

# A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E O SENSO COMUM TEÓRICO

## *THE PRELIMINARY INVESTIGATION AND THE THEORETICAL COMMON SENSE*

## *LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EL SENTIDO COMÚN TEÓRICO*

**CAIO HENRIQUE DE MELLO GOTO**

POLÍCIA CIVIL DE MATO GROSSO DO SUL

### *RESUMO*

Em discussões doutrinárias ou jurisprudenciais que envolvem o tema investigação preliminar, o inquérito policial é sempre qualificado sob determinadas características que supostamente compõem sua natureza jurídica. Dentre tais elementos caracterizadores (como a ausência de contraditório e ampla defesa, por exemplo), muitos deles ou não condizem com as finalidades desse instrumento de investigação – mas são repetidos pelo senso comum teórico como essenciais ao inquérito –, ou tampouco constituem a forma pela qual esse instrumento se manifesta na persecução penal. Visando afastar essa verdadeira cegueira doutrinária e jurisprudencial, é necessário desvelar e analisar os motivos que levaram a essa automática e equivocada replicação de informações incorretas sobre a natureza jurídica do inquérito policial.

**PALAVRAS-CHAVE:** ampla defesa; contraditório; inquérito policial; senso comum teórico; sigilosidade.

### *ABSTRACT*

In doctrinal or case-law discussions involving the preliminary investigation subject, the Police inquiry is always qualified under certain characteristics which, supposedly, compose its legal nature. Among such characterizing elements (such as the absence of adversary proceeding and full defense, for example), many of them neither do not match with the purpose of this investigation instrument – but are repeated by the theoretical common sense as being essential to the inquiry –, nor constitute the form through which this instrument is manifested in the criminal prosecution. Aiming at moving such genuine doctrinal and case-law blindness away, it is necessary to reveal and analyze the

reasons taking to such automatic and mistaken repetition of wrong information on the legal nature of the Police inquiry, and which do not say anything about it.

**KEYWORDS:** full defense; adversary proceeding; police inquiry; theoretical common sense; confidentiality.

## **RESUMEN**

En discusiones doctrinales o jurisprudenciales que involucran el tema de la investigación preliminar, la investigación policial siempre se califica bajo ciertas características que supuestamente componen su naturaleza jurídica. Entre estos elementos característicos (como la ausencia de contradicción y defensa amplia, por ejemplo), muchos de ellos no se corresponden con los propósitos de este instrumento de investigación, pero se repiten en el sentido común teórico como esenciales para la investigación, ni tampoco constituyen la forma en que este instrumento se manifiesta en el proceso penal. Con el objetivo de superar esta verdadera ceguera doctrinal y jurisprudencial, es necesario desvelar y analizar las razones que han llevado a esta replicación automática y equivocada de información incorrecta sobre la naturaleza jurídica de la investigación policial.

**PALABRAS CLAVE:** defensa amplia; contradicción; investigación policial; sentido común teórico; confidencialidad.

## **1. INTRODUÇÃO**

Em discussões doutrinárias ou jurisprudenciais que envolvem o tema investigação preliminar, o inquérito policial é quase sempre qualificado e compreendido sob determinadas características que supostamente compõem sua natureza jurídica, delimitam a extensão de seu objeto e as formas de sua tramitação. Dentre tais elementos caracterizadores – como o sigilo, a dispensabilidade, e a ausência de contraditório e ampla defesa (NUCCI, 2013; AVENA, 2014; BADARÓ, 2014; LIMA, 2016; CAPEZ, 2023) –, parte deles não condiz com as finalidades desse instrumento de investigação, tampouco constitui a forma pela qual o inquérito se manifesta na persecução penal.

A equivocada compreensão do inquérito policial, nesse sentido, induz a atividade investigativa a equívocos que, ao fim e ao cabo, importam em prejuízos no tratamento dos elementos de informação produzidos pelo operador da investigação, permite a construção de uma teoria da investigação baseada em pressupostos teóricos

errôneos (PEREIRA, 2019), e influencia a construção de paradigmas jurisprudenciais estruturados fora do regramento constitucional.

Com o objetivo de afastar essa verdadeira cegueira doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, é necessário desvelar e analisar os motivos que levaram até essa automática e equivocada repetição de informações incorretas sobre a natureza jurídica e as características do inquérito policial, e que em nada dizem respeito à sua estrutura funcional e aos objetivos buscados com a investigação. A importância do estudo justifica-se tanto em termos jurídico-científicos, já que uma ciência que se pretenda coerente não pode lidar com informações ou dados falsos ou mal compreendidos, como também em termos que repercutem na prática forense, consequentemente atingindo, em maior ou menor medida, o direito à liberdade daqueles que se veem submetidos a uma investigação preliminar criminal.

O contexto em que se insere a discussão se cinge à análise do inquérito policial enquanto mecanismo dotado de *instrumentalidade qualificada ou ao quadrado* (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 96), assim compreendida a função do inquérito enquanto instrumento do processo penal, que por sua vez é instrumento na busca da reconstrução de fatos pretéritos e da verdade processual ou formal.

Essa compreensão equivocada do inquérito policial, sob a perspectiva de sua *instrumentalidade constitucional* (LOPES JR., 2016, p. 69-71), da qual deriva sua função preservadora, que almeja impedir o início da persecução penal judicial sem base em elementos mínimos de segurança sobre a existência de materialidade e indícios de autoria, demonstra a necessidade de ao seu estudo ser dada a máxima atenção em termos de análise científica. Em outros termos, é dizer que segurança jurídica da investigação criminal deriva da correta compreensão das funções e do objeto do inquérito em um plano político democrático.

