

# INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL: NOTAS CRÍTICAS

CLEOPAS ISAÍAS SANTOS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O monopólio estatal do poder punitivo, aliado à não auto-aplicabilidade do direito penal (dependente, em princípio, do processo para se materializar), exige, de maneira quase imprescindível, outra atividade pública vocacionada a possibilitar a aplicação da pena: a persecução criminal.

Com efeito, a prática de um fato delituoso gera para o Estado, ao menos como regra, o dever de punir o autor de um tal crime. Essa obrigatoriedade, segundo Roxin<sup>2</sup>, surgiu também como forma de garantir que os órgãos responsáveis pela persecução criminal, componentes do Executivo, e por isso mesmo vistos com desconfiança, agiriam sem distinção das pessoas envolvidas, possibilitando, assim, um tratamento igualitário e efetivo dos casos penais.

A aplicação da pena pressupõe, portanto, quase sempre, a existência de um processo, em decorrência mesmo dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Como se sabe, no Brasil, o processo tem início com a propositura da ação penal pelo órgão acusador, o qual normalmente se baseia em investigação prévia.

---

1 Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Professor Concursado de Processo Penal da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA. Professor da Academia de Polícia Civil do Maranhão. Delegado de Polícia.

2 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 89.

Essa investigação, que no Brasil pode ser realizada por diversas instituições, tem como função primária e quase que genética, embora não exclusivamente, a descoberta de elementos mínimos que possibilitem a propositura da ação penal respectiva. Ou seja, a investigação preliminar deve ser o substrato natural para a formação da justa causa para a inicial acusatória. É a investigação, portanto, o berço natural do lastro probatório mínimo capaz de desencadear, de maneira legítima, a ação penal.

Desse modo, o Estado desenvolve a persecução criminal em dois momentos distintos: no curso do processo e antes do processo. Como dito acima, a persecução prévia ao processo é a investigação criminal, a qual pode ser realizada por diversas instituições, entre as quais, a Polícia Civil e a Polícia Federal (doravante apenas polícia investigativa ou judiciária<sup>3</sup>), responsáveis pela imensa maioria das investigações realizadas no País.

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

Neste trabalho, nosso interesse cognitivo será voltado apenas ao inquérito policial, mais precisamente à sua instauração. O objetivo deste estudo, portanto, é analisar, de maneira crítica, a forma como tradicionalmente a doutrina tem tratado o tema, bem como lançar novas luzes sobre ele, em seus variados tons.

---

3 Não se desconhece a distinção que parte da doutrina estabelece entre polícia judiciária e polícia investigativa, mas, por opção metodológica, essas expressões serão utilizadas indistintamente neste estudo.

## 2. JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL

A instauração de um inquérito policial sempre poderá repercutir nos direitos fundamentais do investigado, o que, por si só, já exige uma justificação racional. Nesse sentido é a preocupação de Renato Marcão, principalmente com a forma que a honra do investigado pode ser afetada, ao afirmar que “A honra ofendida aniquila vibrações positivas e estímulos produtivos, levando o indivíduo à apatia e profundo grau de melancolia; comprime a alma e o coração; inibe momentos de felicidade”<sup>4</sup>.

Ou, de outro modo, a persecução criminal preliminar exige justa causa, aqui compreendida como a *causa necessária e suficiente para desencadear legitimamente um procedimento penal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado*.

Isso se dá porque, não só o inquérito policial, mas todo o sistema processual penal deve ser visto sob a lupa dos direitos fundamentais, tendo em conta especialmente o fato de que, nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou *filtragem das normas constitucionais*<sup>5</sup> e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos<sup>6</sup>.

---

4 MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.

5 Expressão de SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, nº 24. Curitiba: Unibrazil, 2005, passim.

6 SANTOS, Cleopas Isaías. A Nova Sistemática da Prisão em Flagrante. In: \_\_\_\_; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de Polícia em Ação: teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 231-341.

Considerando que o inquérito policial somente pode ser instaurado de duas formas, quais sejam, portaria ou auto de prisão em flagrante, como será visto em seguida; considerando ainda que estes atos inaugurais restringem, de maneira diversa, os direitos fundamentais do imputado; considerando, por fim, que, no curso de uma investigação criminal, só se podem alcançar os juízos de possibilidade e de probabilidade, vez que o juízo de certeza pressupõe cognição profunda, alcançável somente no curso do processo<sup>7</sup>, com a produção probatória em contraditório e garantida a legítima defesa, faz-se necessário analisar, de maneira separada, a justa causa para a instauração do inquérito mediante portaria e mediante auto de prisão em flagrante.

## **2.1 JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL POR PORTARIA**

É consenso no discurso jurídico, doutrinário e jurisprudencial, que, para a instauração de um inquérito policial, é suficiente a possibilidade da prática de um crime, traduzida pela aparência do cometimento de um fato típico. Contudo, poderíamos considerar esse apenas como um pressuposto positivo para a sua instauração, e, ainda assim, com algumas particularidades, que serão aqui investigadas.

Há ainda um pressuposto negativo, que é a inexistência de causas extintivas ou excludentes da punibilidade, a exemplo da prescrição, da morte do agente ou mesmo das chamadas escusas absolutórias, previstas no art. 181 do CP. É o que poderíamos chamar simplesmente de punibilidade concreta. Não há qualquer razão, lógica ou jurídica, para que um inquérito policial seja instaurado quando não houver a concreta possibilidade de punição.

---

<sup>7</sup> Sobre a cognição na investigação preliminar, cf. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172 e ss.

Portanto, para que um inquérito seja instaurado por portaria, exige-se a *possibilidade* da prática de crime, bem como a inexistência de causas extintivas ou excludentes da punibilidade.

O desconhecimento da autoria, por óbvio, não obsta a instauração de inquérito, até porque uma das suas finalidades é exatamente sua descoberta.

Um caso particular e que merece atenção especial é a possibilidade de o Delegado de Polícia aplicar o princípio da insignificância, deixando, portanto, de instaurar o respectivo inquérito.

A doutrina majoritária ainda é no sentido negativo, ou seja, que não caberia à autoridade policial a análise desse princípio<sup>8</sup>, por entender que somente o Ministério Público e o juiz poderiam fazê-lo. Tal entendimento, contudo, parece-nos equivocado.

