Boletim IBCCrim* 77, ano 7, abr., 1999.
- GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Provas ilícitas". *O processo em sua unidade, II*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Princípios do processo penal*. Recife, 1960.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado". *RBCCrim* 12, ano 3, São Paulo : RT, out.-dez, 1995.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1996.
- PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães. "*Habeas corpus e a polícia judiciária*". *Justiça penal – Tortura, crime militar e habeas corpus*. São Paulo : RT, 1997.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- . *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1995.
- . *Inquérito policial e ação penal*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- SOUZA, Carlos Laet de. "Da investigação policial e da instrução criminal provisória". *RBCCrim* 21, ano 6, São Paulo : RT, jan.-mar, 1998.
- SZNICK, Valdir. *Crime organizado: comentários*. São Paulo : Leud, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. 1 v.

VARGAS, José Cirilo. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.