No entanto, a repetição de características equivocadas, supostamente componentes da natureza jurídica desse instrumento investigativo, tem em muito dificultado a consecução desse e de outros objetivos conferidos pela estrutura do processo penal à investigação preliminar.

Dessa forma, ante a necessidade de (re)conquistar o verdadeiro sentido do inquérito policial brasileiro, o questionamento que cabe é: se o senso comum teórico (BEDIN, 2002, p. 177) insiste em replicar enunciações equivocadas sobre as características e qualificações do inquérito policial, tornando-o um instrumento que – também por isso – beira a ineficiência (justamente por ser mal compreendido), quais, então, são os verdadeiros caracteres que o definem, conforme sua formação dada pelo ordenamento jurídico?

A principal meta a ser buscada com a análise de tais equívocos cometidos em razão dessa errônea compreensão é *permitir que sobre a investigação preliminar se tenha uma nova leitura a partir de sua função enquanto instrumento a serviço dos direitos e garantias fundamentais*.

O objetivo geral que se busca alcançar é permitir a superação do senso comum teórico sobre o inquérito policial, sustentando não só seu papel na elucidação reconstrutiva de um fato passado e munindo a *opinio delicti* do órgão acusador, mas também garantindo o exercício dos direitos fundamentais no curso da submissão ao poder persecutório do Estado.

Para se atingir esse objetivo, afinal, é necessário derrubar a ideia que ainda vige no consciente doutrinário de que o inquérito policial não possui *contraditório e ampla defesa*, ainda que em medida diversa daquela fixada a partir da triangularização da relação jurídica processual (*judicium est actus trium personarum*). A natureza jurídica dos instrumentos de investigação só encontra sentido na correta acepção de seus caracteres. Em termo metodológicos, a revisão bibliográfica de doutrinas contrastantes é essencial para se elucidar as contradições analisadas ao longo do estudo.

Para além disso, a questão que envolve a sigilosidade do inquérito é de singular importância, já que a *publicidade* é regra no ordenamento jurídico nacional, sendo especialmente incidente nas práticas interventivas exercidas pelo Estado. No mesmo sentido, a superação da falácia de que o inquérito é instrumento *dispensável* à persecução penal merece ser revista.

Ademais, a descoberta da origem dos equívocos sobre as

funções e diretrizes principiológicas do inquérito policial são parte da construção desse novo e necessário paradigma de leitura da arquitetura da investigação através do inquérito.

## **2. A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO INQUÉRITO POLICIAL: HERANÇA DO SISTEMA INQUISITIVO E O SILÊNCIO CONCORDANTE DA DOUTRINA**

A compreensão que se tem atualmente do inquérito policial brasileiro não é fruto de uma repentina construção doutrinária *ad hoc*, mas, antes, uma tradição teórica decadente que tem ignorado o caráter científico do Direito e permitido a invasão da ciência jurídica por elementos destrutivos da precisão e segurança jurídicas, por vezes carregados de vieses ideológicos que contaminam a interpretação da norma jurídica processual penal segundo o paradigma constitucional.

Conforme questiona Lenio Streck (2016), a base da contaminação do Direito – e, conseqüentemente, da teoria da investigação – sustenta-se na ausência de senso analítico que se baseie no paradigma constitucional de tutela de direitos. Para tanto, a inércia da crítica redundaria na repetição de um senso comum por parte da comunidade jurídica, concebendo produtos teóricos que se refletem na supressão da proteção tutelar de direitos, seja por sua equivocada aplicação na prática policial, seja pela reprodução dos mesmos pressupostos teóricos falsos, em excertos jurisprudenciais que perenizam o erro:

Quem está por trás destas práticas que fragilizam o Direito? Os próprios juristas. As carreiras jurídicas. E os advogados, é claro. E os professores. E parcela expressiva da doutrina. Em vez de apoiarem um grau mínimo de autonomia do Direito, praticam o canibalismo. Como pagãos epistêmicos, tece(ram) loas aos que descumpriram a Constituição. Grita(ram) “lá vem o novo”, quando começaram a atropelar as leis e a Constituição. Mal sabiam que ali estava o ovo da serpente [...] nada disso é gerado espontaneamente [...] Como diz Eraclio Zepeda: quando as águas da enchente cobrem a tudo e a todos, é porque de há muito já começou a chover na serra; nós é que não nos damos conta (STRECK, 2016).

Essa compreensão equivocada das características componentes da natureza jurídica do inquérito se reproduz como o resultado de uma *histórica afirmação e reafirmação de equívocos*, sob a alcunha de “verdades científicas” sustentada na sua replicação pela doutrina e por autoridades públicas, consumando a construção de um senso comum jurídico destituído de caráter crítico. Ignora-se, nesse processo, a valoração trazida pela Constituição Federal e os cânones dos direitos fundamentais atribuídos ao imputado, dentre os quais o devido processo legal (art. 5º, LIV e LVI).

Desse breve quadro situacional – em que o Direito se torna uma “meia-ciência” – é possível concluir que os motivos determinantes de tamanhos equívocos não são atuais e derivam da edificação do sistema inquisitório como modelo de persecução penal que ainda traz em si características do Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), concebido em pleno regime ditatorial, e influenciador do Código de Processo Penal brasileiro com redação de 1940.