Por mais que tenhamos que admitir o limite da análise feita pelo delegado, no momento da instauração do inquérito, à tipicidade, como deseja a maioria, não poderíamos nos limitar à tipicidade formal, ou seja, à simples e pura descrição de uma conduta pela lei. Como será visto no tópico seguinte, devemos compreender a tipicidade também no seu âmbito material, na qual se localiza a ofensividade significativa do bem jurídico.

Também é sabido que o Direito Penal só deve se preocupar com os bens jurídicos mais relevantes em uma sociedade. Mais que isso. Somente com a significativa ofensa a tais bens jurídicos. Isso traduz o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, com sua origem liberal.

Muitas vezes, porém, um bem jurídico, mesmo possuindo dignidade e necessidade penal, é afetado minimamente. Ou,

---

8 Por todos, cf. NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao código de processo penal*. v. I (Arts. 1º ao 90). Bauru: Edipro, 2002, p. 189-190.

de outro modo: a dignidade e a necessidade penal são condições necessárias, porém, não suficientes, para a punição, de tal forma que não seria legítima, por questões de política criminal, a atuação da máquina estatal em tais casos. Ao menos não através dos mecanismos formais de controle social, através da persecução penal completa.

O princípio da insignificância atuaria, desse modo, como controle processual do caráter fragmentário do Direito Penal<sup>9</sup>, impedindo a persecução criminal para apurar condutas que afetem minimamente bens jurídicos.

Portanto, entendemos plenamente possível e coerente com o papel constitucional exercido pelo Delegado de Polícia, que ele deixe de instaurar inquérito policial por condutas insignificantes. Obviamente que deve fazê-lo de forma fundamentada e sempre submetida ao controle do Ministério Público<sup>10</sup>.

Por outro lado, não nos parece haver espaço para a análise, no momento da instauração, por portaria, do inquérito policial, da incidência de causas excludentes da antijuridicidade nem da culpabilidade. A análise feita neste âmbito deve limitar-se, como dito acima, à tipicidade e à inexistência de causas extintivas ou excludentes da punibilidade.

---

9 Expressão tomada de empréstimo de LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 197.

10 Por todos, cf. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014, p. 191; MACHADO, Leonardo Marcondes. Flagrante de Bagatela: considerações sobre a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Temas atuais de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 226 e ss.

## 2.2 JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL POR AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE<sup>11</sup>

No caso da lavratura do auto de prisão em flagrante, tendo em conta que ela implica restrição ao direito fundamental à liberdade do imputado, bem como que uma tal restrição ocorre, de forma excepcional no nosso sistema, independente de ordem judicial, a exigência é maior no caso da portaria.

Enquanto para a instauração de inquérito por portaria se exige, como visto, apenas a *possibilidade* da prática de crime, bem como a inexistência de causas extintivas de punibilidade, a lavratura do auto de prisão em flagrante exige a *probabilidade* do cometimento do crime e, de igual modo, que não haja causa extintiva da punibilidade. Isso porque a justa causa para a lavratura do auto de prisão em flagrante é a mesma exigida para o indiciamento.

Por esta razão é que uma das mais importantes questões no que tange aos atos administrativos praticados pelo Delegado de Polícia, entre os quais a lavratura de um auto de prisão em flagrante, é saber se os mesmos devem ser motivados ou não.

Embora sem previsão no Código de Processo Penal, entendemos que o Delegado de Polícia tem o dever constitucional e legal de fundamentar sua decisão de formalizar a prisão em flagrante de alguém, indicando a justa causa, a hipótese flagranacial ocorrida e justificando as razões que o levaram a tipificar a conduta como sendo este ou aquele crime<sup>12</sup>.

11 Um aprofundamento do tema pode ser encontrado em SANTOS, Cleopas Isaías. *A Nova Sistemática da Prisão em Flagrante*. In: \_\_\_\_; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de Polícia em Ação: teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 317 e ss.

12 Para LIMA, Marcellus Polastri. *Comentários sob a perspectiva brasileira referente ao capítulo II*. In: AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 144, não há necessidade de o Delegado de Polícia fazer constar, na nota de culpa, “o dispositivo penal em que se enquadra o agente”.

Em verdade, não só a formalização da prisão em flagrante, mas “toda e qualquer decisão administrativa deve ser acompanhada de um ‘porquê’ claramente indicado”, como bem observou Marçal Justen Filho<sup>13</sup>.

No âmbito constitucional, esta obrigatoriedade decorre, primeiramente, da regra da liberdade (art. 5º, caput, e incs. XV e LXI, da CF), bem como da exigência de fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, incs. IX e X, da CF). Desse modo, as decisões que restrinjam, ou possam restringir, direitos fundamentais do imputado, devem ser fundamentadas.

Na lição de Bandeira de Mello<sup>14</sup>, “[...] se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado artigo 93), *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, estabelece que “*Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela*” (art. 7º, 4).

Já no que se refere ao aspecto legal, temos a previsão, inicialmente, da Lei nº 4.717/1965 (Ação Popular), a qual afirma que serão nulos os atos lesivos ao patrimônio de alguma das entidades previstas no art. 1º, entre as quais, a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, em decorrência de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade (art. 2º).

---

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 320.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 406.

Para evitar dúvidas, a própria lei resolveu dizer o que se deve entender por cada uma dessas hipóteses. No caso de maior interesse cognitivo neste tópico, inexistência de motivos, o parágrafo único, alínea *d*, do art. 2º da referida lei, proclama que os motivos serão considerados inexistentes “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Interpretando esse dispositivo (art. 2º), Carlos Horbach conclui que o legislador da Ação Popular, ao estabelecer as causas de nulidade, firma os “requisitos de validade do ato administrativo no ordenamento jurídico pátrio”<sup>15</sup>.

Ainda no âmbito legal, e de forma mais enfática, a Lei nº 9.784/1999 (art. 50, inc. I), impõe à Administração Pública o dever de motivar os seus atos, indicando os fatos e fundamentos jurídicos quando “*nequem, limitem ou afetem direitos ou interesses*”, entre tantas outras razões.

Ora, a formalização de uma prisão em flagrante amolda-se perfeitamente na última hipótese, vez que se trata de uma restrição à liberdade de locomoção do indivíduo. Deve, pois, ser fundamentada.

