

RANGEL, Patricia Calmon. *Abuso sexual intrafamiliar recorrente*. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, C. M.; IZUMINO, W. P. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, 2005.

SANTOS, Larissa Viana; COSTA, Liana Fortunato. Avaliação da dinâmica conjugal violenta e suas repercussões sobre os filhos. *Revista Psicologia: teoria e prática*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 59-72, 2004.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MORATO, Alessandra Campos; SANTOUCY, Luiza Barros; COTTA, Mayra. A Lei Maria da Penha: conquistas e desafios para sua integral aplicação. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 281-332, 2013. Anual.

Submissão: 10/04/2013

Aceite: 18/06/2013

O Poder de Definição da Tipicidade das Condutas Investigadas: uma Análise dos Papéis Processuais do Ministério Público, do Juiz e da Polícia de Investigação

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Defesa da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de Brasília, Coordenador dos Núcleos de Direitos Humanos. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela UnB. Especialista em Investigação Criminal pela *École Nationale de la Magistrature* da França. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, professor de direito processual penal em Brasília e palestrante perante diversas instituições.

Resumo: Análise dos papéis desempenhados pelo Ministério Público, Juiz e Polícia na fase da investigação criminal à luz do sistema acusatório, especificamente em relação ao poder de tipificação da conduta investigada. O Ministério Público possui o papel de controlar externamente a atividade policial e de ser titular da ação penal, o que lhe dá o poder de tipificar as condutas nessa fase. O juiz poderá reduzir a tipificação apresentada pelo Ministério Público apenas quando tal excesso já configurar uma restrição de direitos fundamentais do investigado. As eventuais divergências entre Ministério Público e polícia quanto ao indiciamento do suspeito resolvem-se pelo exercício direto pelo Ministério Público de suas prerrogativas constitucionais na fase da investigação criminal. Releitura constitucional do indiciamento à luz do sistema acusatório.

Palavras-chave: Ministério Público. Juiz. Polícia. Tipificação da conduta. Sistema acusatório. Controle externo da atividade policial. Titularidade da ação penal.

Sumário: Introdução. 1 O Poder de o Ministério Público Definir a Tipicidade dos Fatos Investigados como uma Regra Geral. 2 Papel do Juiz na Tipificação das Condutas na Fase das Investigações. 3 O Papel do Delegado de Polícia na Tipificação Provisória dos Fatos na Fase das Investigações Criminais. 4 Considerações Finais. Referências.

Introdução

A questão relativa ao poder de definir a tipicidade dos fatos no curso de uma investigação criminal é polêmica. Há quem entenda que a presidência da investigação é atribuição privativa do Delegado de Polícia e que apenas ele poderia realizar a tipificação das condutas nessa fase. Outros entendem que como o Ministério Público é o titular da ação penal, e a tipificação não deixa de ser uma forma de “rascunho de acusação”, então apenas o Ministério Público deveria ter o poder de realizar tipificações na fase das investigações criminais (SILVA, 2010, p. 122). Quanto ao juiz, qual seria sua posição nessa fase preliminar? Poderia ele, de ofício, alterar a tipificação feita pelo Delegado ou pelo Ministério Público, seja para agravá-la ou para minorá-la? Esse é um tema que merece amadurecimento da doutrina processual penal, para que se evitem posições radicais, que desconsiderem tanto o estatuto processual dos intervenientes nessa fase processual quanto a viabilidade prática de tais proposições.

1 O Poder de o Ministério Público Definir a Tipicidade dos Fatos Investigados como uma Regra Geral

O Ministério Público possui o poder de encerrar uma investigação criminal executada pela polícia através da promoção de arquivamento (por falta de provas, atipicidade ou outros motivos) ou ainda de promover uma ação penal. Esse poder de decisão sobre o destino da investigação criminal é denominado tradicionalmente de *opinio delicti*, apesar de não ser uma mera opinião para decisão de outrem, mas já é a verdadeira decisão de

acusação ou não acusação, de forma que o eventual controle do juiz sobre essa decisão ministerial, pelo art. 28 do CPP, apenas remete ao chefe da instituição a possibilidade de rever da decisão de primeira instância (ou seja, o Ministério Público decide e o juiz fiscaliza e eventualmente recorre, na tradicional “função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal”)¹.

O papel do juiz nessa fase não é de fiscal da sociedade, mas sim de fiscal contra restrições indevidas da liberdade do investigado: um verdadeiro juiz das garantias. Assim, a polícia investiga para que o Ministério Público decida se a notícia do crime é fundada ou não, se irá ou não exercer sua ação penal, e o juiz decide sobre os requerimentos de restrições de direitos fundamentais do investigado. O inquérito é um procedimento teleologicamente direcionado para a decisão de acusação ou não acusação e, em seguida, para subsidiar a decisão judicial de receber ou rejeitar a acusação ministerial (portanto, uma decisão judicial ainda subordinada à decisão de acusação pelo Ministério Público). Assim, seu papel é de órgão que auxilia o Ministério Público a exercer sua função constitucional de titular da ação penal, mediante uma atividade de investigação criminal, com um

1 Não entramos na análise aprofundada da constitucionalidade desse método de controle judicial da inação ministerial. Parece-nos que seria mais compatível com a Constituição um sistema no qual o controle da não acusação permanecesse dentro do Ministério Público, com um sistema de reexame obrigatório, inclusive com possibilidade de eventual contraditório pela vítima individualizada, quando houver. Todavia, por outro lado, um sistema em que o Ministério Público de primeira instância pudesse decidir não acusar e tal manifestação simplesmente permanecesse sem qualquer tipo de controle também nos parece igualmente inconstitucional.

espaço de autonomia própria, mas com forte interdependência da atividade do Ministério Público.

Como afirma Schünemann (2010, p. 458), essa relação de dependência funcional entre polícia e Ministério Público significa, em termos práticos, que a polícia trabalha para que o Ministério Público possa exercer sua atribuição de formação da *opinio delicti*, e que não pode recusar cumprimento de suas requisições, situações que também existem no Brasil. Essa perspectiva foi muito bem reconhecida no contexto brasileiro por J. F. Marques (2009), o qual já assinalava que, apesar de a polícia judiciária não estar subordinada hierárquica e administrativamente ao Ministério Público ou às autoridades judiciárias:

[...] há relações funcionais no âmbito da justiça penal nas quais a autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal. (MARQUES, 2009, p. 201-202).

O papel do Ministério Público nessa fase é de órgão de controle externo da atividade policial, atividade realizada em função de sua titularidade privativa da ação penal, o que impõe uma atividade continuada de acompanhamento da investigação policial para assegurar o sucesso de sua decisão ao final do inquérito (de acusar ou não acusar), um acompanhamento que se exerce faticamente no Brasil como um poder de direção indireta da atividade investigativa, mediante as requisições de diligências

à autoridade policial. E o investigado não é mero objeto da investigação, mas verdadeiro sujeito de direitos, que lhe são deferidos pela circunstância de estar, faticamente, sendo alvo de uma investigação, haja ou não definição formal desse estatuto de investigado. Esses são os papéis dos intervenientes da fase investigativa à luz de um sistema acusatório e garantista, que foi indubitavelmente acolhido por nossa Constituição².