Na acepção de José Antônio Aranha Pinheiro Filho (2023, p. 398),

são detectadas sérias inconsistências no atual modelo processual brasileiro, em grande parte pela incompreensão a respeito da natureza jurídica da atividade de investigação criminal, ainda destacada da Constituição Federal como um modelo puramente inquisitivo. (PINHEIRO FILHO, 2023).

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2014, p. 101-103) identifica que origem do inquérito ainda carrega em si o ranço histórico do *sistema inquisitório* desenvolvido nos albores da Santa Inquisição (DURIGON; SILVA, 2015). Os cinco séculos que distanciam o inquérito policial brasileiro das práticas inquisitivas históricas e antidemocráticas da Inquisição não foram suficientes para os separar. De fato, o senso comum teórico introduz o inquérito policial como o conjunto de atos de investigação tendentes à busca da imputação criminal, atribuindo à sua função um sentido unívoco de busca de confirmação da hipótese proposta, potencialmente gerador de efeitos maléficos a toda a cadeia posterior em que se desenrola a persecução penal.

Em termos históricos, Aury Lopes Jr. identifica na genética da investigação preliminar muito mais do que um procedimento para simples descoberta da fictícia “verdade real” (ÁVILA, 2006, p. 43-44). *A concepção primeva do inquérito se revela como um instrumento engenhoso de submissão do investigado à intenção do investigador.* Explicita o autor, após afirmar a influência do Direito Canônico e da Santa Inquisição na atual concepção do inquérito, que a “estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos [...] especialmente o de ‘verdade real ou absoluta’” (LOPES JR., 2014, p. 101-103), trazendo, assim, a compreensão de um sistema muito mais inteligente e calculado do que a princípio se faz parecer.

É a partir dessa construção histórica e política engenhosa – com gênese no sistema persecutório espanhol do século XVIII – que se extraíram e identificaram as características da atividade dita inquisitória, tal como a sigilosidade; a atuação *ex officio* do investigador; a finalidade do processo como a busca da inexistente “verdade real”; a atribuição de valor capital à confissão, tratando-a como prova superior às demais; o emprego da tortura física ou psicológica como meio de extração de informações, independentemente do caráter veraz ou fictício de seu conteúdo.

A se considerar que o sistema inquisitivo começa a ser delineado no século XII, e que em pleno século XXI ainda se fala que é o inquérito “um procedimento inquisitivo”, e sobre o qual não incidem “as garantias do contraditório e da ampla defesa” (AVENA, 2014, p. 157-159), ignorando-se todas as mudanças resultantes do regime constitucional democrático e da prática policial legal investigativa a ele ajustada, torna-se possível afirmar que há equívocos teóricos subjacentes à ciência processual penal nesse ponto.

Em crítica à manutenção das mesmas bases fundantes do sistema inquisitório, sem o filtro do viés crítico sob o paradigma constitucional e democrático, Aury Lopes Jr. afirma que parte das características do inquérito policial ainda encontram consonância com as mesmas sustentações narradas no Manual dos Inquisidores (EYMERICH, 1993), redigido em meados do século XIV. De fato, a probabilidade de repetição das mesmas ideias, com outras palavras, é significativamente presente.

Relata Priscilla Guimarães Cornélio (2017) que “o Tribunal Inquisitorial raramente tornava os processos públicos, haja vista que tudo ocorria da forma mais sigilosa possível e a violação desse sigilo era passível de processo [por] crime de heresia”. Descreve a autora que “procuradores não tinham direito de vista completa dos autos e sequer podiam acompanhar o acusado em um interrogatório, ou seja, o acusado era interrogado sozinho, sem qualquer direito de ampla defesa ou contraditório” (CORNÉLIO, 2017, p. 45).

Mostra-se inequívoco que as características definidas em sua natureza jurídica, reconhecidas como ínsitas ao inquérito policial, portanto, são frutos de complexos fenômenos histórico-jurídicos, iniciados com a concepção do sistema jurídico-processual mais antidemocrático já idealizado pelo homem, que é o sistema inquisitivo, e do qual herdou o inquérito policial suas principais características. Daí a racionalidade de Eraclio Zepeda supracitada: se estamos cobertos de água (e de afirmações equivocadas sobre o inquérito policial), é porque de há muito já chove na serra. E sistemas de contenção e escoamento são necessários na superação do senso comum teórico.

Em suma, é possível afirmar que os erros teóricos na gênese da persecução penal iniciada com a investigação são essencialmente *erros históricos e erros de compreensão*. De um lado, o transporte através do tempo de um sistema (inquisitório) que perde o seu sentido quando inserido no sistema constitucional-democrático brasileiro instalado em 1988, e de outro lado, o silêncio concordante e a incompreensão que resultam na repetição das características daquele mesmo procedimento histórico violador de direitos.

A esse processo de silêncio concordante e repetição de equívocos é patente a influência do que se convencionou chamar de *senso comum teórico*: fenômeno prejudicial e corrosivo, causador de impactos negativos ao desenvolvimento do Direito enquanto ciência, e promotor de persecuções penais infundadas e erros judiciais.

### 3. O SENSO COMUM TEÓRICO E O INQUÉRITO POLICIAL

A reprodução das características do sistema inquisitivo repassadas para a estrutura do inquérito policial não revela *um fenômeno isolado* ou uma *simples transferência de signos e sentidos* (BEDIN, 2002, p. 181). Não se operam erros que são preservados de forma perene sem que exista uma fundação profunda em favor dessa empreitada equivocada. Sobretudo na dogmática jurídica, as decisões políticas que em princípio constroem os discursos legislativos se espalham, ainda, na condição de opções políticas para a ciência jurídica. Em verdade, as valorações atribuídas ao Direito e à ciência do direito são necessariamente imbuídas de ideologia, ainda que à revelia do sistema constitucional (JEVEAUX, 2018).