Nas lições de Bandeira de Mello, a motivação deve conter: “(a) a regra de Direito habilitante; (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente (c) a *enunciação da pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado”<sup>16</sup>. Esses elementos devem ser expostos de forma *explicita, clara e congruente* (art. 50, § 1º da Lei 9.784/1999).

---

15 HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2010, p. 226

16 Id. *Ibid.*, p. 404.

A *inexistência de motivação* de um ato administrativo, tanto no que tange a sua existência material e legal, segundo Cirne Lima<sup>17</sup>, o qual acompanha Roger Bonnard, é uma *causa material de nulidade*.

No caso específico das nulidades na investigação preliminar, aplica-se o *princípio da extensibilidade jurisdicional*, o qual, nas palavras de Ricardo Gloeckner<sup>18</sup>, “torna passível de controle de validade aquele ato praticado em investigação preliminar e cujo ingresso no processo, por acompanhar a denúncia, se jurisdicionaliza”. Este princípio foi expressamente introduzido no sistema processual penal pátrio, através da Lei nº 13.245/2016, a qual alterou o Estatuto da OAB e estabeleceu que a falta de assistência do advogado ao cliente pode gerar nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento realizados na fase de investigação, bem como de quaisquer outros atos deles decorrentes (art. 7º, inc. XXI, da Lei nº 9.906/94). Não é, contudo, o posicionamento dos discursos doutrinário e jurisprudencial pátrios dominantes.

Seria o caso de se reconhecer, também na lavratura do auto de prisão em flagrante, como ato administrativo que é, o atributo da presunção de legalidade? Sim, porém, esta presunção deve ser considerada, irremediavelmente, relativa. Nesta senda, uma vez mais, os direitos fundamentais do investigado devem servir de parâmetro para esta análise.

Com razão, seria ilógico sustentar-se que a liberdade, que é a regra no nosso sistema constitucional, pudesse ceder, sendo restringida, a uma presunção. Somente quando justificada, e exclusivamente nas hipóteses constitucionais e legais, a liberdade de locomoção poder ser limitada.

---

17 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 256.

18 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 564.

Ademais, a fundamentação dos atos restritivos de direitos fundamentais servem, a um só tempo, como justificativa e como meio de controle da legalidade do ato praticado. Como ensina Ferrajoli<sup>19</sup>, “[...] a motivação permite a fundação e o controle das decisões, seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexo entre convencimento e provas”.

Ou seja, em um Estado Constitucional, o imputado tem o direito de conhecer as razões que levam o Delegado de Polícia a formalizar sua prisão. Este conhecimento é o pressuposto básico para o citado controle da legalidade do ato, enfim, para pôr à prova os próprios argumentos estatais para seus atos.

Além disso, até a regulamentação da audiência de custódia, nos casos de prisão em flagrante, o respectivo auto era o principal, senão o único, parâmetro para a tomada de decisão do juiz sobre que medida adotar: relaxamento da prisão; liberdade provisória, com ou sem fiança; decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão; ou, em último caso, decretação da prisão preventiva. Agora a audiência de custódia passa a complementar o auto de prisão em flagrante na formação da convicção do juiz acerca das medidas a serem tomadas.

Por fim, com a publicação da recente Lei nº 12.830/2013, a qual versa sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, resta indubitável a necessidade de fundamentação da justa causa da prisão em flagrante. De acordo com o art. 2º, § 6º da referida lei, *"o indiciamento, privativo do Delegado de Polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias"*.

---

19 FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. 9ª Ed. Bari: Editori Laterza, 2008, p. 640. No original: “Precisamente, la motivazione consente la fondazione e il controllo delle decisioni sia in diritto, per violazione di legge o difetti d’interpretazione o sussunzione, sia di fatto, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicazione del nesso tra convincimento e prove”.

Ora, na formalização da prisão em flagrante, o indiciamento se dá no exato momento da lavratura do respectivo auto. Portanto, sua fundamentação é imperativo legal.

Por tudo isso, entendemos que o Delegado de Polícia está obrigado a fundamentar sua decisão em autuar alguém em flagrante, indicando, inclusive, as razões que o levaram a subsumir a conduta praticada em um ou em outro tipo penal.

Esta fundamentação deve ser compreendida como o *substrato inaugural para o futuro regular exercício do contraditório e da ampla defesa*.

Por tudo o que se disse neste tópico, constata-se que há um incremento na exigência da justa causa para a lavratura do auto de prisão em flagrante, razão pela qual entendemos que o Delegado de Polícia deve analisar e levar em conta, além da tipicidade e da inexistência de causas extintivas ou excludentes da punibilidade, também a antijuridicidade e suas excludentes.

A maior parte da doutrina nacional, como já referido, manifesta-se no sentido de que a análise do Delegado de Polícia sobre um fato aparentemente criminoso deve limitar-se à tipicidade. Mas os que assim pensam, referem-se exclusivamente à chamada *tipicidade formal*, ou seja, à mera descrição da conduta em um tipo penal. Esta visão nos parece, contudo, bastante estreita.

Com efeito, sabe-se que a previsão legal de uma conduta criminosa é apenas o primeiro estágio da análise da configuração de um crime. Mas não é suficiente. Há muito a doutrina assentou o entendimento de que, além da tipicidade formal, também é necessário que haja ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, que se configure a tipicidade material.

Desse modo, sempre que a conduta, embora típica formalmente, tiver sido praticada sob o manto de uma causa excludente de tipicidade, como a coação física irresistível, os movimentos reflexos e, a mais comumente verificável, a insignificância da ofensa, a autoridade policial não formalizará a prisão em flagrante, sob pena de ilegalidade e conseqüente responsabilização.

O mesmo deve-se dizer quando se tratar de causa excludente de ilicitude. Porém, lamentavelmente a Lei nº 12.403/2011 não previu a possibilidade de o Delegado de Polícia deixar de formalizar a prisão do agente que, mesmo tendo sido capturado em situação de flagrância, agiu, de forma inequívoca, acobertado por uma causa excludente de ilicitude, como está previsto expressamente no Substitutivo do PLS/156, o qual busca reformar inteiramente o Código de Processo Penal.

Como efeito, uma das maiores e mais eficazes novidades, em matéria de prisão, trazidas pelo Substitutivo (§ 6º do art. 552), em completa harmonia e coerência com a proteção dos direitos fundamentais do imputado, especialmente o de liberdade, é a possibilidade de a autoridade policial deixar de formalizar a prisão em flagrante, em despacho fundamentado quando vislumbrar qualquer causa justificante ou de exclusão da antijuridicidade.

A Comissão que elaborou o anteprojeto, acertadamente, reconhece que o Delegado de Polícia, assim como o membro do Ministério Público e o juiz, tem formação jurídica e plena capacidade de avaliar a existência dessas situações. Nunca foi razoável, aliás, o argumento daqueles que defendiam que a autoridade policial só deveria fazer o juízo de tipicidade, devendo, pois, prender em flagrante mesmo quando estivesse presente uma causa excludente da ilicitude. Além disso, se a presença de alguma dessas causas é suficiente para a não-propositura da ação penal, por falta

de justa causa<sup>20</sup>, ou para o seu não recebimento pelo juiz, ou ainda, para a absolvição sumária do réu, também não é justificável que se formalize a prisão em flagrante. Isso não impede, contudo, que o Delegado de Polícia tome todas as providências necessárias à investigação do fato, como o próprio parágrafo sexto dispõe, instaurando o respectivo inquérito policial, mediante portaria.

Mesmo no estado atual da arte, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, já é defensável a não-obrigatoriedade da lavratura do auto de prisão em flagrante, pela autoridade policial, quando o autor de um fato típico formalmente praticá-lo em uma das causas excludentes da antijuridicidade, a partir da interpretação sistemática dos arts. 310, par. único e 314, ambos do CPP.

Além disso, no âmbito doutrinário, também é defensável a mesma tese, a partir da teoria da tipicidade conglobante de Raul Zaffaroni, da teoria dos elementos negativos do tipo ou mesmo da imputação objetiva. Tomemos como parâmetro de análise o exercício regular de direito ou o estrito cumprimento de um dever legal a partir da tipicidade conglobante, para limitarmos-nos apenas a esta.

Segundo Raul Zaffaroni, a tipicidade penal não pode ser reduzida à descrição legal de uma conduta (tipicidade formal). É necessário ainda que exista uma tipicidade conglobante, que reúna lesividade ou ofensa a bem jurídico e antinormatividade<sup>21</sup>.

---

20 Corroborando este posicionamento, Aury Lopes Jr. professora que “a justa causa não está apenas para condicionar a ação penal, mas também deve ser considerada quando do decreto de uma prisão cautelar e mesmo de uma sentença penal condenatória no caso concreto”. LOPES JR., Aury. (Re)pensando as Condições da Ação Processual Penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 297. No mesmo sentido, e tratando com profundidade da matéria, cf. ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

21 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*.

Este último elemento é o que desperta maior interesse cognitivo para esta análise.

Alicerçado no princípio da coerência ou da não-contradição do sistema jurídico, decorrente do princípio republicano, o autor argentino argumenta, com acerto, que o Estado não tem legitimidade para punir uma conduta que seja permitida pelo ordenamento jurídico não-penal, e menos ainda que seja por ele fomentada. Admitir o contrário seria tão irracional quanto permitir que se faça o que é proibido<sup>22</sup>.

Desta forma, não seria razoável se admitir a formalização da prisão em flagrante de alguém que atua no regular exercício de um direito, sendo, portanto, uma conduta normativa ou permitida pelo ordenamento, nem tampouco no cumprimento estrito de um dever legal. Veja-se que nesta última hipótese, mais que um direito, que pode ser exercido ou não, o cidadão tem um dever imposto pela lei, o que lhe obriga a agir, sob pena de cometer algum crime, ou através de alguma conduta descrita diretamente em um dos tipos legais, como o de prevaricação, ou através da norma de extensão do art. 13, § 2º, a do CP, o chamado crime comissivo por omissão. Portanto, nestes casos, as condutas mostram-se como atípicas.

Não por outra razão que a autoridade policial deixa de prender em flagrante, por exemplo, os agentes de polícia que cumprem um mandado de prisão, cerceando a liberdade de alguém, ou que realizam busca e apreensão, devidamente autorizados judicialmente, em uma residência. Do mesmo modo que não se determina a prisão de um médico que realiza uma cirurgia, segundo a *leges artis*, provocando lesões corporais no paciente, mesmo que estas condutas estejam descritas em um tipo penal incriminador, como de fato estão. E mais, nem o Ministério Público,

---

Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 484 e ss.

22 Id. Ibid. p. 485.

nem tampouco o Judiciário questionam a omissão do Delegado de Polícia, bradando sobre a necessidade de prisão daqueles agentes públicos, para depois demonstrarem, no curso de um processo, que aturam em estrito cumprimento de um dever legal<sup>23</sup>.

O ideal é que o mesmo raciocínio seja igualmente aplicado quando se tratar de excludente de culpabilidade. Mas devemos deixar claro que nem sempre será tão evidente a configuração, por exemplo, de uma inexibibilidade de conduta diversa. Além disso, quando se tratar de inimputabilidade (não etária), o mais adequado nos parece o imediato encaminhamento do conduzido à presença do juiz, para a audiência de custódia, oportunidade em que poderá ser decretada sua internação provisória. Isso porque, neste caso, poderá haver a aplicação de medida de segurança. E, para isso, o processo é necessário.

Está em consonância com esse entendimento o teor das Súmulas nº 6 e 8, aprovadas no I *Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal*, realizado na Academia de Polícia Coriolano Nogueira Cobra, em 26 de setembro de 2013, com a participação de Delegados da Polícia Civil do Estado de São Paulo e da Polícia Federal:

*Súmula nº 6. É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.*

*Súmula nº 8. Constitui poder-dever do Delegado de Polícia reconhecer eventual causa de exclusão de ilicitude e,*

---

<sup>23</sup> De forma semelhante, embora posteriormente, e sem fazer referência, cf. MACIEL, Silvio. Art. 310. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Orgs.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: RT, 2011, p. 136-138.

*fundamentadamente, abster-se de elaborar auto de prisão em flagrante delito em desfavor do indivíduo autor do fato meramente típico, sem prejuízo da imediata instauração de inquérito policial.*

Reforçando esse entendimento, o 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizado nos dias 17 e 18 de novembro de 2014, editou os seguintes Enunciados:

*Enunciado nº 10: O Delegado de Polícia pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.*

*Enunciado nº 11: O Delegado de Polícia, no exame fático-jurídico do estado flagrancial, pode, mediante decisão fundamentada, afastar a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante do reconhecimento de causa excludente de ilicitude, sem prejuízo de eventual controle externo.*

*Enunciado nº 12: O Delegado de Polícia poderá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, através de decisão fundamentada, se reconhecer a existência manifesta de uma causa de exclusão da culpabilidade, sem prejuízo de eventual controle externo.*

### **3. COGNIÇÃO DELITIVA**

Como dito acima e será detalhado no próximo tópico, ao contrário do que defende a doutrina majoritária, o ato inaugural do inquérito policial não depende da forma pela qual o Delegado de Polícia toma conhecimento da prática de um crime. Contudo, a cognição do crime é importante para a instauração do inquérito e se relaciona estreitamente com ela, afinal, é a forma como a autoridade policial toma conhecimento da prática de uma infração penal.

Nesse sentido, o Delegado de Polícia pode conhecer da prática de um crime de três formas básicas, a saber: a) cognição imediata ou informal; b) cognição mediata ou formal; e c) cognição coercitiva.

### **3.1 COGNIÇÃO IMEDIATA, ESPONTÂNEA OU INFORMAL**

A *notitia criminis* será imediata quando a autoridade policial tomar conhecimento da infração independente de provocação formal, ou seja, através do desempenho rotineiro de suas atividades. Por isso diz-se espontânea.

No desempenho de suas atividades, o Delegado de Polícia pode ficar sabendo da prática de uma infração penal de diversas formas: a) registro de boletim de ocorrência; b) *delatio criminis*, feita por qualquer do povo (art. 5º, § 3º, do CPP), podendo ser verbal ou escrita; c) noticiário na imprensa televisiva, radiofônica, jornalística ou através das mídias sociais; d) relatórios policiais, normalmente feitos em cumprimento a ordens de missão expedidas pelo Delegado de Polícia; e) delação apócrifa; f) encontro fortuito de crimes, também conhecido por serendipidade, principalmente nos casos de confissão do investigado, interceptações telefônicas e buscas e apreensões; g) comunicação obrigatória de crimes de ação penal pública incondicionada, nas hipóteses do art. 66 da Lei das Contravenções Penais; h) encontro do corpo de delito, como no caso de achado de cadáver; i) infiltração policial; j) colaboração premiada.

Nestes casos, tratando-se de crimes de ação penal pública incondicionada, o Delegado de Polícia deverá instaurar inquérito independente de qualquer provocação, mediante portaria. Se se tratar de crime de ação penal pública condicionada, a instauração do respectivo inquérito dependerá da representação do ofendido (art. 5º, § 4º, do CPP) ou da requisição do Ministro da

Justiça. De igual modo, tratando-se de crime de ação penal privada, o inquérito somente poderá ser instaurado se o ofendido ou seu representante legal assim o desejar (art. 5º, § 5º, do CPP).

A *denúncia anônima*, embora regulamentada recentemente pela Lei nº 13.608/2018, a qual dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações policiais, o chamado *Disque Denúncia*, não pode, por si só ensejar a instauração de um inquérito policial, conforme jurisprudência sedimentada nos tribunais de sobreposição.

Havendo delação apócrifa, deve o Delegado de Polícia instaurar primeiramente uma VPI – Verificação Preliminar de Informações ou Verificação de Procedência das Informações, com base no art. 5º, § 3º, do CPP<sup>24</sup>. Somente após essa investigação preliminar, e havendo justa causa, deverá o inquérito ser instaurado.

Em sentido contrário ao posicionamento aqui sustentado, posiciona-se Fauzi Hassan, para quem, “[...] admitir investigações ‘prévias’, as quais não possuem qualquer fundamento e regramento legal, pode acarretar sérios riscos à legalidade estrita que norteia o processo penal, ainda que bem intencionada sua finalidade”.

Contudo, como visto acima, uma tal verificação preliminar da delação apócrifa encontra fundamento normativo no art. 5º, § 3º, do CPP e se justifica também por ser um mecanismo coibidor de perseguições, evitando, desse modo, a prática de denúncia caluniosa, e, caso não seja possível evitá-la, ao menos resta a possibilidade de responsabilização, cível e penal, do agente, tudo pautado na proibição constitucional do anonimato.

Também não nos parece defensável o argumento segundo o qual a Verificação Preliminar de Informação estaria imune ao

---

24 No mesmo sentido, cf. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. São Paulo: RT, 2014, p. 190-191.

controle externo do Ministério Público, já que o próprio Delegado de Polícia poderia arquivá-lo diretamente, uma vez que o art. 28 do CPP é expresso ao exigir que o arquivamento, não só do inquérito policial, mas de *quaisquer peças de informação* seja controlável pelo Ministério Público e pelo Judiciário.

### 3.2 COGNIÇÃO MEDIATA, PROVOCADA OU FORMAL

Sempre que a autoridade policial for expressamente instada a instaurar inquérito policial, teremos aquilo que se conveniou chamar de cognição formal, provocada ou mediata.

São exemplos de cognição formal: a) requisição da autoridade judiciária; b) requisição do membro do Ministério Público; c) requisição do Ministro da Justiça, nos casos de ação penal pública condicionada; d) representação do ofendido ou do seu representante legal, nos casos de ação penal pública condicionada; e) requerimento do ofendido ou de seu representante legal, nas hipóteses de crimes de ação penal privada; f) determinações das autoridades superiores aos delegados, como Delegados Regionais, Superintendentes, Delegado Geral e Secretário de Segurança Pública, no caso das Polícias Civis estaduais; e, no âmbito da Polícia Federal, como é o caso dos Superintendentes da Polícia Federal nos Estados e no Distrito Federal, e do Ministro da Justiça.

Apesar da previsão legal do poder requisitório do juiz, neste particular, parece-nos que o mais correto e coerente com o sistema acusatório é o juiz encaminhar qualquer *notitia criminis* que lhe chegar ao Ministério Público para que este requirite a instauração de inquérito policial, aplicando-se o art. 40 do CPP. Com efeito, segundo Badaró<sup>25</sup>,

---

25 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. São Paulo: RT, 2015, p. 121. No mesmo sentido, cf. MACHADO, Antonio Alberto. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99; e LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado.

*Não é possível considerar recepcionada pela nova ordem constitucional o art. 5º, caput, II, do CPP, na parte em que prevê a possibilidade de o juiz, ex officio, requisitar a instauração de inquérito policial, mormente diante da regra do art. 83 do CPP, prevendo que esse juiz, se decidir alguma medida cautelar, ficará vinculado, por prevenção, para julgar a ação penal. A imparcialidade do juiz é evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento. Como ainda não há imputação formulada, ao requisitar a instauração do inquérito policial o magistrado acaba por exercer funções típicas do titular da ação penal, violando a essência do sistema acusatório, consistente na separação das funções de julgar, acusar e defender, confiadas a sujeitos distintos.*

Em outro sentido, Dezem<sup>26</sup> assevera que

*Com o devido respeito, parece-nos que o sistema acusatório não é ferido com a possibilidade de o magistrado requisitar a instauração de inquérito policial. Longe disso, trata-se de ação que visa possibilitar maiores esclarecimentos sobre aquilo que, em tese, possa ser visto como crime.*

*O problema se dá quando o sistema permite que este mesmo juiz que tenha requisitado a instauração de inquérito policial possa julgar o processo que se originou de sua requisição.*

*Aí sim temos violação do sistema acusatório. O juiz que requisitou a instauração do inquérito policial não pode julgar os processos que se originaram desta requisição.*

*Portanto entendemos que não viola o sistema acusatório a possibilidade de o juiz requisitar a instauração de inquérito policial, desde que este mesmo juiz seja impedido de julgar processos que se originem de sua requisição.*

---

Salvador: Juspodivm, 2017, p. 70-71.

26 DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: RT, 2018, p. 184; e CAMPOS, Walfredo Cunha. Curso completo de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 133.

A doutrina majoritária entende que o delegado de polícia é obrigado a instaurar inquérito quando houver requisição do Ministério Público, uma vez que se trata de ordem, mandamento, e não de pedido ou requerimento. Contudo, este não parece o melhor entendimento. Não se discute a natureza de uma requisição do Ministério Público. Obviamente que se trata de uma ordem. Porém, mesmo uma ordem encontra limites na legalidade, na convencionalidade e na constitucionalidade. Por não ser o objeto deste trabalho, não discorreremos sobre a análise, pela autoridade policial, da convencionalidade e constitucionalidade dos atos administrativos e das leis. Mas não se pode admitir que haja obrigatoriedade de instauração de inquérito diante de uma requisição ilegal ou sem justa causa. Imagine-se, por exemplo, que o membro do Ministério Público requisiute a instauração de inquérito para a apuração de fato evidentemente atípico, ou que já tenha sido alcançado pela prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade.

É de se observar que, em todos estes casos, a autoridade policial apenas toma conhecimento através de uma comunicação formal. Mas nenhuma dessas formas é ato inaugural do inquérito policial.

Nas hipóteses de requisição do Ministro da Justiça, de representação do ofendido ou de requerimento do ofendido, o inquérito policial não poderá ser instaurado sem esses atos, os quais são verdadeiras condições objetivas de procedibilidade, não só para a propositura da ação penal, mas também para a instauração do inquérito, como se vê no art. 5º, §§ 4º (este aplicável, por analogia, à requisição do Ministro da Justiça<sup>27</sup>) e 5º, do CPP.

---

27 No mesmo sentido, SOUZA, José Barcelos de. Teoria e prática da ação penal. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 53; MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 91; MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2017, 152-153; e FREITAS, Jayme Walmer de; SILVA, Marco Antonio Marques da. Código de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

### 3.3 COGNIÇÃO COERCITIVA

Por fim, o Delegado de Polícia também poderá tomar conhecimento da prática de um crime pela prisão em flagrante do agente, razão pela qual se diz coercitiva essa cognição.

Entendendo, após análise técnico-jurídica, haver justa causa para a formalização da prisão em flagrante, e tratando-se de crime de ação pública incondicionada, deverá fazê-lo a autoridade policial.

Porém, se se tratar de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de ação penal privada, a formalização da prisão em flagrante dependerá da manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal.

## 4 ATOS INSTAURADORES

Segundo a quase totalidade da doutrina nacional, o inquérito policial pode ser instaurado de seis formas: a) de ofício (art. 5º, I, do CPP), nas hipóteses dos crimes de ação penal pública incondicionada; b) mediante representação (art. 5º, § 4º, do CPP), nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido; c) mediante requisição do Ministro da Justiça (art. 145, par. único, do CPP), nos crimes de ação penal pública condicionada à autorização do Ministro da Justiça; d) mediante requerimento do ofendido (art. 5º, II e § 5º, do CPP), no caso de ação penal privada; e) mediante requisição de membro do Poder Judiciário e do Ministério Público (art. 5º, II, do CPP), em qualquer crime, inclusive nas hipóteses de ação penal pública condicionada e ação penal privada, desde que satisfeitas as condições objetivas de procedibilidade; f) mediante auto de prisão em flagrante (art. 8º, do CPP). Apesar dessa predominância, este não nos parece o melhor posicionamento.

Com efeito, se somente o Delegado de Polícia pode presidir o inquérito policial (art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/2013), por óbvio, apenas um ato do Delegado pode instaurá-lo. Portanto, o auto de prisão em flagrante é, sem dúvida, forma de instauração de inquérito policial, vez que presidido pela autoridade policial.

Porém, a representação, a requisição do Ministro da Justiça e o requerimento do ofendido são apenas condições objetivas de procedibilidade, sem as quais o Estado não pode iniciar a persecução criminal.

A requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público configura uma ordem para a instauração do inquérito. E se é ordem, ela não pode ser a forma instauradora. Seria um contrassenso afirmar que a ordem de um juiz ou promotor para que o Delegado de Polícia instaure inquérito policial é, ao mesmo tempo, sua peça inaugural.

Também não parece acertada a doutrina segundo a qual, nestas hipóteses, a autoridade policial deve fazer um simples despacho, na própria requisição, determinando as providências a serem realizadas pelo escrivão<sup>28</sup>.

A doutrina que assim entende, confunde aquilo que provoca uma investigação com o que a inaugura (ato administrativo instaurador).

O critério determinante para se saber a forma de instauração do inquérito policial não é a cognição do delito, como a maioria entende, mas a liberdade ou a prisão em flagrante do investigado.