O poder do Ministério Público de decisão sobre a investigação criminal abrange, portanto, o poder de externar a configuração criminal dos fatos investigados. Essa atribuição não se exerce exclusivamente quando o IP está concluído (relatado pelo Delegado de Polícia), mas ela é imanente a toda a atividade do Ministério Público de controle externo das investigações (acompanhamento continuado). Ainda assim, é inevitável que a autoridade policial tenha que realizar uma tipificação provisória dos fatos apurados, para direcionar sua atividade: a afirmação da tipicidade da conduta diante da *notitia criminis* para justificar a possibilidade e necessidade de intervenção policial; esclarecer

2 Sobre os contornos do sistema acusatório no Brasil, ver D. C. Ribeiro, 2003, p. 98; E. P. Oliveira, 2009, p. 4-7; Rangel, 2009, p. 47-68; E. C. Silva, 2010; Prado, 2005; Jardim, 2005, p. 189-197. Sobre o sistema acusatório em geral, ver ainda Roxin, 2000, p. 86-87; J. F. Dias, 2004, p. 136-147 e p. 382-393; J. F. Dias, 1986; Gössel, 1996, p. 623-626. Registre-se que, por sistema acusatório, indicamos um arcabouço de garantias ligadas à separação entre as funções de acusar e julgar, e não à identidade com algum outro sistema processual historicamente delimitado (como, v.g., o *adversarial system* anglo-saxão); para uma visão das diferenças histórica, ver M. F. Andrade, 2008, p. 459-463. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 450-460), o princípio acusatório é um elemento essencial de um sistema garantista, assim entendido como um sistema racional de vedação de arbitrariedades punitivas.

se o crime é uma infração penal de menor potencial ofensivo a justificar mera instauração de TC e concessão de liberdade mediante termo de compromisso de comparecimento em juízo ou se é um crime de maior potencial ofensivo, que exige a lavratura de auto de prisão em flagrante; a avaliação da tipicidade para efeito de concessão de fiança; e, ainda, para a realização do indiciamento, enquanto instrumento administrativo de orientação da atividade investigativa.

Todavia, essa tipificação feita pela autoridade policial ante a *notitia criminis* é marcada pela provisoriedade, ou seja, ela apenas vale até o momento em que o Ministério Público toma conhecimento da apuração criminal, enquanto não houver uma manifestação em sentido contrário pelo Ministério Público³. Se o Ministério Público não se manifesta quanto à tipificação provisória dada pela autoridade policial, é porque com ela concorda, havendo uma verdadeira tipificação ministerial por concordância tácita. Entretanto, a qualquer momento, o Ministério Público pode afirmar que os fatos investigados são diversos daqueles definidos provisoriamente pela autoridade policial e, assim, redirecionar a atividade investigativa. Por exemplo, se o Ministério Público entende, no curso das investigações de um IP, que os fatos configuram infração penal de menor potencial

3 Entendendo que a tipificação feita pela autoridade policial é sempre provisória e não vincula o Ministério Público: STF, 1ª T., RE 497.170, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13 maio 2008, DJE 6 jun. 2008. Na doutrina, também afirmando que a autoridade pode fazer tipificação da conduta, mas que será marcada pela provisoriedade, até manifestação diversa pelo Ministério Público, ver: M. P. Lima, 2008, p.141.

ofensivo, pode fazer a respectiva desclassificação e sobre essa manifestação não poderá opor-se a autoridade policial. Da mesma forma, se a autoridade policial considera uma conduta crime inafiançável, mas o Ministério Público entende que a conduta é outra, afiançável, poderá exarar sua manifestação de *opinio delicti* nos autos e, parece-nos, o juiz não poderá opor-se a essa desclassificação. Ainda, se o Ministério Público entende que os fatos configuram, em tese, crime doloso contra a vida e pretende que a investigação prossiga em relação a este delito, o correto será o Ministério Público exarar sua *opinio delicti* nesse sentido e o juiz acatar tal manifestação, determinando-se a redistribuição dos autos à Vara do Tribunal do Júri, não cabendo ao juiz afirmar, nessa fase preliminar, que provavelmente o Ministério Público e a polícia de investigação não encontrarão informações preliminares para respaldar uma eventual ação penal por crime de homicídio.

2 Papel do Juiz na Tipificação das Condutas na Fase das Investigações

A questão de até onde pode o juiz imiscuir-se na função de definição da tipicidade na fase das investigações é delicada e envolve a consideração dos papéis constitucionais tanto do juiz quanto do Ministério Público nessa fase preliminar. Sendo o Ministério Público o titular da ação penal e o guardião dos interesses *pro societate* e o juiz um garante das liberdades públicas do investigado, parece-nos que, se o Ministério Público entende que é o caso de se desclassificar o fato tipificado provisoriamente pela autoridade policial para um crime menos grave ou retirar

uma qualificadora ou circunstância agravante, não pode o Poder Judiciário obrigar o Ministério Público a exercer uma ação penal por crime mais grave. O máximo que poderá fazer nessa situação será aplicar o instituto do art. 28 do CPP (com todas as possíveis críticas de constitucionalidade desse dispositivo), e remeter à chefia institucional do Ministério Público a decisão final quanto à questão.

Por outro lado, se o Ministério Público afirma a tipicidade de uma conduta (seja concordando com a tipificação provisória da autoridade policial, seja entendendo que se trata de um crime mais grave) e essa tipificação mais gravosa implica imediatamente na submissão do investigado a algum tipo de gravame imediato, parece-nos que, nessa situação, o juiz, na qualidade de fiscal das liberdades públicas, deve analisar se os elementos de informação preliminar permitem já extrair indícios minimamente suficientes da tipificação pleiteada pelo Ministério Público, a justificar a restrição de direitos fundamentais do investigado (com o nível de cognição exigido para cada fase da investigação criminal). Por exemplo, se uma pessoa é presa em flagrante delito por determinado crime, o Ministério Público concorda com a tipificação provisória definida pela autoridade policial e requer ao juiz a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, deve o juiz analisar se as informações preliminares constantes do auto de prisão em flagrante permitem aferir indícios suficientes da tipicidade de um crime que justifica a decretação da prisão preventiva. Nessa situação, se o juiz entender que não há provas

investigativas naquele momento de que o fato configure o crime de tipificação indicada pelo Ministério Público, mas, por exemplo, uma infração penal de menor potencial ofensivo (ou eventualmente considere atípica a conduta), ele deverá determinar o relaxamento da prisão, nos termos do art. 310, I, do CPP, sem prejuízo de que posteriormente o Ministério Público reúna os elementos de informação preliminar suficientes a justificar a sustentação da tipificação inicialmente pretendida. Da mesma forma, se há requerimento de uma medida cautelar penal, como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica ou quebra de sigilos constitucionalmente qualificados, deve o juiz analisar se o requerimento do Ministério Público está instruído com elementos de informação que forneçam indícios minimamente suficientes da prática dos crimes referidos, podendo indeferir o pedido, sem prejuízo de sua reiteração caso surjam novos indícios a justificá-lo⁴. Enquanto os indícios necessários para sustentar a prisão preventiva serão de elevada probabilidade, os requisitos para uma medida de investigação serão mais diminutos, de mera possibilidade minimamente respaldada, já que o objetivo da medida de investigação é exatamente comprovar esse conjunto de indícios investigativos.

Nessa situação, ainda que indeferido o pedido do Ministério Público de uma medida cautelar investigativa, se ele pretende continuar investigando o crime mais grave, não nos parece

4 Nesse sentido: STF, Pleno, QO-Pet 577, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25 mar. 1992, DJ 23 abr. 1993, p. 6918.

adequado ao juiz se manifestar imediatamente pelo declínio de competência para o Juizado Especial Criminal (ou para uma outra Vara especializada), mas deverá aguardar que o Ministério Público reúna os elementos de informação preliminar aptos a justificar sua pretensão acusatória. Isso porque, nessa fase, o Ministério Público pretende ver investigado um crime mais grave (uma verdadeira “pretensão investigativa” a delimitar a competência jurisdicional). Portanto, a definição da tipicidade na fase das investigações também é relevante para se aferir a competência do Juízo perante o qual o IP deverá tramitar (já que no Brasil ainda há, em diversos Estados, esse malfadado sistema de tramitação triangular nas investigações): se o fato ainda está sendo objeto de esclarecimento, deverá o juiz aguardar que o Ministério Público finalize sua *opinio delicti*, permitindo a continuidade das investigações. Em síntese, cabe ao Ministério Público e não ao juiz definir qual é o fato típico (em tese) que ele pretende ver investigado. Excepcionalmente, se a materialidade do fato já está definida e o Ministério Público procura avançar nas investigações para esclarecer tão somente a autoria, nessa situação parece-nos razoável que o juiz inste o Ministério Público a pronunciar-se sobre a tipicidade da conduta, de forma a posteriormente aferir sua competência para continuar na investigação. A questão será decidida com o esclarecimento, pelo Ministério Público, de quais fatos em tese ele ainda pretende continuar investigando. O sistema acusatório não permite ao juiz adiantar-se ao Ministério Público na formação da *opinio delicti*, determinando certa tolerância na

continuidade das investigações para se reunir a prova do fato que em tese o Ministério Público entende ter ocorrido⁵.

Esse problema da competência judicial para apreciar promoção de arquivamento acaba sendo uma disfunção no sistema brasileiro, pois se trata de uma competência para apreciar o não exercício da jurisdição diante de um fato que se entende ou não configurar crime, ou não haver prova de sua materialidade ou autoria. Portanto, qual juiz é competente para dizer que um fato não ocorreu? Melhor seria a questão ser decidida internamente no âmbito do Ministério Público. Enquanto o problema não se soluciona mediante uma reforma legislativa, parece-nos que a solução do problema específico da competência se faz pela

5 Nesse sentido, ver decisão do STF: “Direito processual penal. Formação da *opinio delicti*. Art. 129, I, CF. Atribuição exclusiva do Ministério Público. Recurso extraordinário interposto contra acórdãos do TRF 3ª Região que reconheceram a incompetência recursal daquela Corte, determinando a remessa dos autos à turma recursal do sistema dos juizados especiais federais. Art. 129, I, da Constituição, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Ainda que haja indicação, por parte da autoridade policial, de dispositivos legais, apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. Possibilidade de os fatos sob investigação serem capitulados nos arts. 40 e 48 da Lei 9.605/1998, a caracterizar a competência do juízo da vara federal especializada em matéria penal, e não a competência dos juizados especiais criminais. Tal conclusão somente poderá ser alcançada após a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, não podendo o órgão do Poder Judiciário federal assumir atribuição que não lhe pertence constitucionalmente”; STF, 2ª T., RE 498.261, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17 jun. 2008, DJE 1 ago. 2008. Ver ainda: “Contraria o disposto no art. 129, I, da CF a decisão judicial, que em fase anterior à própria demanda, cerceia a titularidade do Ministério Público, definindo, em caráter terminativo, a competência do Juízo, só perante o qual poderá ser promovida a ação penal”; STF, 1ª T., RE 222.283, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24 mar. 1998, DJ 8 maio 1998. No mesmo sentido: STF, 2ª T., RE 540.597, rel. Min. Ellen Gracie, 17 jun. 2008, DJE 1 ago. 2008.

análise de qual fato investigado se afasta: a competência para homologar promoção de arquivamento diante de uma situação potencialmente controvertida que analisa a inexistência de interesse da União é do juiz federal, a competência para dizer que não se trata de crime militar é da Justiça Militar, a competência para promover arquivamento de crime doloso contra a vida numa situação potencialmente controvertida é do juiz da Vara do Tribunal do Júri; ou seja, a competência para apreciar a promoção de arquivamento se dá pela qualificação jurídica inicial da *notitia criminis*, que indicou qual era o fato que se imaginava estar investigando (o que se torna muito mais complexo quando, *ab initio*, o fato estava “em apuração”, ou seja, sequer se sabia qual será a possível tipificação criminal da conduta).

De qualquer sorte, em nenhuma situação haverá conflito de atribuições entre o Ministério Público e a autoridade policial no que tange à definição da tipicidade das condutas investigadas e especialmente de individualização do sujeito passivo da persecução penal. Vejamos.

3 O Papel do Delegado de Polícia na Tipificação Provisória dos Fatos na Fase das Investigações Criminais

Provavelmente, o palco para a maioria dos possíveis conflitos nessa área será no ato do indiciamento⁶. Antes de adentrarmos na

6 Para uma visão crítica do indiciamento no sistema brasileiro, ver: Lopes Jr., 2003, p. 291-308; Choukr, 2001, p. 165-178; S.R. Souza e W. Silva, 2010, p. 81-85. Para uma visão mais antiga, que já indicava quanto à necessidade de prévia manifestação do Ministério Público, ver G. S. A. Souza, 1992. Como já citado, advogando que é uma violação ao sistema acusatório a polícia realizar indiciamento: E. C.

análise do problema no sistema brasileiro, convém realizar uma breve incursão sobre a configuração do indiciamento em alguns outros países.

Em Portugal, a figura do indiciamento corresponde à da “constituição de arguido”, prevista no art. 58 do CPP português, que pode ser feita tanto por órgão de polícia criminal quanto pelo Ministério Público; todavia, após reforma feita pela Lei nº 48/2007, quando essa constituição de arguido é feita pelo órgão de polícia criminal, ela deverá ser comunicada ao Ministério Público no prazo de 10 dias, para a respectiva convalidação no prazo de 10 dias, sob pena de, já havendo fundadas suspeitas sobre determinada pessoa e sendo ela ouvida sem sua constituição como arguido, haver uma nulidade relativa ante a violação do direito ao silêncio (sanável pela posterior autorização de uso das informações pelo investigado); tanto que, se durante a oitiva de uma testemunha surgirem indícios de que ela é a suspeita do crime, o depoimento deverá ser imediatamente suspenso, ela deverá ser constituída como arguida, e a oitiva prosseguirá com seu interrogatório, cf. art. 59 do CPP português⁷. Já na Espanha, o estágio de investigado (imputado) é um mero estado de fato de recair sobre determinada pessoa as suspeitas da prática de um crime, o que já lhe atribui um gama de direitos (art. 118.I

Silva, 2010, p. 122.

7 Sobre o tema, conferir: P. P. Albuquerque, 2009, p. 170-175; Código de processo penal: comentários e notas práticas (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto), 2009, p. 131-139; M. L. M. Gonçalves, 2009, p. 185.

da LECrim)⁸; já o ato formal de esclarecer que uma determina pessoa é a investigada (*auto declarando persona procesada*) é feito pelo juiz de instrução (art. 384.1 da LECrim), entendendo a jurisprudência espanhola que ele deve ocorrer sempre que já estiverem presentes indícios razoáveis contra determinada pessoa; o indiciamento tem lá a finalidade de já permitir o exercício de alguns direitos pelo investigado, conforme o art. 384.2 da LECrim (Espanha, STS 7 dez. 1984; ver ainda Moreno Catena e Cortéz Dominguez, 2008, p. 211-218).

Na França, Itália e Alemanha, não há um ato formal de declaração de indiciamento, o que existe é que, antes do interrogatório, há uma obrigação de informar ao inquirido que ele é ouvido na qualidade de suspeito da prática do crime, indicando-se os fatos e esclarecendo-se-lhe seus direitos na qualidade de investigado. Assim, na França, não há ato de indiciamento realizado pela polícia, havendo apenas a regra de que se uma pessoa for ouvida na qualidade de suspeito na fase da *enquête preliminaire* (conduzida pela polícia sob supervisão do Ministério Público), deve ser informada de seu direito ao silêncio. Há regras de controle mais rígidas para o interrogatório policial no caso de prisão em flagrante (ver o art. 63-4.4 do CPP francês). A atribuição formal da qualidade de indiciado (*mise en examen*) é feita no curso da instrução pelo juiz de instrução; mas se sobre uma pessoa já recaem fundadas suspeitas (ainda não inteiramente confirmadas),

⁸ Sobre o tema, ver Oliva Santos et al., 2007, p. 161-162. Ver ainda o precedente espanhol da STC135/1989.

ela deve ser ouvida como “testemunha assistida” (*témoin assisté*), tendo os mesmos direitos do indiciado (art. 152 do CPP francês)⁹. Na Itália, não há um ato formal de estabelecimento do indiciado, mas o art. 65 do CPP italiano estabelece que antes de proceder à realização do interrogatório, o qual será sempre assistido pelo advogado, deve-se dar conhecimento do investigado dos fatos pelos quais está sendo investigado e de seu direito ao silêncio, sob pena de *inuzabilità* das informações colhidas. A polícia apenas pode realizar entrevista do suspeito solto (não preso), a qual é denominada de *sommario informazione* (CPP italiano, art. 350.1) e mesmo assim será obrigatória a presença de advogado. Há controvérsia se seria também necessária a prévia comunicação dos fatos ao investigado no âmbito da entrevista policial (D’AMBROSIO E VIGNA, 2003, p. 234) ou se seria apenas para o interrogatório perante o Ministério Público (LUPÁRIA, 2009, p. 205). Na Alemanha, antes do início do primeiro interrogatório (*ersten Vernehmung*) do suspeito pela polícia, ele deve ser informado dos fatos de que é suspeito de ter praticado e dos direitos que possui enquanto investigado (§ 163a.4 c/c § 136.1 da StPO), e a violação dessa obrigação também gera a proibição de utilização das informações (ROXIN, 2000, p. 211). Portanto, nesses últimos países descritos, a qualidade de indiciado deriva não de um ato formal, mas de sua posição fática nas investigações (pessoa contra quem recaem os indícios), o que já lhe atribui os direitos respectivos de indiciado.

⁹ Ver por todos Guinchard e Buisson, 2009, p. 512, 570 e 877.

Em todos esses países europeus, o indiciamento formal é um ato realizado pelo titular da ação penal ou pelo juiz de instrução, sem prejuízo de que, em determinadas situações, a polícia se adiante numa definição provisória da qualidade de investigado para permitir-lhe o exercício de seus direitos, definição esta sempre passível de revisão pelo Ministério Público. Parece-nos que o controle pelo Ministério Público do indiciamento feito pela polícia, conforme o sistema português, é o mais adequado ao sistema acusatório e à maximização do direito de defesa já na fase das investigações.

No Brasil, parece-nos que não configura uma invasão da titularidade privativa do Ministério Público a possibilidade de a autoridade policial realizar o indiciamento de uma pessoa, indicando de forma objetiva que os indícios da prática do crime recaem sobre determinada pessoa. Há entendimento antigo de que seria uma inversão processual exigir que o indiciamento tivesse prévia manifestação do Ministério Público (ou seja, a polícia judiciária possui legitimidade para realizar diretamente o indiciamento): STJ, 5ª T., RHC 4.461/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 19 abr. 1995, DJ 15 maio 1995, p. 13417. Todavia, essa manifestação será sempre marcada pela precariedade. Assim, se o Ministério Público discorda da tipicidade provisória feita pela autoridade policial, ele exara uma manifestação processual definindo sua *opinio delicti* (no âmbito dessa fase processual) e a investigação prosseguirá sob essa tipificação. Essa hipótese de eventual desacordo do Ministério Público

com o indiciamento policial apenas pode ter lugar no caso de o Ministério Público verificar que já há indícios iniciais contra uma pessoa, mas requisitar a continuidade das investigações, indicando novas diligências, por fato diverso do inicialmente vislumbrado pela autoridade policial. Isso porque, se o Ministério Público promove o arquivamento total da investigação, a questão perde objeto, e se ele já promove imediatamente a ação penal, também não há qualquer utilidade processual em se requisitar o indiciamento. Há jurisprudência pacífica do STJ de que a requisição ministerial de indiciamento após o recebimento da denúncia é um constrangimento ilegal desnecessário, pois a denúncia é obviamente mais grave que o indiciamento, indicando o caráter instrumental entre o indiciamento (indicação do risco de ser futuramente acusado) e a acusação em si¹⁰.

Nessa situação de o Ministério Público requisitar novas diligências e indicar quem entende ser o suspeito, o Ministério Público deve esclarecer: “O Ministério Público entende que os fatos investigados provavelmente ocorreram da forma A e não da forma B. O Ministério Público entende que o fato A configura

10 Assim, o STJ entende que o IP é direcionado à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e que seria desnecessário indiciamento após o oferecimento da denúncia: STJ, 5ª T., HC 78.984/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, j. 26 out. 2010, DJE 13 dez. 2010; STJ, 5ª T., HC 61.033/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 8 nov. 2007, DJ 17 dez. 2007, p. 235. Esses julgados também evidenciam como o indiciamento é muitas vezes utilizado como mero instrumento de estigmatização social, sem qualquer outro resultado prático, já que a única finalidade do indiciamento seria que constasse da certidão de antecedentes criminais (normalmente para fins empregatícios) que a pessoa é investigada em inquérito policial. Sobre a impossibilidade de difundir essa informação relativa a IP's em andamento, ver STJ, 6ª T., MS 5.195/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17 out. 1995, DJ 6 maio 1996, p. 14477.

o crime X e não o crime Y. O Ministério Público entende que o suspeito da prática do fato A é a pessoa α e não a pessoa β . Prossegue-se na investigação do fato A pela pessoa α configurando o crime X. O Ministério Público requisita à polícia a realização de tais e tais diligências”. E como toda manifestação ministerial, deve ser fundamentada (ainda que de forma concisa) nas razões que justificam uma tipificação ou não outra aparentemente possível, cf. art. 129, VIII, da CRFB/1988. Ainda que a autoridade policial entenda que o fato A configura o crime Y, não cabe discordância, pois a *opinio delicti* pertence ao *dominus litis*.

Uma interpretação conforme a Constituição do instituto do indiciamento, à luz do sistema acusatório, deveria concluir que o indiciamento é já uma acusação preliminar, uma imputação provisória de fatos a uma determinada pessoa investigada, com a finalidade de delimitar o sujeito passivo da investigação e os fatos investigados, com o escopo central de definir sua titularidade de direitos como formalmente investigado (direito ao silêncio, à vista dos autos mediante advogado, à impetração de *habeas corpus* na hipótese de arbitrariedade tendente à restrição de seu direito de liberdade, de formular requerimentos de diligências investigativas, de participar das perícias etc)¹¹. Assim, sendo um esboço de acusação preliminar (ainda provisória, sujeita ao desenrolar das investigações, mas já uma imputação da prática de fatos penalmente relevantes), essa acusação deveria (num

11 Na visão do TEDH, o indiciamento equivale a um ato de acusação (TEDH, *Serves vs. França*, 20 out. 1997). Sobre o estatuto de direitos do investigado, ver considerações críticas em Guinchard e Buisson, 2009, p. 648-651.

sistema mais aperfeiçoado que o atual) ser privativa do Ministério Público. Essa já era a posição de G. S. A. Souza (1992), pois se é o Ministério Público quem define a probabilidade de uma pessoa ser acusada em juízo, ele deveria também ter esse poder de individualizar tais fatos na fase investigativa. No mínimo, a tipificação provisória feita pela autoridade policial deveria ser submetida a uma obrigatória e explícita revisão pelo Ministério Público, concretizando-se por ambos o princípio da fundamentação sobre as decisões administrativas¹².

Isso porque o CPP não regulamenta explicitamente o indiciamento, ele apenas pressupõe que ele existe; poder-se-ia dizer que o indiciamento, conforme a estrita regulamentação do CPP, é um estado da investigação que até mesmo prescindiria de declaração formal: se alguém está sendo investigada pela polícia ela é materialmente indiciada, ainda que formalmente não o tenha sido¹³. A possibilidade de o Ministério Público requisitar o indiciamento de uma pessoa está implícita no art. 5º, § 1º, “b”, do CPP, quando fala que a requisição de instauração de IP

12 Sobre a relevância da fundamentação do ato de indiciamento, ver Choukr, 2001, p.179 et seq; S. R. Souza e W. Silva, 2010, p. 83-84.

13 Nesse sentido, afirma J.F. Marques, (2009, v.2, p.49): “a pessoa suspeita da prática do crime passa a figurar como *indiciado* a partir do momento em que se instaura o inquérito policial”, virtualmente identificando o indiciado com a pessoa suspeita da prática do crime, independentemente de ato formal para essa declaração. Em sentido semelhante: Tourinho Filho, 2010, v.1, p. 266. Vale destacar a definição de indiciamento de Sérgio Sobrinho (2003, p.101): “ele pode ser considerado como um juízo de valor preliminar e precário, realizado de ofício pela autoridade policial ou mediante atendimento de requisição (promotor de justiça, juiz ou tribunal), cujo efeito é o apontamento provisório de um sujeito como provável autor de uma infração penal mediante reunião de elementos de prova fundamentadores desta conclusão”.

pelo Ministério Público deverá já contar com a individualização do indiciado, se tal for possível, ou seja, segundo o CPP já há um indiciado no ato da requisição de instauração de IP pelo Ministério Público. Em seguida, o CPP menciona, em seu art. 6º, V, que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, deverá ouvir o indiciado, ordenar sua identificação e averiguar sua vida pregressa, ficando novamente implícito que, se alguém é o suspeito do crime e foi interrogado pelos fatos em apuração ou foi identificado criminalmente, ele é materialmente um indiciado (ainda que o indiciamento não se confunda com o interrogatório ou a identificação criminal, mas seja uma ato logicamente anterior)¹⁴. Se uma pessoa é presa em flagrante delito, ela é automaticamente colocada na posição de indiciado com o recebimento da nota de culpa, conforme o art. 306 do CPP. Nesse sentido, indiciado é quase que sinônimo de investigado.

O CPP não prevê um ato formal de indiciamento. Todavia, a prática administrativa policial acabou por sedimentar que o indiciamento se realiza por um ato formal do Delegado de Polícia, até mesmo porque as demais diligências investigativas relativas ao investigado necessitam que se tenha esclarecido quem é o investigado, sendo conveniente que esse esclarecimento se dê por um ato formal, inclusive para deixar claro seus direitos enquanto

14 Daí porque Lopes Jr. (2003, p.302) afirma que, na falta de um ato formal de indiciamento, o interrogatório policial deve ser considerado como o ponto chave para o nascimento da situação de indiciado. Sobre a confusão entre indiciamento em identificação criminal, ver Choukr, 2001, p. 176-178.

investigado. Essa praxe criou um verdadeiro direito processual consuetudinário, de que o indiciamento se realiza mediante um ato formal do Delegado de Polícia¹⁵. A não participação ordinária do Ministério Público nesse ato é explicada pela omissão histórica do Ministério Público brasileiro de acompanhar de forma efetiva as investigações, colocando-se ele mesmo numa posição de mero receptor das informações produzidas pela Polícia. Todavia, esse paradigma alterou-se brutalmente com o advento da CRFB/1988, em especial com previsão da promoção privativa da ação penal e do controle externo da atividade policial, ambos pelo Ministério Público. Assim, essa praxe deve ser revista à luz dos valores constitucionais. E cabe especialmente ao Ministério Público assumir essa responsabilidade de exercer o controle externo sobre a direção da investigação criminal, à luz de seu futuro exercício da ação penal.

A jurisprudência mais antiga do STF entendia que era admissível o Ministério Público formular à autoridade policial requisição de indiciamento de determinada pessoa, a qual estaria implícita na possibilidade de formular requisição de instauração de IP¹⁶. Inclusive, a jurisprudência mais recente subordinou o

15 A posição doutrinária de que o indiciamento é ato privativo da autoridade policial pode ser remetida a Pitombo, 1983.

16 Há decisões antigas do STF no sentido de que, se o Ministério Público requisita à autoridade policial o indiciamento de determinada pessoa, ainda no curso das investigações, tal fato não configuraria por si só uma coação arbitrária: STF, 2ª T., RHC 49630, rel. Min. Eloy da Rocha, j. 7 abr. 1972, DJ 5 jun. 1972; STF, 2ª T., RHC 58143, rel. Min. Décio Miranda, j. 12 set. 1980, DJ 24 out. 1980, p. 8605. Outro precedente afirma que o Ministério Público pode requisitar o indiciamento, mas não pode impedir que a autoridade policial o realize: STF, 1ª T., RHC 61454,

indiciamento a ato do Ministério Público no caso das ações penais originárias de Tribunal, nas quais a própria abertura de inquérito (com o respectivo indiciamento) está subordinada a uma manifestação do Ministério Público endereçada ao relator perante o Tribunal¹⁷. Também há jurisprudência do STJ que entende que, se o Ministério Público requisita a realização de indiciamento e há indícios a respaldá-lo, ele deve ser realizado pela autoridade policial¹⁸.

Entendemos que a questão deve ser solucionada com a eficácia imediata da manifestação do Ministério Público. Se o Ministério Público entende que o fato investigado é o fato A, praticado por α , e que configura o crime X, essa manifestação já possui eficácia imediata, substitutiva da tipificação provisória feita pela autoridade policial. Não é necessário requisitar o indiciamento ou sua alteração à autoridade policial. Nessa situação, ainda que o Ministério Público requirite o indiciamento pelo fato X e a autoridade policial mantenha o indiciamento pelo fato Y, materialmente o investigado estará sendo investigado pelo fato X, pois o titular da ação penal e da *opinio delicti* assim o entende.

rel. Min. Soares Munoz, j. 30 mar. 1984, DJ 27 abr. 1984, p. 6255.

17 Nesse sentido: STF, Pleno, QO-Pet 3825, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 10 out. 2007, DJe 3 abr. 2008. Nesse caso, a autoridade policial iniciou de ofício IP contra Senador, já indiciando-o de plano, sendo que o Ministério Público entendeu que desde o início não havia provas suficientes para o indiciamento, pelo que o STF determinou a anulação do indiciamento. Em sentido semelhante, ver: STJ, Apn .290/PR, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 16 mar. 2005, DJ 26 set. 2005, p. 159.

18 STJ, 5ª T., RHC 17.038/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15 mar. 2005, DJ 9 maio 2005, p. 434. Em sentido semelhante, ver Sérgio Sobrinho, 2003, p. 101.

Ainda que o Ministério Público entenda que praticaram o fato as pessoas α e β , e a autoridade policial entenda que foi apenas a pessoa α , a pessoa β estará sendo materialmente investigada pelo crime. O esclarecimento de quais fatos o Ministério Público pretende exercer sua ação penal é relevante para já se esclarecer ao investigado qual é o risco a que está submetido (o risco de ser processado pelos fatos que o Ministério Público, titular da ação penal, entende viáveis). Quem estabelece, na fase das investigações, quem está sob o risco de ser futuramente processado e por quais fatos há o risco de ser processado é quem detém o poder de processar. De nada adianta a autoridade policial indiciar o suspeito por um crime menos grave, e interrogá-lo apenas em relação a esses fatos, se o Ministério Público já vislumbra que provavelmente irá processar o suspeito por outro crime mais grave: nessa situação, o indiciamento pela autoridade policial seria um verdadeiro engodo ao investigado, subtraindo-lhe a possibilidade de defender-se de forma mais ampla dos outros fatos que provavelmente responderá. É uma questão de boa-fé processual permitir ao indiciado, antes da realização de seu interrogatório, saber que está sendo ouvido já na condição de um suspeito da prática do crime, esclarecendo-lhe de quais fatos ele é considerado suspeito, ou seja, qual é a provável acusação que o Ministério Público pretende exercer contra si, para poder dela defender-se de forma adequada em seu interrogatório, ainda na fase das investigações e, especialmente, para assegurar-lhe o

direito constitucional ao silêncio em seu interrogatório¹⁹. Assim, o ato de indiciamento deve ser visto como um protótipo da provável acusação, um esclarecimento que determinada pessoa provavelmente é um futuro réu (ainda que nem todos os indiciados se tornem réus), um ato destinado a permitir numa verdadeira aplicação antecipada do princípio da ampla defesa já na fase das investigações (na perspectiva de que o interrogatório é um ato de contraditório antecipado).

Também entendemos que essa manifestação do Ministério Público não precisa ser rotulada como o indiciamento, ainda que tenha funcionalmente os mesmos efeitos: individualização da pessoa investigada e dos fatos de que é suspeita, esclarecimento da tipificação provisória dos fatos no âmbito das investigações, conferindo-se, assim, certeza à sua esfera de direitos enquanto sujeito passivo da investigação. No sistema atual, essa manifestação do Ministério Público deriva da prerrogativa que ele possui de indicar quem é o indiciado, prevista no art. 5, § 1º, II, do CPP, interpretada à luz do sistema constitucional acusatório. Assim

19 Nesse sentido: Lopes Jr., 2003, p. 299. O interrogatório, visto enquanto instrumento de defesa, exige essa perspectiva. Obviamente, se o suspeito não é conhecido e ainda é ouvido como testemunha (envolvido), essa comunicação é faticamente impossível, mas a partir do instante em que os indícios passam a convergir sobre determinada pessoa, o direito à ampla defesa, em sua perspectiva antecipada na fase das investigações, exige que haja uma comunicação ao suspeito dessa sua situação de “pessoa sobre quem convergem os indícios”, ou seja, de indiciado, inclusive o direito de ter acesso aos autos para conhecer as informações preliminares que existem contra si. Sobre o direito à informação enquanto integrante da ampla defesa (mas analisando o tema apenas no âmbito da ação penal), ver Tucci, 2004, p. 178. Sobre o indiciamento como um “rascunho de eventual acusação”, ver Pitombo, 1983.

se a autoridade policial entende que os fatos são menos graves e o Ministério Público entende que os fatos são mais graves, o correto seria o Ministério Público exarar sua manifestação e em seguida a autoridade policial realizar o respectivo indiciamento²⁰; todavia, ainda que não ocorra esse indiciamento formal, a investigação deverá materialmente prosseguir pelos fatos mais graves, e o investigado deverá ter assegurados todos os direitos de investigado por esses fatos.

A bem da verdade, o correto seria o Ministério Público exarar seu esclarecimento sobre quais são os fatos investigados, quem é o suspeito, e qual é a qualificação jurídica da *notitia criminis*, e essa manifestação já valer como a definição de indiciamento, sem necessidade de requisição de tal providência à autoridade policial. Quando o Ministério Público requisita o indiciamento e a autoridade policial se nega a realizá-lo, ao argumento de que quem preside exclusivamente o IP é o Delegado de Polícia, cria-se uma situação de disfunção desnecessária, pois basta ao Ministério Público exarar qual é a sua manifestação sobre o caso, e tudo o que passar disso configurará excesso impugnável pela defesa. Há vasta jurisprudência sobre a não vinculação do Ministério Público às conclusões provisórias do Delegado de Polícia. Conferir:

20 Nucci (2008, p. 92) entende que não cabe ao Ministério Público requisitar à autoridade policial o indiciamento, pois isso equivaleria a obrigar a autoridade policial a concordar com o entendimento do Ministério Público. Todavia, de forma contraditória, afirma em seguida que o Ministério Público pode denunciar quem não está indiciado, requisitando sua qualificação e outras diligências pertinentes, o que tem termos práticos significa que o Delegado de Polícia está obrigado a investigar o que o Ministério Público requisitar, criando-se faticamente uma situação de o Ministério Público individualizar o indiciado.

O inquérito policial é peça meramente informativa, com a única função de fornecer os elementos de convicção necessários à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Assim, o Ministério Público, por ser o *dominus litis*, não está adstrito às conclusões da Autoridade Policial, podendo buscar quaisquer outros elementos idôneos para exercer seu mister e, entendendo que os indícios de autoria são suficientes, oferecer a denúncia. (STJ, 5ª T., RHC 19.965/RS, rel. Min Laurita Vaz, j. 27 mar. 2008, DJe 22 abr. 2008).

Para fim de instauração de ação penal, mostra-se irrelevante a divergência entre o tipo legal constante do indiciamento pela autoridade policial e aquele lançado pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, uma vez que este é o detentor da titularidade da ação penal pública (*dominus litis*). (STJ, 5ª T., HC 74.467/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. 19 abr. 2007, DJ 4 jun. 2007, p. 412).

A adequação típica, atribuída pelo Delegado de Polícia, em fase de inquérito policial, não impede que o Ministério Público, verdadeiro *dominus litis*, vislumbre outras condutas delituosas. (STJ, 5ª T., HC 26.920/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 4 mar. 2004, DJ 3 maio 2004, p. 188).

Aliás, mesmo quando a autoridade policial ou o Ministério Público não tenham ainda afirmado expressamente que determinada pessoa é a suspeita do crime, se ela for ouvida como uma testemunha, mas for um possível suspeito da prática do crime, ela já gozará dos direitos de indiciado, dentre os quais a dispensa de assinatura de termo de compromisso ante o seu direito constitucional ao silêncio, bem como o de fazer-se

acompanhar de defensor²¹. Mesmo que a autoridade policial não cumpra uma requisição de indiciamento, o que jamais se admite é que a autoridade policial se recuse a cumprir as diligências de investigação requisitadas pelo Ministério Público em relação aos fatos ou às pessoas por ele indicadas.

Mas se o Ministério Público entende que os fatos são menos graves que os apontados pela autoridade policial, ou que determinada pessoa deve ser excluída das investigações, a manifestação do Ministério Público cria automaticamente uma situação de ilegitimidade para o anterior indiciamento, pois o titular da ação penal afirma desde já que não há indícios suficientes de determinado fato, ou contra determinada pessoa, ou que os fatos cujos indícios estão presentes configura infração

21 Nesse sentido: “O privilégio contra a autoincriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]” (STF, Pleno, HC 79812, rel. Min. Celso de Mello, j. 8 nov. 2000, DJ 16 fev. 2001, p. 21). Em sentido semelhante, ver ainda: STF, Pleno, HC 100200, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8 abr. 2010, DJe-159 26 ago. 2010; STF, Pleno, HC 80584, rel. Min. Néri da Silveira, 8 mar. 2001, DJ 6 abr. 2001, p. 69. Sobre os direitos do indiciado, ver Lopes Jr., 2003, p. 302-308; Choukr, 2001, p. 29-42. Tais autores ainda preconizam que o indiciamento deveria também ter como objeto, *de lege ferenda*, estabelecer alguma limitação temporal para a conclusão das investigações. Para uma visão comparada dos diversos direitos e deveres do investigado, ver a regulamentação do art. 61 do CPP português.

penal diversa da que consta do indiciamento. Nessa situação, há que se aplicar o entendimento jurisprudencial de que, se o indiciamento não se sustenta em indícios suficientes, há uma lesão aos interesses do investigado a justificar a anulação judicial do ato de indiciamento²². Assim, se o titular da ação penal já exara uma *opinio delicti* menos gravosa que a tipificação provisória feita pela autoridade policial, cabe ao juiz determinar a anulação do indiciamento anterior, sob pena de haver constrangimento ilegal; e se o juiz indeferir tal anulação, caberá *habeas corpus*²³. *De lege ferenda*, o correto seria o Ministério Público poder determinar diretamente o “desindiciamento”, ou a correção do indiciamento.

A bem da verdade, a utilização do indiciamento pela autoridade policial em situação em que o Ministério Público não concorda com o indiciamento privilegia apenas o uso do indiciamento enquanto instrumento de estigmatização social,

22 Nesse sentido, admitindo a anulação do indiciamento por evidente falta de provas suficientes: STF, 2ª T., HC 85541, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22 abr. 2008, DJe-157 21 ago. 2008; STJ, 6ª T., HC 43.599/SP, rel. Min. Paulo Medina, j. 9 dez. 2005, DJe 4 ago. 2008. Em sentido contrário, entendendo que o simples indiciamento não configura constrangimento impugnável pela via do *habeas corpus*: STF, 2ª T., RHC 86314, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11 out. 2005, DJ 28 out. 2005, p. 61. Indicando que se a falta de provas para o indiciamento não é evidente não haverá constrangimento ilegal: STF, 1ª T., HC 86149, rel. Min. Eros Grau, j. 6 set. 2005, DJ 7 out. 2005, p. 27. Limitando a possibilidade de anulação do indiciamento apenas aos casos de atipicidade manifesta: STF, 2ª T., RHC 62468, rel. Min. Moreira Alves, j. 16 nov. 1984, DJ 12 abr. 1985, p. 4932.

23 É questionável em nível doutrinário a admissibilidade de *habeas corpus* contra ato de indiciamento, com seu rito mais expedito, já que ele não permite diretamente uma restrição à liberdade, ou se o mais correto seria a utilização de outro instrumento de impugnação. Todavia, de forma geral, o STJ tem admitido o *habeas corpus* para tal finalidade, em casos de atipicidade manifesta. Ver ainda, além dos acima citados: STJ, 5ª T., RHC 30.676/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 26 jun. 2012, DJe 1 ago. 2012.

um instrumento de poder simbólico à disposição da autoridade policial sem o respectivo respaldo de quem é titular do direito de promover a ação penal decorrente da investigação (CHOUKR, 2001, p. 166).

Registre-se, finalmente, que a incursão pela autoridade policial na tipicidade da conduta deve ser sempre formal, sem avançar em demasia sobre questões controvertidas, as quais devem ser apreciadas em primeira linha pelo *dominus litis*. Assim, por exemplo, há farta doutrina nacional no sentido de que a autoridade policial não deve ingressar na discussão aprofundada sobre a tipicidade da conduta no âmbito de seu relatório conclusivo do IP, o qual deve se limitar a indicar as diligências realizadas, e eventualmente indicar outros pontos de relevo da investigação²⁴.

24 Conferir várias posições sobre o tema: “Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente à apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias ou sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial” (RANGEL, 2009, p. 91). “Encerradas as investigações, não podendo a polícia judiciária emitir qualquer juízo de valor – a não ser aquele meramente opinativo do relatório de encerramento do procedimento (art. 10, §§ 1º e 2º, CPP) – acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime, os autos de inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 50-51). “Relatar o inquérito significa descrever todas as diligências realizadas na apuração, se abstendo o delegado de emitir juízos de valor ou opiniões pessoais sobre o fato típico, salvo impressões acerca das diligências investigatórias, sendo imprópria a realização de abordagem doutrinária ou jurisprudencial sobre o fato apurado, já que esta função caberá às partes do processo, mormente ao promotor a quem incumbe a *opinio delicti*” (LIMA, 2008, p. 141). “Efetivamente, o valor do relatório policial, num sistema que fosse aderente à CR e à CADH deve ser mínimo, na medida em que a capitulação jurídica cabe ao titular da ação penal (RT 738/633) e sua ausência, se tanto, configura mera irregularidade administrativa (JTJ 122/554)”

4 Considerações Finais

O presente estudo procura esclarecer que o fato de o Ministério Público ter a titularidade da ação penal e ser o responsável pelo controle externo da atividade policial já lhe atribuí, diretamente da Constituição, o poder de fiscalizar continuamente a atividade policial visando ao bom exercício de sua futura ação penal, o que implica no poder de realizar a definição jurídica dos fatos submetidos à investigação criminal. Eventuais incursões do juiz na tipificação da conduta, na fase das investigações criminais, apenas seriam admissíveis caso uma tipificação mais gravosa já configure por si mesma uma restrição de direitos do investigado, devendo ser tolerante na continuidade da investigação de fatos ainda não comprovados. A autoridade policial pode realizar tipificações provisórias no curso das investigações, mas elas estarão sempre sujeitas à posterior alteração pelo Ministério Público. Não há faticamente conflito de atribuições entre Polícia e Ministério Público quanto à tipificação da conduta investigada, pois a manifestação do Ministério Público sempre prevalece sobre a da autoridade policial, por ser ele o titular do poder de definição jurídica final dos fatos investigados.

(CHOUKR, 2009, p. 67). “É natural que, determinando a lei que o relatório seja feito, a autoridade policial deve prezar a sua função, concretizando-o, o que não impede, em absoluto, se o fizer de modo resumido e inadequado, o prosseguimento do feito. Aliás, é o mais adequado, pois não tem nenhuma utilidade probatória para a instrução do processo, destinando-se o relatório ao esclarecimento do promotor acerca do que foi feito pelo Estado-investigação” (NUCCI, 2008, p.102).

Title: The Power of Defining the Criminal Qualification of the Offense: an Analysis on the Prosecution Role of the District Attorney’s Office, the Judge and the Police

Abstract: Analysis of the roles of the Prosecution Office, Judge and the Police in the criminal investigation phase, according the prosecution system, specifically the power of defining the criminal qualification of the offense. The District Attorney’s Office must control the police activity and be the responsible for the criminal prosecution in Justice, and these powers allow it to define the criminal qualification of the offense during the phase of investigation. The judge may reduce the qualification of the offense during the investigation only if it is already a restriction of the fundamental rights of the person under investigation. Any discrepancies between police and prosecution office related to the juridical qualification of the act under investigation are solved by the direct exercise of the powers of the District Attorney’s Office in the phase of investigation. Constitutional reinterpretation of the Brazilian indictment by the police, in regard of the Brazilian prosecution principle.

Keywords: District Attorney’s Office. The Judge. The Police. Juridical qualification of the criminal offense. Prosecution system. External control of the police. Responsibility for the criminal prosecution.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÓDIGO de processo penal: comentários e notas práticas (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto). Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

D'AMBROSIO, Loris; VIGNA, Piero Luigi. *La pratica di polizia giudiziaria*. 6. ed. Pádua: Cedam, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A polícia criminal no âmbito do novo CPP. *Revista de Investigação Criminal*, Porto, n. 21, dez. 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado: legislação complementar*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GÖSSEL, Karl Heinz. Ministerio Fiscal y policia criminal en el procedimiento penal del estado de derecho. *Cuadernos de política criminal*, Madri, n. 60, p. 611-632, 1996.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Manuel - procédure pénale*. 5. ed. Paris: Lexis Nexis, 2009.

JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUPÁRIA, Luca. Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria. In: GARUTI, Giulio (Ed.). *Indagini preliminari e udienza preliminare*. Torino: Utet Giuridica, 2009. p. 173-240. (Trattato di procedura penale/Diretto da Giorgio Spangher, v. 3).

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVA SANTOS, Andrés de la, et al. *Derecho procesal penal*. 8. ed. Madri: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PITOMBO, Sérgio. O indiciamento como ato de polícia judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 577, p. 513-516, nov. 1983.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades. In: _____. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal, 2010. p. 451-483. t. 2.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

SOUZA, Gilson Sidney Amancio de. Indiciamento em inquérito policial: conveniência da manifestação prévia do dominus litis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, p. 391-393, set. 1992.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O poder de definição da tipicidade das condutas investigadas: uma análise dos papéis processuais do Ministério Público, do juiz e da polícia de investigação. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 333-367, 2013. Anual.

Submissão: 01/04/2013

Aceite: 28/06/2013