A partir disso permitem-se afirmações em si contraditórias. Afirma-se que “o inquérito policial, por ser peça de natureza administrativa, inquisitiva e preliminar à ação, deve ser sigiloso” (NUCCI, 2013, p. 180), nada obstante se reconhecendo o direito de acesso aos autos do inquérito pelo advogado e pelo investigado, garantidos pelo ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, afirma-se que o inquérito policial é instrumento dispensável para a *persecutio criminis in iudicio*, malgrado a quase totalidade das ações penais se sustente em procedimentos policiais preliminares. Defende-se a ausência de contraditório, mesmo diante de previsão legal permitindo a participação do investigado em atos de produção de provas irrepetíveis e de apresentação de quesitos em exame pericial realizado na fase investigativa.

Parte majoritária da doutrina não se preocupa em discutir se há níveis ou condições de imposição de sigilo, qual a incidência desses níveis entre advogado, investigado e autoridades, e tampouco se leva em consideração os efeitos do sigilo imposto face aos direitos à ampla defesa e ao contraditório. Ignora-se a funcionalização das características da investigação a um objetivo que as justifique e que se adeque ao texto constitucional.

Em definição dada por Gilmar Antônio Bedin (2002, p. 178)

sobre a ideia de senso comum teórico, o autor cita que:

No conjunto, estas crenças e estes pressupostos formam o que Luíz Alberto Warat chama de senso comum teórico dos juristas, uma “constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os atos de decisão [judiciária] e de enunciação [do direito]”. Assim, o senso comum teórico dos juristas configura um conjunto de convenções lingüísticas que encontramos já prontas em nós [em nosso imaginário] quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo e compensar a ciência jurídica de suas carências [epistemológicas e de sua incompletude sistêmica]. (BEDIN, 2002).

Os objetos de estudo do jurista, portanto, partem da lei, do processo e da Constituição, e por eles e através deles se extrai a veracidade ou falsidade de cada afirmação. A concordância silenciosa e reverencial do senso comum teórico não é via adequada de análise em sede de persecução potencialmente limitativa da liberdade de locomoção. A força do senso comum teórico no desenvolvimento do Direito importa no déficit de proteção e respeito aos direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade e à igualdade. Abre-se espaço para a instauração de investigações casuísticas à medida em que se diminui o espectro de limitação do exercício do poder na persecução penal.

O labor do senso comum teórico, nesse contexto, é descrito por Lenio Streck (2017, p. 10) como a introjeção proposital de um viés político e/ou ideológico em discursos reguladores da persecução penal:

[...] é importante observar que o senso comum teórico opera como um subimaginário social. Nunca é ingênuo. Na verdade, ele conta com um processo de segundo nível, que é a reprodução acrítica dos sentidos produzidos. A política, a moral, a economia, a ideologia, enfim, esses elementos subjetivos são sempre escondidos. Um lugar privilegiado para que esse processo tenha êxito é a dogmática jurídica. A doutrina tradicional do Direito tem a pretensão, assim, de fazer uma espécie de descrição das decisões judiciais a da jurisprudência, assim como da própria doutrina nos diversos níveis de reprodução. Daí os diversos conceitos

que se produzem acriticamente, que somente sobrevivem em face da sua “naturalização”, que se retroalimenta no interior do senso comum teórico [...] Isso funciona de forma tão impactante que a comunidade jurídica estabelece os conceitos como dados (mito do dado). (STRECK, 2017).

É claro que a dispensabilidade do inquérito para o início da persecutio criminis in iudicio, a imposição do sigilo como elemento absoluto, a ausência de contraditório, e todas as demais afirmações de duvidosa validade científica (acríticas) no campo preliminar do processo penal, se encaixam com perfeição na constatação de Lenio Streck sobre a força do senso comum teórico.

Ocorre que, em se tratando do campo de análise da ciência processual penal, a situação se agrava, considerando que seu objeto não se cinge ao “ter” (processo civil e direitos disponíveis), como leciona Aury Lopes Jr. (2016, p. 72-73), mas ao “ser” (processo penal e direitos indisponíveis). Lida-se com a liberdade do ser, com a indisponibilidade da liberdade em todas as suas vertentes, circunstância que aumenta a carga de responsabilidade teórica em seu estudo.

Assim, *a danosidade da compreensão equivocada de um instrumento de garantia – como ao menos deveria ser compreendido o inquérito policial – prejudica sua própria finalidade preservadora e impeditiva de imputações sem substrato*. Entretanto, antes de compreender a dimensão do dano individual e social dessa má compreensão e da aceitação doutrinária acrítica sobre equívocos reproduzidos, faz-se necessário entender os erros e se desvelar as correções iniciais neste que tem sido um grande exemplo da força indignificante do senso comum teórico.

### 3.1 AS CARACTERÍSTICAS E A NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL: EQUÍVOCOS E CORREÇÕES

Essencialmente, afirma a doutrina que o *inquérito policial* é um “procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial”, formado por “um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa, objetivando a identificação de fontes de prova e a

colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal” (LIMA, 2014, p. 176), tendo como finalidade precípua a demonstração da (in)existência de lastro mínimo para iniciação ou não da persecução penal em juízo.