---

28 Neste sentido, cf. BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61; e NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao código de processo penal*. v. I (Arts. 1º ao 90). Bauru: Edipro, 2002, p. 200.

Em verdade, o inquérito policial só pode ser instaurado de duas formas<sup>29</sup>, ambas a serem realizadas pelo Delegado de Polícia: a) mediante portaria, em todas as hipóteses em que não houver prisão em flagrante, atendidas as condições objetivas de procedibilidade, claro; e b) mediante auto de prisão em flagrante, quando esta for formalizada. Vejamo-las.

#### 4.1 PORTARIA

A portaria é o documento hábil a inaugurar uma sindicância, como é o caso do inquérito policial. Segundo Diógenes Gasparini, portaria “é a fórmula pela qual as autoridades de qualquer escalão de comando, desde que inferiores ao Chefe do Executivo, expedem orientações gerais ou especiais aos respectivos subordinados ou designam servidores para o desempenho de certas funções ou, ainda, determinam a abertura de sindicância ou inquérito administrativo”<sup>30</sup>.

No mesmo sentido é a previsão da Lei paulista nº 10.177/1998, a qual versa sobre o processo administrativo estadual. De fato, a referida lei prevê que são atos administrativos de competência comum “a todas as autoridades, até o nível de Diretor de Serviço; às autoridades policiais; aos dirigentes das entidades descentralizadas, bem como, quando estabelecido em norma legal específica, a outras autoridades administrativas, a Portaria” (art. 12, inc. II, a).

##### 4.1.1 REQUISITOS DA PORTARIA

---

29 Em sentido semelhante, cf. MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142; NICOLITT, André. Manual de processo penal. São Paulo: RT, 2014, p. 189; ROSA, Alexandre Morais. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 105; e CHOUCK, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 119.

30 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81.

A lei não estabelece requisitos formais para a confecção da portaria. Contudo, é importante que o Delegado de Polícia narre o fato que será investigado, informe a maneira pela qual tomou conhecimento do mesmo e, se já existir, que indique o nome ou elementos identificadores do suposto autor.

Normalmente não se tem, no momento da portaria, a autoria definida, nem tampouco se sabe, ao certo, qual crime foi praticado. Aliás, o inquérito será instaurado para investigar exatamente isso. Porém, é possível que, desde o início, a autoridade policial já tenha essas informações, instaurando o inquérito para reunir elementos de prova sobre o crime e sobre o autor, bem como em que circunstâncias ele ocorreu.

Não é essencial a tipificação da conduta já no ato inaugural do inquérito. Essa essencialidade só existe no indiciamento.

#### **4.1.2 PRAZO PARA A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POR PORTARIA**

Até a edição da Lei nº 13.344/2016, o CPP não havia estabelecido prazo para a instauração do inquérito policial, somente o fazendo para a sua conclusão. Porém, pela dicção do art. 6º, caput, do CPP, no qual o legislador estabelece um rol exemplificativo de diligências a serem tomadas pelo Delegado de Polícia, pode-se concluir que a instauração do inquérito deveria se dar logo após o conhecimento, pela autoridade policial, da prática do crime.

A Lei nº 13.344/2016, a qual dispõe sobre a prevenção e repressão do tráfico de pessoas, alterou o Código de Processo Penal, introduzindo, no art. 13-B, a exigência de que o inquérito policial para a apuração dos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159, do Código Penal, e no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas após o registro de ocorrência.

Seria importante a extensão desse prazo, ou o estabelecimento de outro, para todos os crimes.

## **5. OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO**

Apesar de predominar na doutrina pátria que o inquérito policial é discricionário ou facultativo, isso é um equívoco decorrente do parâmetro utilizado pela doutrina que defende esse posicionamento.

Assim entendem pelo fato de ser o inquérito dispensável. A dispensabilidade, porém, tem como parâmetro o sistema de investigação preliminar, como gênero que é. Ou seja, ele é dispensável para a propositura da ação penal. Isso é inquestionável.

Já a obrigatoriedade tem como parâmetro apenas a investigação policial. Assim, havendo justa causa, a autoridade policial deve instaurar o respectivo inquérito policial, caso se trate de crime de ação penal pública incondicionada.

Obviamente quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada ou ação penal privada, a instauração do inquérito dependerá da satisfação das condições objetivas de procedibilidade, no caso, da representação da vítima ou da requisição do Ministro da Justiça, no caso de ação penal pública condicionada, e do requerimento da vítima, na hipótese de ação penal privada, como analisado acima.

## **6. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA APURAR CRIME ELEITORAL**

Apesar de os crimes eleitorais serem de ação penal pública incondicionada, o TSE editou a Resolução 23.3963, cujo art. 8º estabelece que *“O inquérito policial eleitoral somente será instaurado*

*mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”.*

Essa Resolução, porém, teve sua constitucionalidade questionada, através da ADI 5104, proposta pelo Procurador Geral da República, o qual requereu a concessão de liminar para suspender os efeitos dos arts. 3º ao 13, por considera-los incompatíveis com os princípios da legalidade, do acusatório e o da inércia da jurisdição.

O Plenário do STF suspendeu, por maioria de votos, cautelarmente a eficácia dos dispositivos, entre os quais, o referido art. 8º. Decisão acertada, no nosso entendimento. Com efeito, um ato normativo secundário com é a Resolução não pode subtrair do Ministério Público e das Polícias Civil e Federal funções que lhes são atribuídas pelo constituinte. Além disso, não poderia deixar a iniciativa da investigação nas mãos do Estado-juiz, único que não pode legitimamente exercê-la, sob pena de macular sua imparcialidade.

Desse modo, o Delegado de Polícia pode e deve instaurar inquérito para investigar crime eleitoral e conexos, independente de qualquer tipo de provocação.

## **7. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARA APURAR CONDUTA DE AGENTE COM FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

Tema dos mais relevantes e com uma grande repercussão prática na atividade policial diz respeito à instauração de inquérito em face de pessoa com foro especial por prerrogativa de função. Infelizmente é um tema sobre o qual o STF ainda não sedimentou um posicionamento em relação a todas as autoridade com prerrogativa de foro. A análise que segue, portanto, é

provisória e condicionada pelos futuros julgamentos da matéria nos tribunais de sobreposição.

Até o julgamento da Ação Penal 937, julgada pelo STF no começo de 2018, tínhamos, de forma sumária, o seguinte quadro:

Tratando-se de pessoas com foro especial no STF, a instauração do respectivo inquérito dependia de expresse requerimento do Procurador Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, além de prévia autorização do Ministro Relator, conforme preconiza o art. 21, inc. XV, do RISTF.

Nos demais casos de pessoas com foro especial por prerrogativa de função (exceto membros do Ministério Público e do Judiciário, os quais não são investigados em inquéritos policiais), embora sem fundamento normativo, a doutrina e a jurisprudência entendem que a instauração de inquérito dependerá de autorização do respectivo relator do caso, à semelhança do que ocorre no STF.

Porém, esse quadro mudou, ao menos em parte, com o novo entendimento do STF sobre o tema, ao julgar a AP 937. Em síntese, o STF decidiu que o foro especial de Deputados Federais e Senadores da República somente se aplica *aos crimes cometidos durante o mandato, ou seja, a partir da diplomação, e que sejam relacionados ao exercício das funções parlamentares*.

Pouco tempo depois dessa decisão do STF, o STJ também aplicou o mesmo entendimento para Conselheiros de Tribunais de Contas e Governadores, nas ações penais 857 e 866, respectivamente.

Resta uma decisão definitiva em relação a todas as autoridades com foro especial. Até que isso aconteça, em relação a Deputados Federais, Senadores da República, Governadores

e Conselheiros de Tribunais de Contas, caso se trate de crimes praticados antes da diplomação ou do exercício do cargo, ou ainda, que, não guarde com eles relação de pertinência, o inquérito policial poderá ser instaurado diretamente pelo Delegado de Polícia, independente de prévia autorização.

Por fim, importa destacar que também será o inquérito policial instaurado diretamente pelo Delegado de Polícia, sem necessidade de qualquer autorização, no caso de o agente com foro especial ter cometido o crime quando exercia outro cargo anterior, igualmente com prerrogativa de foro.

## **8. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO**

O delegado não está obrigado a instaurar inquérito policial requerido pelo ofendido ou seu representante legal. Pode, portanto, deferir ou indeferir esse pedido.

O indeferimento pode se dar por diversas razões, entre as quais: a) sua falta de atribuição para o caso; b) a manifesta atipicidade da conduta; c) a presença de alguma causa extintiva ou excludente da punibilidade; d) tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo, investigada por meio de termo circunstanciado de ocorrência; ou e) tratar-se de ato infracional, a ser investigado através da auto de investigação próprio.

O indeferimento deverá ser sempre fundamentado, até porque o requerente precisa saber das razões pelas quais o inquérito policial não será instaurado, bem como porque do indeferimento caberá recurso, como será visto no tópico abaixo.

Como já analisado acima, não pode o Delegado de Polícia deixar de instaurar inquérito por entender que a conduta foi praticada

sob o manto de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

## **9. RECURSO CONTRA INDEFERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO**

O indeferimento de instauração de inquérito policial é remediável através de vários meios, entre os quais o recurso administrativo ao Chefe de Polícia, como previsto no art. 5, § 2º, do CPP.

O Código de Processo Penal não regulamentou esse recurso, deixando a cargo do Executivo Estadual e Federal fazê-lo, nas suas respectivas esferas de atribuição.

Além desse recurso, o ofendido poderá também socorrer-se ao Ministério Público e até ao Judiciário, os quais, após sua ouvida, poderá requisitar diretamente ao Delegado de Polícia a instauração de inquérito policial.

## **10. CONCLUSÃO**

Por tudo o quanto antes se disse, podemos concluir que a instauração de inquérito policial sempre poderá afetar direitos fundamentais do investigado, razão pela qual exige uma justa causa, compreendida como a causa necessária e suficiente para fazer desencadear um procedimento penal que restrinja ou possa restringir direitos fundamentais do imputado.

Considerando os diferentes graus de afetação a tais direitos fundamentais nas formas de instauração do inquérito, teremos, igualmente, diferentes níveis de exigência de justa causa para a instauração por portaria e por auto de prisão em flagrante.

Apesar de a maioria da doutrina entender que o inquérito pode ser instaurado de diversas formas, entendemos ser equivo-

cada essa compreensão, pois há uma confusão entre aquilo que provoca uma investigação com o que a inaugura (ato administrativo instaurador).

O critério determinante para se saber a forma de instauração do inquérito policial não é a cognição do delito, como a maioria entende, mas a liberdade ou a prisão em flagrante do investigado.

Em verdade, o inquérito policial só pode ser instaurado de duas formas, ambas a serem realizadas pelo Delegado de Polícia: ou por portaria ou mediante auto de prisão em flagrante. Ambos os atos são formalizados pelo Delegado de Polícia.

## **REFERÊNCIAS**

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2015.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Curso completo de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CHOUCK, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: RT, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo*

- penale. 9ª Ed. Bari: Editori Laterza, 2008.
- FREITAS, Jayme Walmer de; SILVA, Marco Antonio Marques da. Código de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. Salvador: Juspodivm, 2013.
- HORBACH, Carlos Bastide. Teoria das nulidades do ato administrativo. São Paulo: RT, 2010.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LOPES JR., Aury. (Re)pensando as Condições da Ação Processual Penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 277-306.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LIMA, Marcellus Polastri. Comentários sob a perspectiva brasileira referente ao capítulo II. In: AMBOS, Kai. Processo penal europeu. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.129-160.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

- MACHADO, Leonardo Marcondes. Flagrante de Bagatela: considerações sobre a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia. In: SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. Temas atuais de polícia judiciária. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 219-232.
- MACIEL, Silvio. Art. 310. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Orgs.). Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011, p. 131-138.
- MACHADO, Antonio Alberto. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 2004.
- NICOLITT, André. Manual de processo penal. São Paulo: RT, 2014.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Comentários ao código de processo penal. v. I (Arts. 1º ao 90). Bauru: Edipro, 2002.
- ROSA, Alexandre Morais. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 89.
- SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. Delegado de Polícia em Ação: teoria e prática no Estado Democrático de Direito. Salvador: Juspodivm, 2018.

- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, nº 24. Curitiba: Unibrasil, 2005, *passim*.
- SOUZA, José Barcelos de. Teoria e prática da ação penal. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.