A doutrina, em sua parte predominante e despreocupada com a importância do reconhecimento do caráter científico do Direito, tem comumente associado o inquérito policial a determinadas características que, por repetição, tornaram-se dogmas jurídicos. Conquanto não exista dúvida sobre sua natureza jurídica de procedimento administrativo, há necessidade de reformulação em face das características que ditam a funcionalidade desse instrumento.

Aquela que primeiros se destaca em razão da sua contraditoriedade com a prática policial, e que por isso causa enorme estranheza quando reproduzida, diz respeito à informação de que o inquérito policial *é sigiloso*. Para amparar a ideia de sigilosidade do inquérito, a doutrina tem lançado mão de argumentos que incluem a necessidade do segredo como forma de realização segura das diligências investigativas (fator surpresa) e, portanto, sem interferências prejudiciais, bem como a proteção ao direito à intimidade do investigado e/ou da vítima.

No entanto, para afastar essa caracterização, basta recordar que o advogado (seja ele constituído pelo investigado ou não) tem, em regra, amplo acesso às peças investigativas, sendo limitada sua ciência apenas em casos específicos respectivos à produção de provas cautelares e diligências em andamento, ou em hipóteses taxativas de sigilo fundamentado imposto pela legislação, como ocorre na regulamentação de procedimentos investigativos baseados na Lei n.º 12.850/13 (art. 23). A Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados), em seu art. 7º, XIV e § 11, preceitua o direito de acesso do investigado aos autos de inquérito, através de seu advogado no mesmo sentido veiculado pela Súmula Vinculante n.º 14.

Analicamente, não se nega que exista sigilosidade no inquérito, assim como o próprio art. 20 do Código de Processo Penal *possibilita*, mediante decisão fundamentada da autoridade condutora da investigação. Entretanto, não se pode afirmar, na pureza do termo e na forma que tem sido feito pela doutrina, que o inquérito policial *é*

*essencialmente sigiloso.*

Nesse sentido, o sigilo é *incidental e autorizado* pela legislação processual penal, e não ínsito ao inquérito. A sigilosidade nele existente é resultado de uma determinação daquele que o preside e que, em razão da conjuntura, conduziu à decretação sempre limitada e fundamentada do sigilo. De fato, se não há sigilo absoluto, tampouco há abertura de acesso irrestrita. Em verdade, Gustavo Badaró (2014, p. 69) e Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 115) questionam o critério do sigilo enquanto regra, na medida em que há prevalência das hipóteses de acesso, sob os mesmos fundamentos que impõem a publicidade ao curso da relação jurídica processual penal.

No curso do processo a publicidade tem cariz principiológico, fundada em dois argumentos principais: a abertura de acesso para a fiscalização da atuação do Poder Judiciário e a possibilidade do exercício de direitos por terceiros eventualmente atingidos por efeitos da relação jurídica processual instaurada (terceiros interessados). Ainda que a própria legislação preveja exceções à publicidade no processo – como autoriza o art. 93, IX, da Constituição Federal – quando se trata da atuação jurisdicional tampouco se questiona pela doutrina que a *regra* é a publicidade ampla.

O raciocínio carregado de viés inquisitório no âmbito preliminar investigativo segue outro caminho. Ainda que o tratamento normativo dado à relação triangular processual e ao procedimento investigatório sejam semelhantes, com a existência de regras limitativas da publicidade em ambas as situações, os analistas da dogmática processual penal atribuem ao inquérito o caráter essencial e *constitutivamente sigiloso*.

Ademais disso, no paralelo do processo coletivo, o inquérito civil – que em muito se assemelha ao inquérito policial em diversas características – é reconhecido como eminentemente público (art. 7º da Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público: Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada).

Ainda que o objeto do inquérito civil seja claramente diverso do inquérito policial, as razões justificadoras do sigilo em ambos respeitam a um critério metodológico de condução da investigação, ancorado no pilar da regra da publicidade em atos estatais diante da necessidade de fiscalização da atividade do agente público em um regime democrático. Sobretudo em uma atividade historicamente eivada de imputações de abusos em razão de sua natureza necessariamente invasiva, como ocorre à atividade policial e persecutória, a *publicidade atua como fator de legitimação da conduta de seus executores*, evitando, dentro dos limites do possível, interferências indevidas diante da possibilidade de acesso aos atos de investigação não prejudicados com o ato de publicidade. Nesse sentido, recorda Aury Lopes Jr. (2000, p. 8) que:

A polícia está muito mais suscetível de contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e de sofrer a pressão dos meios de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com maior repercussão nos meios de comunicação. (LOPES JR., 2000).

A primeira conclusão, portanto, é a de que, no rigor jurídico-científico, o *inquérito policial não é essencialmente um procedimento administrativo sigiloso, senão um procedimento que, a depender das circunstâncias e da determinação da autoridade que preside sua condução, bem como do objeto do ato investigativo, pode ter sobre si decretado o segredo limitado, permitindo o acesso imediato ou postergado aos resultados da diligência*. A elucidar essa conclusão, a redação do já citado art. 20 do Código de Processo Penal é clara ao indicar que a autoridade “assegurará o sigilo necessário à elucidação do fato”. E “necessário” não é sinônimo de “absoluto”, nem “incondicionado”, e tampouco de “essencial”.

Também não se queira afirmar, ainda, que se trata de mero preciosismo científico negar essa afirmação de *sigilosidade essencial* afirmada por parte majoritária da doutrina: a alimentação de conceitos científicos e características equivocadas tem levado a resultados desastrosos. No âmbito do inquérito policial, basta recordar as diversas situações em que autoridades policiais negam acesso aos autos de inquérito em andamento a advogados constituídos por investigados

(v.g., STF – HC n.º 88.190; Rcl n.º 45.950 AgR; e Rcl n.º 37.848, dentre outras) (LUCHETTE, 2016). Essa, portanto, é a *força do senso comum teórico*.

A segunda característica claramente equivocada sobre o inquérito diz respeito à (in)existência de *ampla defesa e contraditório*. Conforme aduz Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 337), “é lugar-comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. Está errada a afirmação, pecando por reducionismo”.

A flagrância desse equívoco já vem sendo notada por parte mais atenta da doutrina, como pontuado por Eugênio Pacelli (2013, p. 54) e Gustavo Badaró (2014, p. 68), muito embora autores como Guilherme Nucci (2014, p. 92), Norberto Avena (2014, p. 151), Fernando Capez (2023, p. 53) e Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 122) insistam equivocadamente em afirmar a ausência de contraditório e ampla defesa no âmbito do inquérito policial.

Segundo o senso comum teórico, ainda que esteja claro que o investigado poderá ser ouvido pela autoridade condutora do inquérito, exercendo sua *autodefesa*, bem como esteja assegurada a possibilidade de apresentação de razões e quesitos pelo advogado do investigado no curso da investigação (art. 7º, XXI, a, da Lei n.º 8.906/96, com redação dada pela Lei n.º 13.245/16), ainda assim não haveria que se falar em contraditório ou ampla defesa no campo da investigação preliminar pré-processual.

Como acima indicado, o argumento que baseia essa conclusão equivocada é a pressuposição de inefetividade do inquérito policial gerada pela necessidade de respeito a tais garantias constitucionais, na medida em que a investigação exige dinamicidade e celeridade. Ocorre que o *efeito repetidor de reprodução de uma informação não modifica a realidade aferida pela via da ciência jurídica. Isto é, não é pelo fato de a doutrina insistir na suposta ausência de contraditório e ampla defesa na fase preliminar investigativa que elas simplesmente não existam*.

Mesmo Renato Brasileiro de Lima, que alcança profundidade na análise desse ponto, não consegue afastar a clareza que é a presença

– ainda que limitada – do contraditório e da ampla defesa no âmago do inquérito policial. Afirma o autor, como argumento central, e fazendo referência à inovação legislativa que garante a participação ativa do advogado na investigação, que: “as mudanças legislativas produzidas pela Lei n.º 13.245/16 não têm o condão de afastar a natureza inquisitorial das investigações preliminares, nem tampouco de tornar obrigatória a presença do advogado durante o interrogatório policial” (LIMA, 2016, p. 124).

Não é necessário maior esforço interpretativo para perceber que o autor, a pretexto de defender sua posição, nega a força de obrigatoriedade característica de qualquer lei que não tenha tido sua vigência ou eficácia afastadas. O autor conclui que: “[n]ão se pode, portanto, admitir o contraditório e a ampla defesa nessa fase pré-processual, sob pena de se criar uma situação desigual capaz de prejudicar sobremaneira a eficiência dos órgãos persecutórios” (LIMA, 2016, p. 123).

Bem analisada a afirmação acima, denota-se a defesa argumentativa pela via do que se acredita subjetivamente ser o mais adequado, o mais *utilitário e eficiente* à opinião jurídica defendida. No entanto, evidentemente opiniões individuais ou embebidas de desejos de “eficientismo” não possuem força para afastar a clareza trazida pela norma jurídica.

O interrogatório do investigado desvela o efetivo exercício de autodefesa; a possibilidade de participação do advogado, inclusive com interferência direta na produção dos elementos de informação, é nada mais do que manifestação da *defesa técnica*; e juntas, *autodefesa e defesa técnica*, conformam a manifestação da *ampla defesa* e dão espaço ao *contraditório*. Queira o senso comum, ou não.

E os efeitos deletérios dessa compreensão equivocada são igualmente evidentes: uma vez negada a existência da ampla defesa e do contraditório, com fundamento em argumentos utilitaristas (e portanto, metajurídicos), nega-se vigência a disposições constitucionais e infraconstitucionais expressas. “O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva” (LOPES JR., 2014, p. 337).

É preciso ressaltar, porém, que de fato há uma gradação na incidência dessas garantias no campo da investigação preliminar. O *contraditório* é incidente apenas em seu *primeiro momento* (direito de *informação*), resguardado o exercício da *reação* para a fase judicial. Assim, é correto afirmar que “não pode existir contraditório pleno no inquérito policial porque não existe uma relação jurídico-processual” (LOPES JR., 2014, p. 338). Daí a *regra* do não cabimento de recursos em face das decisões da autoridade policial no âmbito do inquérito.

Mas há doutrina, ainda, que compreende a existência efetiva e integral do contraditório mesmo nessa fase preliminar, considerando-se a possibilidade de judicialização de atos de investigação através de remédios constitucionais como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança (SAAD, 2004).

A característica da dispensabilidade do inquérito policial, por outro lado, é estudada com a mesma ausência de compreensão sobre as funcionalidades da investigação criminal, todavia com o agravamento de que a afirmação contraria a realidade prática da atividade forense. A ideia de dispensabilidade da instauração da investigação contrasta com o fato de que a quase totalidade das denúncias deflagradoras do processo penal são escoradas em investigações policiais. A existência de outros instrumentos investigativos – como o procedimento investigatório criminal, presidido pelo membro do Ministério Público – não afasta essa constatação objetiva extraída da análise de julgados dos Tribunais Superiores.

Henrique Hoffmann (CASTRO, 2015) elucida o problema na caracterização do inquérito como procedimento dispensável nos seguintes termos:

A deflagração de um processo penal e a imposição de sanção estatal não podem ser atos automáticos e açodados. Nesse sentido, o inquérito policial materializa a via pavimentada a ser percorrida pelo Estado para que a atuação restritiva na esfera de liberdades públicas do cidadão não se convole em arbítrio.

Por isso mesmo, sustenta a doutrina que o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível e monstruosa que abala os postulados

garantistas. No mesmo sentido, afirmamos anteriormente que a investigação preliminar é o ponto de partida para uma persecução penal bem sucedida, que atenda ao interesse da sociedade de elucidar crimes sem abrir mão do respeito aos direitos mais mezinhos dos investigados. (CASTRO, 2015).

Mas para além disso, os efeitos deletérios de tais erros dão azo a decisões judiciais prejudiciais aos direitos do investigado. Nesse contexto, por exemplo, é reiterado o posicionamento do Superior do Tribunal de Justiça no sentido de que “[e]ventual vício na prisão em flagrante ou no inquérito policial não tem o liame de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa das peças processuais e sua dispensabilidade na formação da *opinio delicti*” (AgRg no AREsp n.º 1.374.735). Em suma, conclui o Tribunal que abusos cometidos no âmbito investigativo em nada importam para fins de conformação de nulidades processuais, como se toda a persecução penal não encontrasse sua base fática, sua reconstrução histórica elementar, no corpo do procedimento investigativo prévio.

O objetivo a se alcançar, de fato, é a contribuição para o esclarecimento dos males que a errônea compreensão deste instrumento de investigação pode causar aos sujeitos submetidos à atuação investigativa e invasiva do Estado persecutor. O inquérito formador da *opinio delicti* do acusador é e deve ser igualmente protetor de garantias fundamentais.

#### **4. EFEITOS DA COMPREENSÃO EQUIVOCADA SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL: NEGAÇÃO DO CARÁTER CIENTÍFICO DO DIREITO E PREJUÍZO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Diante desse quadro de afirmações, o papel da doutrina na consolidação desses equívocos jurídico-científicos contribui para a atual concepção que se tem do inquérito policial como um procedimento “símbolo da falência” do sistema persecutório (BOUDENS, 2016). Como afirmam Lenio Streck e Rafael Oliveira (2014, p. 20):

No Direito, a dogmática jurídica, ao não produzir uma doutrina precisa, também não consegue mostrar que

o Direito precisa de uma doutrina que constranja a operacionalidade cotidiana. Doutrina, doutrina. Deve doutrinar. Doutrinar deve ser preciso. E é preciso que se doutrine. (STRECK; OLIVEIRA, 2014).

Erros conduzem a novos erros, e novos erros levam à violação de direitos. Desse contexto se extraem, inevitavelmente, duas consequências principais que apresentam elevada gravidade, sendo elas: (a) a negação do caráter científico do Direito; e (b) a lesão ou negação a direitos fundamentais, enquanto aplicados à investigação preliminar realizada no inquérito policial.

A primeira das consequências é gravosa na medida em que a própria *segurança jurídica* – da qual depende a coesão do ordenamento (ÁVILA, 2016, p. 49) – deixa de existir com essa negação, desmoronando todo o arcabouço jurídico que garante a validade imperativa da norma.

Por outro lado, o prejuízo aos *direitos fundamentais do investigado* é mais visível do ponto de vista dos operadores atuantes na persecução penal. Ao longo da análise, tornou-se perceptível a *potencial lesão às garantias à ampla defesa e ao contraditório* caso persista a postura equivocada do senso comum teórico aplicada ao inquérito policial.

Em uma extensão mais grave, a própria *liberdade* do investigado fica comprometida com a negação de determinados direitos fundamentais, de modo a tornar nocivas tais posturas doutrinárias irrefletidas ou equivocadamente fundamentadas em argumentos metajurídicos, ou, ainda, sem qualquer fundamentação reflexiva que explique a sua opção.

Em suma, a ausência de criticismo e o acolhimento do senso comum teórico sem ressalvas produz efeitos que vão na contramão dos direitos fundamentais do investigado, e em última instância, na contramão da própria Constituição e do Estado Democrático de Direito.

## 5. CONCLUSÃO

No âmbito do quadro de deficiências incidentes sobre a compreensão do inquérito policial, é preciso repensar sua qualificação como instrumento *essencialmente* inquisitivo. A sua inserção no sistema jurídico-constitucional impede a completa sigilosidade de seus atos, bem como proíbe o desrespeito à ampla defesa e ao contraditório em seu desenvolvimento procedimental. E se tais características – sigilosidade como regra e inexistência de ampla defesa e contraditório – são próprias de um regime inquisitivo, há a necessidade de se proceder à reanálise da qualificação do inquérito como *procedimento* propriamente inquisitivo.

O inquérito, afinal, é um procedimento jurídico-administrativo indispensável, como regra, e dotado de sigilosidade e contraditório limitados, bem como de ampla defesa em seus vetores de defesa técnica e autodefesa. Mas, acima de tudo, e em razão dessas e de outras características que o conformam, é um procedimento que deve ser compreendido enquanto instrumento a serviço das garantias e direitos fundamentais, próprio da recepção da *instrumentalidade constitucional* do processo penal como paradigma que gerencia a sua instauração e operação:

Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção de direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional [...] Essa é a instrumentalidade constitucional que a nosso juízo funda a sua existência. (LOPES JR., 2016, p. 69-71).

É preciso que se amplie a visão para que se crie uma conexão entre a *negação ao senso comum teórico* (repetitivo, raso e ilógico), e a *compreensão do inquérito como um instrumento garantidor de direitos*. Não a mesma instrumentalidade do processo civil, mas uma instrumentalidade própria do processo penal, dirigida a garantir o direito à liberdade de locomoção através de negação de imputações

infundadas, e ao direito de não sofrer interferências indevidas do Estado em sua esfera pessoal.

Por fim, absolutamente não se pode – e nem se deve – concordar com o chavão de que “na prática é diferente”. Práxis que se desvincula dos padrões teóricos e constitucionais é prática equivocada, é prática anticientífica, coberta por atecnia e por isso incontrollável, no sentido da impossibilidade de previsão de seus resultados abusivos. Não estranhamente, a prática desvinculada da teoria é, quase sempre, ilegal, ilícita ou ilegítima. Daí a importância do caráter científico do Direito, sobretudo quando se fala no estudo do processo penal e de sua fase pré-processual.

*A importância do inquérito policial deve ser reconhecida*, e seu estudo não pode ser deixado à margem da ciência processual. Não compõe o inquérito de forma imediata a *persecutio criminis in iudicio*, mas é ele o instrumento que permite a boa continuidade desse mesmo processo, seja para oportunizar a condenação de um culpado, seja para eximir um inocente de uma acusação infundada. A partir dessas constatações iniciais, outros tantos equívocos em relação ao inquérito podem e devem ser discutidos, como a atual posição dos Tribunais Superiores sobre o não reconhecimento da extensão de nulidades da investigação à fase processual.

Novos horizontes podem ser construídos para o (re) conhecimento de um processo penal e de *um inquérito policial inserido no sistema constitucional de garantias*, compreendendo com clareza objetiva e precisão suas características e sua natureza jurídica perante a ordem constitucional vigente.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. *A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Elsevier Editora, 2014.

BEDIN, Gilmar Antônio. Ensino Jurídico: do senso comum teórico dos juristas ao reconhecimento da complexidade do mundo. *Revista Direito em Debate*. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. ano 9, n. 18, jul./dez. 2002.

BOUDENS, Luís Antônio. O inquérito policial é o símbolo da falência das nossas investigações. *Consultor Jurídico*. 11 nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-11/entrevista-luis-boudens-presidente-fenapef>. Acesso em: 4 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Inquérito policial é indispensável na persecução penal*. *Consultor Jurídico*. 01 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policial-indispensavel-persecucao-penal>. Acesso em: 29 abr 2023.

CORNÉLIO, Priscilla Guimarães. *A inquisição portuguesa e seus reflexos no Brasil Colonial no século XVI*. Universidade Federal de Alfenas, 2017.

DURIGON, Luís Gustavo; SILVA, Damiani Costa. A inquisição como instância formado do modelo processual penal atual. *Anais do XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul*. Universidade de Cruz Alta, 2015.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. São Paulo: Rosa dos Ventos, 1993.

- JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*. In Revista de Direito do Ministério Público do Estado de São Paulo n.º 4, Out-Nov/2000.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LUCHETTE, Felipe. Proibir advogado de acompanhar interrogatório torna a investigação nula. *Consultor Jurídico*. 15 jan. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-15/proibir-advogado-assistir-interrogatorio-torna-investigacao-nula>. Acesso em: 30 abr. 2023.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. Coimbra: Almedina, 2019.
- PINHEIRO FILHO, José Aranha. *Inquérito policial e processo penal: construção de um modelo probatório capaz de superar o legado inquisitorial*. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, Brasil, v. 14, n. 12, p. 398, maio/ago. 2023.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A doutrina precisa de

“Taxi Driver” e “Os Imperdoáveis”. *Consultor Jurídico*. 10 maio 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/diario-classe-doutrina-taxi-driver-imperdoaveis>. Acesso em: 15 maio 2023.

STRECK, Lenio. 2016: o ano da submissão final do Direito: só a vergonha nos libertará. *Consultor Jurídico*. 22 dez. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-22/senso-incomum-2016-ano-submissao-final-direito-vergonha-libertara>. Acesso em: 12 maio 2023.

STRECK, Lenio. *O que é isto – o senso incomum?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS E DECLARAÇÕES DE AUTORIA  
(integridade científica)

*Declaração de conflito de interesse:* A autoria confirma não haver conflitos de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria:* Todos e apenas os pesquisadores que atendem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são integralmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de originalidade:* A autoria assegura que o texto aqui publicado não foi previamente divulgado em qualquer outro local e que a futura republicação apenas será feita com expressa referência desta publicação original; também atesta(m) que não há plágio de material de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR (ABNT BRASIL):

GOTO, Caio Henrique de Mello. A investigação preliminar e o senso comum teórico. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS POLICIAIS**, Brasília, Brasil, v. 15, n. 1, p. 179-203, jan.-abr. 2024.



ESTA OBRA ESTÁ LICENCIADA COM UMA LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO - NÃOCOMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL.