

Universidade Estácio de Sá

RODRIGO ALBUQUERQUE VIDAL

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

RIO DE JANEIRO

2016

RODRIGO ALBUQUERQUE VIDAL

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público e Evolução Social.

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ.

RIO DE JANEIRO

2016

A345i Vidal, Rodrigo Albuquerque
Investigação defensiva e o princípio da igualdade / Rodrigo
Albuquerque Vidal. Rio de Janeiro, 2016.
121f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de
Sá, 2016.

1. Direito penal. 2. Inquérito policial. 3. Investigação
criminal. I. Título.

CDD 341.5



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

elaborada por

RODRIGO ALBUQUERQUE VIDAL

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Presidente
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Rubens Roberto Rebello Casara
Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC

À minha esposa, que incentivando meu esforço suportou com amor e paciência as minhas ausências.

À minha mãe, irmã e pai que demonstram orgulho pelas minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me amparar nos momentos difíceis, me dar força interior para superar as dificuldades, mostrar os caminhos nas horas incertas e me suprir em todas as minhas necessidades.

Ao meu orientador Professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú por acreditar em mim e me fazer refletir sobre o caminho a trilhar no presente trabalho acadêmico.

Ao Professor Rogério Bento do Nascimento que, com seus questionamentos na banca de qualificação, me fez (re)pensar e enxergar o problema da minha dissertação por ângulos até então obscuros.

À minha família, a qual amo muito, pelo carinho, paciência e incentivo e, em especial, à Fernanda por toda a sua dedicação e companheirismo e ao meu filho Lucas, que ainda no ventre da minha esposa, serviu de estímulo para que a conclusão desta jornada fosse possível.

Aos amigos que fiz no decorrer do mestrado pela ajuda nos momentos mais críticos e pela parceria nos eventos acadêmicos.

Aos amigos que fizeram parte dessa caminhada sempre me ajudando, incentivando e entendendo a minha ausência.

Aos meus amigos de trabalho que possibilitaram a realização deste trabalho ao permitir que eu pudesse direcionar os meus esforços nesta empreitada.

A todos os professores da pós-graduação em Direito pelo convívio e aprendizado.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

RESUMO

VIDAL, Rodrigo Albuquerque. *A investigação defensiva e o Princípio da Igualdade*. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho pretende analisar a investigação defensiva e distinguir este modelo de investigação autônoma realizada pelo defensor da participação do mesmo na investigação conduzida por órgãos públicos. Traz uma abordagem sobre a investigação criminal e, em especial, uma análise sobre o inquérito policial – modelo de investigação criminal no Brasil. Além disso, são apresentadas outras espécies de investigação preliminar. Visa dar ênfase na discussão acerca da necessidade de inserção da investigação defensiva, presente em países como Estados Unidos e Itália, como forma de busca da igualdade entre acusação e defesa na fase preliminar. Por derradeiro, questiona o modelo investigatório brasileiro e aponta diferentes visões para que se busque um caminho na direção de soluções para o impasse entre um procedimento inquisitivo e o direito de defesa contemplado no texto constitucional.

PALAVRA-CHAVE: Investigação Defensiva. Inquérito Policial. Princípio da Igualdade. Investigação Preliminar.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the defense investigation and distinguish this model of independent investigation conducted by the proponent of involvement in the investigation conducted by public agencies. It brings an approach to criminal investigation and, in particular, an analysis of the police inquiry - criminal model in Brazil. In addition, other species are presented preliminary investigation. Aims to give emphasis on discussion about the need for inclusion of defensive investigation, present in countries like the United States and Italy, as a way to search for equality between accusation and defense in the preliminary stage. For ultimate questions the Brazilian investigative model and points to different views that seek a path toward solutions to the impasse between an inquisitive procedure and the right of defense contemplated in the Constitution.

KEY-WORD: Defensive Investigation. Police Inquiry. Principle of Equality. Preliminary Investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	14
1.1 Definição e Natureza Jurídica	14
1.2 Características Essenciais da Investigação Criminal	19
1.2.1 Instrumentalidade e autonomia.....	19
1.2.2 Objeto	23
1.2.3 Forma dos atos e eficácia probatória	26
1.3 O Panorama Histórico da Investigação Criminal e sua ligação com os modelos de Sistemas Processuais Penais	31
1.4 A Investigação direta pelo Ministério Público	34
1.4.1 Argumentos favoráveis.....	35
1.4.2 Argumentos contrários	37
1.5 A Investigação Defensiva: Demarcação do Tema	39
2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: INQUÉRITO POLICIAL E OUTRAS ESPÉCIES	42
2.1 Espécies de investigação preliminar no Brasil	42
2.1.1 Comissão Parlamentar de Inquérito.....	42
2.1.2 Sindicância	44
2.1.3 Microssistema do Juizado Especial Criminal.....	48
2.1.4 Inquérito Policial	51
2.2 Abordagem histórica da investigação criminal no Brasil	52
2.3 Os sujeitos envolvidos no inquérito policial	55
2.3.1 Polícia Judiciária	55
2.3.2 O Ministério Público	56
2.3.3 O Juiz.....	57
2.3.4 A vítima.....	62
2.3.5 O imputado	64
2.4 A estrutura legal do inquérito policial	68
2.5 O valor dos elementos colhidos no inquérito policial	71
3 EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS (NORTE-AMERICANA E ITALIANA) ACERCA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	75
3.1 Principais aspectos da investigação criminal nos Estados Unidos	75

3.2 Principais características da investigação criminal italiana	79
3.3 Aspectos normativos da investigação criminal na Itália	82
4 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES	89
4.1 O princípio constitucional da igualdade	89
4.2 O direito à prova e a investigação do delito	93
4.3 A limitação jurídica da investigação defensiva	98
4.4 A “importação” da investigação defensiva.....	101
4.5 A necessidade de um contraditório mínimo	104
4.6 A busca de paridade de armas entre acusação e defesa (re)pensando o modelo de inquérito policial	108
4.6.1 Atuação dos órgãos públicos na investigação preliminar a cargo do Ministério Público.....	109
4.6.2 A figura do juiz das garantias e a exclusão física das peças do inquérito policial	109
4.6.3 Direito de defesa.....	111
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Com o decorrer da atividade profissional como Advogado Criminalista, cada vez mais focado no aperfeiçoamento e dedicação nesta área, foi possível verificar as dificuldades enfrentadas para o exercício do direito de defesa na fase pré-processual. Esta impressão aliada à vivência acadêmica como professor de Processo Penal alimentou ainda mais os questionamentos e reflexões acerca da Investigação Criminal Defensiva, do Inquérito Policial e do Princípio da Igualdade, temas que serão abordados no presente trabalho.

Atualmente, em vários países, muito se discute acerca do papel da investigação preliminar. Segundo a doutrina majoritária brasileira, percebe-se, com clareza, que o objetivo do inquérito policial, procedimento administrativo presidido pela Autoridade de Polícia Judiciária - ou pelo Ministério Público -, seria de colheita de elementos de informação para apuração de materialidade e indícios de autoria visando o embasamento de futura ação penal. No Brasil, ainda persiste o entendimento de que, na primeira fase da persecução penal, por se tratar de procedimento preparatório e inquisitório, o imputado não é sujeito de direitos, mas sim mero objeto de investigação.

Está ocorrendo um gradativo aumento das atribuições do promotor de justiça. Hoje em dia, o Ministério Público não apenas requisita diligências durante a fase investigativa, conforme prevê o artigo 129, VIII da Constituição da República, mas também pode conduzir a investigação. No dia 18/05/15, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito do tema com repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 593.727 e reconheceu a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público.

Por conta disso, a própria terminologia “inquérito policial” deve ser revisitada, uma vez que, atualmente, além da Polícia Judiciária, o Ministério Público também pode conduzir a investigação.

O interesse específico em abordar a investigação criminal defensiva consiste no fato de que, em regra, nos países onde o Ministério Público conduz a investigação preliminar também é facultada a iniciativa investigatória e probatória à defesa.

A investigação defensiva e a participação do defensor na investigação pública não se confundem. Na investigação defensiva, o defensor dita os rumos do procedimento, com autonomia em relação aos órgãos públicos, com o intuito de reunir elementos em favor do imputado, enquanto que, no inquérito policial, admite-se alguma intervenção do defensor, em atenção ao direito de defesa, mas se trata de um procedimento discricionário conduzido pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público.

O tema é vasto, ainda timidamente analisado pela doutrina brasileira e o presente trabalho é tão-somente um passo na discussão sobre a real necessidade de uma regulamentação da investigação criminal defensiva em busca de igualdade entre acusação e defesa na investigação preliminar.

Superada a delimitação do tema, destaque-se que a dissertação foi dividida em quatro capítulos. No primeiro deles, procurou-se analisar o conceito de investigação criminal, suas principais características, finalidade e o valor probatório dos elementos colhidos na fase preliminar. Além disso, foi feita, ainda que de forma abreviada, uma abordagem histórica da investigação criminal e sua relação com os sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo e misto. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, ainda que pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, não é uníssono na doutrina brasileira e, por isso, foram apresentados os argumentos favoráveis e contrários. E, por último, foi delimitado o tema da investigação defensiva.

No segundo capítulo, uma vez que o inquérito policial – modelo de investigação criminal no Brasil - é apenas uma das espécies de investigação preliminar, foram apresentadas outras formas de procedimentos investigativos, mais especificamente, a Comissão Parlamentar de Inquérito, a Sindicância e o Microsistema do Juizado Especial Criminal. Não houve maior delonga na apresentação destas outras espécies investigatórias em virtude do cerne do presente trabalho que recai sobre a investigação criminal. Neste capítulo, o modelo investigatório brasileiro foi destrinchado, com abordagem histórica, apontamento dos sujeitos envolvidos, apresentação da estrutura legal e a eficácia probatória.

No terceiro, como não existe investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se experiências estrangeiras (norte-americana e italiana) sobre a investigação defensiva. Apesar de admissível a investigação criminal defensiva nos Estados Unidos, o paradigma utilizado é o italiano, uma vez que a Itália sofreu, nas últimas décadas, grande mudança estrutural em sua legislação processual penal à procura de uma equidade entre acusação e defesa na fase pré-processual.

E no quarto e último capítulo, além de discutir o princípio constitucional da igualdade, há uma análise do direito à prova e a investigação do fato delitivo e, principalmente, se questiona a necessidade de “importação” da investigação defensiva como garantia de igualdade entre acusação e defesa na etapa preliminar. Ademais, o modelo investigatório brasileiro é (re)pensado com apresentação de sugestões para que se amolde ao texto constitucional, já que o Código de Processo Penal data da década de 40.

O presente trabalho buscou relacionar o modelo de inquérito policial e o princípio da igualdade, além de discutir se a falta de regulamentação da investigação defensiva no Brasil provoca desigualdade entre acusação e defesa.

Para que tais objetivos fossem alcançados, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, por meio de legislações, artigos, jurisprudências e doutrinas, inclusive internacionais, para demonstrar experiências sobre investigação defensiva nos Estados Unidos e Itália.

As páginas a seguir pretendem discutir o modelo de investigação brasileiro, por diversos ângulos, buscando contribuir para uma reflexão na direção de soluções para os impasses existentes entre o predomínio da característica inquisitiva do inquérito policial e o exercício do direito de defesa, consagrado no texto constitucional.

1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1 Definição e Natureza Jurídica

A persecução penal abrange, ordinariamente, duas fases distintas: a da investigação e a do processo judicial.

Derivado dos vocábulos latinos *investigatio* e *investigare*, o termo “investigação” significa indagar com cuidado, seguir o rastro. No sentido gramatical, entende-se por investigação a pesquisa de indícios e vestígios concernentes a determinados fatos para esclarecer ou descobrir alguma coisa.¹

A busca por uma denominação adequada para essa atividade prévia ao processo, com visível conotação instrumental, fez com que os legisladores adotassem diversas terminologias. Assim, no Brasil, denomina-se “inquérito policial”, em atenção basicamente ao órgão encarregado da atividade. Já o legislador italiano emprega o termo *indagine preliminare*, enquanto que, nos Estados Unidos, chama-se *investigation*. Seria possível trazer denominações diversas utilizadas por outros países, mas levando em consideração que as experiências estrangeiras constantes em capítulo oportuno irão se limitar a estes dois países, não haverá maior delonga no aspecto terminológico.

Nos dizeres de Tourinho Filho², “inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP), visando a elucidar as infrações penais e sua autoria”.

Na mesma linha, Guilherme Nucci³ destaca que no inquérito “reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza, a ocorrência de um delito e seu autor”.

No entendimento de Aury Lopes Jr.⁴, o termo mais adequado seria o de “instrução preliminar”. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa informar, ensinar. Serve para a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não processo. Reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento.

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulo jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 451.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 74.

⁴ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

Sustenta que ao vocábulo *instrução* deve ser acrescido outro – *preliminar* – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Etimologicamente, o vocábulo *preliminar* vem do latim – prefixo *pre* (antes) e *liminaris* (algo que antecede, de entrada) – deixando em foco seu caráter de “porta de entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas.

No mesmo sentido, entende Joaquim Canuto Mendes de Almeida ao propugnar a existência de atos instrutórios (repetíveis e irrepetíveis) na investigação, por ele denominada de “instrução preliminar”. O autor defende o seu pensamento da seguinte forma:

instrução criminal é atividade de informar-se a autoridade sobre a infração, com todas as suas circunstâncias. Dela depende a imposição da pena ou a aplicação da medida de segurança, em seus aspectos positivos (condenação) e negativo (absolvição) e, então, se denomina instrução definitiva. Entretanto, dela depende, também, liminarmente, a sujeição ou não do indiciado à acusação e, nesse caso, se chama instrução provisória ou preliminar ou, ainda, curtamente, instrução criminal, em sentido estrito.⁵

Não obstante as vozes divergentes até aqui trazidas, no Brasil, é tradicional o emprego de *investigação criminal*. A doutrina brasileira opta por utilizar *investigação*, reservando *instrução* para a fase processual. O próprio Aury Lopes Jr., vencido pela tradição, adota *investigação* no título de uma de suas obras, mais especificamente, no livro *Investigação preliminar no processo penal*. O autor ressalta que a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões particulares de inquérito, sindicâncias, etc.⁶

Em termos jurídicos, a investigação é um procedimento⁷ formado por um conjunto de atos interligados que visam elucidar um fato obscuro. Quando a circunstância a ser aclarada é uma eventual prática delituosa, chama-se a investigação de “criminal”.

José Frederico Marques⁸ descreve a investigação criminal como atividade estatal de persecução criminal destinada a embasar futura ação penal e que apresenta caráter preparatório e informativo, pois o seu objetivo é levar ao órgão encarregado da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo.

⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 191-192.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p 33. Segundo o autor, “o procedimento apresenta a característica de ser composto de atos ordenados de forma metódica, de maneira que um pressupõe o próximo até o último ato da série, distinguindo-se, por isso, de outras realidades de formação sucessiva. A ideia de ordem insere-se no contexto da realidade unitária procedimental e a explica”.

⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 139.

Marta Saad⁹ argumenta que os elementos constantes da investigação criminal não teriam finalidade apenas informativa, mas serviriam também de amparo para o convencimento acerca da viabilidade da ação penal, ou sobre as condições necessárias para a decretação de qualquer provimento cautelar no curso da fase investigatória.

Sem oposição à discussão doutrinária acerca do caráter informativo da investigação criminal, pode-se conceituar a investigação criminal como procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal, com o objetivo de reunir elementos materiais relacionados ao possível ilícito penal.¹⁰

Contrariamente ao que é sustentado por alguns autores, defensores da doutrina clássica, a investigação criminal não busca comprovar o delito. A sua finalidade não é confirmar a tese acusatória, mas verificar a plausibilidade da imputação, evitando processos criminais desnecessários. De acordo com escólio de Francesco Carnelutti, a investigação não se faz para comprovar uma infração penal, mas para evitar uma imputação aventurada.¹¹

Com relação à natureza jurídica da investigação criminal também não existe consenso. No Brasil, sustenta-se que o modelo investigatório criminal possui natureza administrativa.

Gustavo Badaró¹² sublinha que o inquérito policial é um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, escrito e sigiloso. Destaca que trata-se de um procedimento na medida em que o legislador prevê uma sequência de atos a serem praticados pela autoridade policial, prevendo os meios de início, quais as diligências a serem realizadas, a forma dos atos investigatórios, o prazo, e o término do inquérito policial.

Corroborando com o entendimento acima, Aury Lopes Jr.¹³ sustenta que a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual.

A atividade não pode ser considerada judicial, porque carece de mando de uma autoridade com poder jurisdicional e também não pode ser processual, uma vez que não

⁹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 160.

¹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 17.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual penal*. Campinas: Peritas, 2001, vol. 2, p. 113.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 71.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116.

possui a estrutura dialética do processo. Como resume Manzini¹⁴, só pode haver uma relação de índole administrativa entre a polícia, que é um órgão administrativo igual ao Ministério Público (quando vinculado ao Poder Executivo), e aquele sobre quem recaia a suspeita de ter praticado um delito.

Noutro giro, Scarance Fernandes vai além e diz que:

sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer a uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.¹⁵

A posição que parece mais sólida sustenta que a natureza jurídica da investigação criminal será determinada pela análise de sua função, estrutura e órgão encarregado. A natureza jurídica da instrução preliminar é complexa, pois nela são praticados atos de distinta natureza (administrativos, judiciais e até mesmo jurisdicionais). Por este motivo, ao classificá-la, deve ser levada em consideração a natureza jurídica dos atos predominantes. Isso porque, mesmo num procedimento claramente administrativo como o inquérito policial, também podem ser praticados atos jurisdicionais, mediante a intervenção do juiz. À título exemplificativo, é possível apontar a decretação de uma prisão preventiva. Feita a observação, serão analisadas as duas principais correntes acerca da natureza jurídica da investigação preliminar.¹⁶

A primeira entende que a natureza seria de procedimento administrativo pré-processual, porque considera a investigação preliminar como uma fase antecedente, um procedimento prévio e preparatório do processo penal, sem que seja, em si, um processo penal.

Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, ou seja, um agente que não possua poder jurisdicional. Desta forma, é possível classificar o inquérito policial como um procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à Administração – Poder Executivo – e que, por isso, desenvolve tarefas de natureza administrativa.

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116 *apud* *Tratado de derecho procesal penal*. Barcelona, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1951. V. I, p. 120.

¹⁵ SCARANCE, Antonio Fernandes. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p 67.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

Em seu artigo 144, a Constituição Federal outorga às polícias civis e federais, em seus respectivos âmbitos, a função de polícia judiciária, mas isso não significa que pertençam ao Poder Judiciário nem que suas atividades tenham o *status* de ato judicial. São atividades inerentes ao poder-dever de garantia da segurança pública a que estão vinculados o Estado e os órgãos da administração.

No entanto, importante pontuar que, uma segunda corrente entende que, de forma excepcional, a investigação preliminar realizada pelo órgão acusatório terá a natureza jurídica de procedimento *judicial* pré-processual. Isso ocorrerá em países, como a Itália, onde o Ministério Público encontra-se constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário e, por conseguinte, possui as mesmas garantias da Magistratura, consoante disposto no artigo 107 da Constituição italiana. Neste caso, será um procedimento judicial, e não jurisdicional, porque, apesar de integrar o Poder Judiciário, o órgão responsável pela acusação não possui *poder jurisdicional*.

Ademais, a atividade exercida na *indagine preliminare* não é própria da jurisdição, muito pelo contrário, consiste em determinar como introduzi-la¹⁷, preparando o exercício da ação penal.

Não obstante estar integrados ao Poder Judiciário, os promotores têm atribuições distintas da *jurisdictio*, que é exclusiva dos juízes, pois eles aplicam o direito objetivo ao caso concreto.

Aury Lopes Jr.¹⁸ vai além e entende que, ainda que dirigida por uma autoridade judiciária dotada de poder jurisdicional, como ocorre na Espanha, por exemplo, onde a investigação fica a cargo de um Juiz Instrutor, esta não pode ser considerada processo em sentido próprio por carecer das mínimas notas características da atividade puramente processual, tais como: exercício de uma pretensão, presença de partes potencialmente contrapostas, garantia de contraditório e ampla defesa, existência de uma sentença e a produção de coisa julgada.

Sustenta que falta uma coordenação de atos, chamada de *estrutura dialética do processo* por Calamandrei e Redenti,¹⁹ em virtude da qual se desenvolve uma espécie de luta

¹⁷ FERRAIOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. *Corso di Diritto Processuale Penale*. Padova: Cedam, 1992. p. 29.

¹⁸ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94.

¹⁹ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94 *apud* ARAGONES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 191.

de ações e reações, na qual cada uma das partes provoca, com a própria vontade, o movimento dos outros sujeitos e espera um novo impulso para se colocar em movimento novamente.

Sem embargo ao acrescido, importante destacar que os atos de investigação praticados pelos membros do Ministério Público não são meramente administrativos, mas, sim, judiciais. Seu poder não decorre mais da investidura do Poder Executivo, mas do Judiciário.

Portanto, considera-se procedimento judicial pré-processual quando a investigação preliminar está a cargo de um órgão que pertence ao Poder Judiciário e dirige a investigação na potestade que emana do fato de integrar o Poder Judiciário.

Em suma, a investigação criminal é um procedimento administrativo ou judicial - conforme o órgão responsável por sua condução - e pré-processual, pois ocorre antes do processo criminal, para reunir elementos de convicção acerca de eventual prática delituosa.²⁰

1.2 Características Essenciais da Investigação Criminal

1.2.1 Instrumentalidade e autonomia

A persecução prévia apresenta duas características que merecem relevo: instrumentalidade e autonomia. A primeira delas decorre do fato de ser um procedimento instrumental à ação penal, pois se destina a esclarecer os fatos constantes da *notitia criminis*, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal.

A instrumentalidade é a nota predominante da investigação preliminar.²¹ Ela pode ser qualificada como de segundo grau, por ser instrumento a serviço de outro instrumento²², o processo criminal, que, por sua vez, destina-se à aplicação da norma penal em respeito aos direitos e garantias individuais.²³

Da característica instrumental da investigação criminal deduz-se a sua dupla função apontada pela doutrina brasileira, a saber: preservadora e preparatória. Preservadora,

²⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 18.

²¹ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

²² É possível dizer que a investigação criminal é um *instrumento a serviço de outro instrumento*, como bem resumiu Calamandrei ao se referir às medidas cautelares do processo civil. LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98 *apud* CALAMANDREI, Piero. *Introduzioni allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: Cedam, 1936. p. 21 e s.

²³ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

porque evita a instauração de ação penal temerária e, assim, resguarda a liberdade do inocente e refreia custos desnecessários para o Estado e preparatória, porque resguarda meios de prova que poderiam se esvaír ao longo do tempo.

A investigação não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento-maior ao qual presta serviço. No entanto, dentro desse fim de instrumento de garantia, cabe o questionamento com mais especificidade acerca do que pretende garantir a investigação criminal.

Da mesma forma que o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, a investigação preliminar também atende a um visível interesse de eficácia de direitos fundamentais, para evitar as acusações e os processos infundados. Nesse sentir, Carnelutti²⁴ defende que a investigação preliminar não se faz para a comprovação do crime, mas apenas para excluir uma acusação aventurada. Em momento seguinte²⁵, sustenta que, para evitar equívocos, o objetivo do procedimento preliminar não deve ser entendido como uma preparação ao procedimento definitivo, mas, ao contrário, como um obstáculo a ser superado antes da abertura do processo judicial.

Na mesma linha e ressaltando a finalidade protetiva, Leone²⁶ defende que a investigação preliminar possui dois objetivos: assegurar a máxima autenticidade das provas e evitar que o imputado inocente seja submetido ao processo, que, com sua publicidade, ainda que a acusação venha a ser rechaçada, constitui causa de grande descrédito, constrangimento e humilhação²⁷.

No mesmo sentido é o entendimento de Gomes Colomer. Para o autor,

(...) las metas del proceso penal son varias y de similar importância, aunque complejas: lograr la condena del culpable aplicando el llamado derecho penal material, garantizar la protección del inocente evitando su condena y asegurando que tendrá el proceso debido, impedir cualquier forma de arbitrariedad en la actuación estatal, y llegar a una sentencia firme y justa²⁸.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997. p. 338.

²⁵ *Idem*, p. 346.

²⁶ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 100 *apud* LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América 1963. 3 t., v.2, p. 84 e s.

²⁷ Carnelutti define como a *misura di sofferenza spirituale*. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul Processo Penale*, Roma: Dell'Ateneo, 1946, v.1, p. 67 e s.

²⁸ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 100 *apud* GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal en el Estado de Derecho*. Lima: Palestra, 1999, p. 94.

Já na posição de Aury Lopes Jr.²⁹, das funções de apurar e comprovar a *notitia criminis*, justificar o processo ou o não processo, e proporcionar uma resposta com a máxima brevidade ao delito cometido, extrai-se os três pilares básicos da investigação preliminar: busca do fato oculto, função simbólica e inibir acusações infundadas.

O primeiro deles, reside no fato de que a conduta delituosa é, em regra, praticada de forma dissimulada, oculta, seja para não frustrar os próprios fins do crime, seja para evitar a pena como efeito jurídico. Já o segundo pilar contribui para restabelecer a tranquilidade social abalada pelo delito, enquanto que o terceiro constitui-se numa função de “filtro processual”, uma vez que a investigação preliminar pode ser considerada um *inter*, uma fase intermediária que serve de elo entre a *notitia criminis* e o processo penal. Este último pilar se torna especialmente relevante se forem levados em consideração três fatores: o custo do processo, o sofrimento psíquico que causa ao sujeito passivo e a estigmatização social e jurídica gerada, o chamado etiquetamento³⁰.

A segunda característica da investigação criminal que merece ser sublinhada é a autonomia, uma vez que, apesar de servir ao processo, sua existência é independente. Existem casos em que a imputação é descabida e a investigação arquivada sem que se inicie a relação jurídica processual. Noutra giro, pode haver processo sem prévia instrução preliminar, se o órgão acusatório possuir elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva para oferecer acusação formal.

Neste sentido é a redação dos artigos 12, 39, §5º, e 46, §1º, do Código Processual Penal.

De qualquer modo, nunca é demais salientar que a peça acusatória não poderá ser recebida sem que haja justa causa para embasar a ação penal, sob pena de rejeição da peça inicial, nos moldes do artigo 395, III do referido diploma legal.

Neste sentido, é a posição de Guilherme Nucci³¹ ao dizer que

Quando o acusador possuir provas suficientes e idôneas para sustentar a denúncia ou a queixa, nada impede que se supere a fase do inquérito, embora seja isso muito raro. As hipóteses em que o inquérito policial deixa de ser feito são representadas pela realização de outros tipos de investigação oficial – como sindicâncias, processos administrativos, inquéritos militares, inquéritos parlamentares, incidentes processuais, etc. -, bem como pela possibilidade, não comum, de se conseguir ajuizar a demanda simplesmente tendo em mãos documentos legalmente constituídos.

²⁹ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 100.

³⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. – 12. ed. ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013. p. 115.

Nos dizeres de Aury Lopes Jr.³², a autonomia da investigação criminal reflete-se em três planos: sujeitos, objeto e atos.

Com relação ao primeiro deles, importante destacar que a atividade criminal não é exclusividade de órgãos estatais. Eventualmente, os elementos de convicção podem ser obtidos por um particular, por exemplo, o defensor do imputado, do ofendido ou de qualquer outra parte privada, e, portanto, fora dos autos de um procedimento administrativo presidido por autoridade pública – é o que se denomina investigação privada.³³

Levando em consideração este critério subjetivo do responsável pela atividade investigatória, a investigação defensiva, tanto a realizada pela vítima, quanto a praticada por qualquer outro particular, é espécie de investigação privada.

Já a investigação realizada por órgãos estatais, que se denomina investigação pública, será atribuída, casuisticamente, à Polícia Judiciária, ao Juiz de Direito ou ao Ministério Público.

Na primeira hipótese, presente no Brasil e na Inglaterra, incumbe à Autoridade Policial definir a linha de investigação, praticando diretamente os atos pertinentes ao esclarecimento da imputação, excetuando aqueles que impliquem restrição a direitos fundamentais, por dependerem de prévia autorização judicial.

É possível, também, a condução da investigação pela Autoridade Judiciária, o chamado “juiz instrutor”, como sucede na Espanha. Ao tomar ciência da imputação, o juiz determina a instauração do procedimento investigatório e desenvolve os atos indispensáveis à elucidação do fato apresentado na notícia-crime.

Importante esclarecer, desde logo, que não existem partes na investigação, senão meros sujeitos. Ademais, os que intervêm na investigação preliminar não são, em regra, exatamente os mesmos que atuam no processo, pois, até no sistema de investigação judicial, o juiz instrutor não é o mesmo que atuará na demanda (presunção absoluta de parcialidade) e, de toda sorte, o conteúdo da sua atuação é completamente distinto.

Vale salientar, ainda, que o atual juiz instrutor não se confunde com a figura do “inquisidor”. Primeiramente, porque há a separação das funções de investigar, acusar e julgar: enquanto o juiz instrutor investiga, o Ministério Público ou o próprio ofendido acusam e um

³² LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

³³ Imperioso distinguir a investigação privada realizada pelo defensor, sem regulamentação no Brasil, da atividade de investigador particular. Tal ofício, no Brasil, foi instituído pela Lei nº 3.099/1957, e regulamentado pelo Decreto nº 50.532/1961. É permitido o exercício da atividade laborativa de investigador particular, desde que não ocupe a atribuição privativa da Polícia Judiciária, nem atente contra a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a boa reputação das pessoas.

outro juiz – diverso do instrutor – atua no processo. Segundo, porque o juiz instrutor, ao contrário do inquisidor, tem o dever de ser imparcial, recolhendo provas relacionadas à imputação, independentemente de serem favoráveis à acusação ou ao imputado.³⁴ Como destacado por Claus Roxin³⁵, a investigação preliminar deve estruturar-se de forma a possibilitar não somente a comprovação de culpabilidade do imputado, mas também a exoneração do inocente.

Ademais, o próprio órgão jurisdicional desempenha na investigação uma atividade qualitativamente diversa daquela realizada na fase judicial. A situação do imputado também é distinta, uma vez que a investigação pode surgir e se desenvolver quase que totalmente sem a sua presença - ainda predomina o entendimento de que a fase pré-processual é inquisitiva e, portanto, neste momento, o imputado não é sujeito de direitos, mas mero objeto da investigação -, diferentemente do que sucede no processo.³⁶

Por derradeiro, o Ministério Público, através do “promotor investigador”, pode conduzir a investigação criminal. É o modelo vigente, por exemplo, em países como Portugal, Itália e Alemanha.

Nesse sistema, o próprio promotor, tendo conhecimento de uma suposta prática delituosa, realiza, com auxílio da polícia judiciária ou *sponte propria*, as diligências necessárias para a apuração do *fumus commissi delicti*.

Assim como a Autoridade Policial, o promotor investigador depende de autorização judicial para ultimar medidas restritivas de direitos fundamentais. Em linhas gerais, nos ordenamentos em que a investigação é dirigida pelo Ministério Público, existe a figura de um juiz responsável especificamente pela instrução preliminar (juiz de garantias), que tem a função de zelar pelos direitos e garantias individuais, bem como controlar a legalidade dos atos praticados pelo promotor investigador.³⁷

1.2.2 Objeto

A investigação tem como escopo averiguar as circunstâncias narradas na *notitia criminis*, reunindo elementos relacionados à suposta prática delituosa.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71-73.

³⁵ ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 152.

³⁶ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

³⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 26.

O objeto da investigação é o fato noticiado, isto é, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase.³⁸

Assim, a investigação serve, em linhas gerais, para analisar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a materialidade e a autoria. Como ressaltado por Claus Roxin, a instrução preliminar deve estruturar-se de forma a possibilitar não somente a comprovação da culpabilidade do imputado, mas também a exoneração do inocente.³⁹

Nessa fase pré-processual, não há acusação em sentido estrito, uma vez que a finalidade da etapa investigatória é verificar a viabilidade de eventual pretensão acusatória. A investigação é que permitirá “a transição entre a mera possibilidade (notícia-crime) para uma situação de *verossimilitude* (imputação/indiciamento) e posterior *probabilidade* (indícios racionais), necessária para a adoção de medidas cautelares e para receber a ação penal”.⁴⁰

Portanto, o objeto da investigação é a tarefa de coligir elementos materiais capazes de precisar o nível do juízo existente acerca dos fatos narrados na notícia-crime. Se permanecer o juízo de possibilidade, a investigação deve ser arquivada, entretanto, caso se evolua para o juízo de probabilidade, inaugura-se a ação penal.⁴¹

Como ensina Carnelutti⁴², existe possibilidade ao invés de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as negativas ou vice-versa.

Noutro giro, se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a acusação, pois com a deflagração da ação agrava-se nitidamente a situação do imputado. Para que o processo se inicie é necessário que haja o predomínio das razões positivas, alcançando, desta feita, um juízo de probabilidade.

Neste sentido, Aury Lopes Jr.⁴³ salienta a importância do momento em que o magistrado decide sobre o recebimento ou não da denúncia ou queixa, na medida em que todas as decisões têm o dever constitucional de motivação. E o autor vai além, interpretando as palavras de Carnelutti, requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é

³⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

³⁹ ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 152.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

⁴¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, vol. 2. p. 181-182.

⁴³ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 171.

provavelmente *típica, ilícita e culpável*. Ademais, sustenta que não podem coexistir – em grau de probabilidade – os requisitos negativos do delito, ou melhor, não podem ser prováveis as causas de exclusão da ilicitude (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc.), pois o grau de igualdade entre os requisitos positivos e negativos faz com que se retorne à mera possibilidade.

Definido o objeto da investigação, imperioso delimitar o *quanto de conhecimento* (cognitio) *do fato* é necessário para que a fase pré-processual cumpra com sua função.

Comumente, os ordenamentos jurídicos conciliam as limitações qualitativa e quantitativa, criando um sistema misto. Como exemplo, é possível citar o Brasil, que prevê para o inquérito policial, em tese, restrição material no art. 4º, *caput*, do CPP, e temporal no art. 10 do mesmo diploma.⁴⁴

Levando em consideração que a investigação criminal é uma fase de cognição sumária, isto é, a atividade instrutória está limitada à obtenção dos elementos indispensáveis para a comprovação do *fumus commissi delicti*, não se persegue nesta fase o juízo de certeza, sob pena de retardar indefinidamente a apuração dos fatos e levar à posterior repetição de atos probatórios prematuramente realizados na investigação.⁴⁵ Daí decorre a limitação qualitativa, ou seja, existe uma restrição com relação à matéria a ser apreciada durante a investigação e o seu respectivo grau de convencimento por parte do titular do procedimento investigatório.

Uma etapa pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua totalmente a fase processual, transformando-se na alma do próprio processo.⁴⁶

Em suma, atingido um grau de convencimento tal que o *parquet* possa oferecer a denúncia com elementos suficientes – probabilidade do *fumus commissi delicti* -, ele deverá determinar a conclusão do inquérito policial e deflagrar a ação penal. Caso contrário, restando evidenciado que os elementos não alcançam o grau de probabilidade exigido para a admissão da acusação, o mesmo deverá requerer o arquivamento do procedimento.⁴⁷

Diferentemente à limitação qualitativa, a quantitativa diz respeito ao aspecto temporal, estabelecendo um prazo determinado para o fim da investigação criminal. Para a

⁴⁴ De acordo com o art. 4º, *caput*, do CPP, a investigação feita pela Polícia Judiciária “terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Já o art. 10 do CPP determina o prazo de 10 (dez) dias para o término do inquérito policial, se o indiciado estiver preso preventivamente, e de 30 (trinta) dias se estiver solto.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 101-104.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

adequação desse lapso temporal, é importante considerar a complexidade dos fatos, a gravidade do crime e a sujeição do imputado à prisão cautelar.⁴⁸

Com o intuito de impedir que as investigações acerca do fato e de sua autoria se eternizem, o legislador pode, como fez no art. 10 do CPP, limitar temporalmente a instrução preliminar, forçando, assim, uma maior celeridade por parte do órgão instrutor, que se verá compelido a proporcionar mais brevemente os subsídios mínimos para que a acusação ou o arquivamento possam ser fundamentados com uma razoável motivação.

Caso a investigação criminal extrapole as referidas limitações, deve ser reconhecida a ineficácia dos seus atos, tal como sucede na Itália.⁴⁹

1.2.3 Forma dos atos e eficácia probatória

Formalmente, a persecução prévia pode ser escrita ou oral; obrigatória, facultativa ou mista; e pública ou secreta. Será escrita se a maioria dos atos praticados for documentada por escrito, os quais serão considerados na formação do juízo das autoridades competentes. Em sentido contrário, será oral se houver o predomínio de atos produzidos oralmente, que servirão de alicerce para a resolução judicial.⁵⁰

Importante destacar que a imediação e a identidade física estão intimamente relacionadas à titularidade da fase pré-processual e à estrutura da fase intermediária, que é o elo entre a instrução preliminar e o processo, o momento em que se realiza um juízo de pré-admissibilidade da acusação.⁵¹ Desta forma:

a) No sistema de investigação preliminar judicial, é possível um maior grau de oralidade, imediação e identidade física – ainda que limitada a publicidade – quando o mesmo juiz investiga e decide se admite ou não a acusação. O inconveniente é a violação ao princípio da imparcialidade.

b) Na investigação preliminar a cargo do Ministério Público ou da Polícia, quem decide sobre a abertura do processo é o magistrado, que muito pouco ou nada participa da fase

⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106.

⁴⁹ O art. 407, 3, do CPP italiano dispõe sobre a pena de “inutilizzabilità”. Prescreve tal dispositivo que “qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l’azione penale o richiesto l’archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati”.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 115-116.

⁵¹ Sempre considerando que o juiz instrutor não atuará na fase processual. Essa é a regra nos sistemas europeus, entretanto é possível encontrar na América do Sul a figura do juiz instrutor que também julga, como é o caso do Uruguai.

pré-processual. A regra é que esse juiz que decide sobre a pré-admissibilidade da acusação faça-o baseando-se na prova escrita, uma vez que não presenciou a produção. Logo, não há oralidade nem imediação. Favorece o segredo e não se fala em identidade física do juiz.

c) De forma excepcional, em sistemas como o inglês, existe um alto grau de oralidade, publicidade, imediação e concentração dos atos, pois na fase intermediária comparecem o titular da instrução preliminar (polícia ou, nos delitos graves, o *Director of Public Prosecution*) e o sujeito passivo, para a realização de uma audiência em que se produzirá a prova sobre a qual o juiz (*Magistrates` Court/Police Court*) decidirá se admite ou não a acusação. Caso admita, deverá remeter ao tribunal competente para julgar.⁵²

É possível concluir, portanto, que nos modelos de investigação preliminar a cargo do Ministério Público ou da polícia, como ocorre no Brasil, há uma tendência a exigir um alto grau de escritura, ausência de concentração e imediação.

Ademais, a investigação classifica-se em obrigatória, facultativa ou mista, conforme a sua realização seja indispensável ou não para a deflagração da ação penal. Se for facultativa, pode ser apresentada a acusação formal, com base nos elementos probatórios já existentes, independentemente de persecução prévia.⁵³ Se for obrigatória, a abertura do processo criminal está condicionada ao resultado da instrução preliminar. Existe, ainda, o sistema misto, no qual a investigação é obrigatória para os delitos graves e facultativa para os crimes de menor lesividade e complexidade.⁵⁴

E ainda, a persecução prévia pode ser pública ou sigilosa, conforme se limite ou não o acesso de terceiros – e, às vezes, do próprio imputado – aos atos investigatórios. A maioria dos ordenamentos jurídicos atuais prevê a publicidade como regra, admitindo o sigilo em casos excepcionais para garantir a intimidade e a privacidade do imputado ou a eficácia de certas diligências investigatórias.

O alcance ou limite da publicidade é dado pela existência do sigilo, que, segundo Leone⁵⁵, poderá ser *externo* ou *interno*.

O sigilo externo, ou para os *estranhos*, como prefere chamar Vélez Mariconde⁵⁶, significa que os atos desenvolvidos na investigação preliminar somente estarão acessíveis aos sujeitos envolvidos e, supostamente, seus advogados.

⁵² LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 190-191.

⁵³ É o sistema adotado em *terrae brasilis*, em que o Ministério Público ou o ofendido poderão acusar, sem prévia investigação policial, caso tenham provas suficientes da materialidade e autoria delitivas (art. 39, § 5º, do CPP).

⁵⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

⁵⁵ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América 1963. 3t., v. 2., p. 94.

Importante ressaltar que o segredo refere-se aos atos instrutórios - e da polícia judiciária -, não ao delito em si, cuja perpetração na maioria dos casos vem a ser publicamente conhecida pela própria natureza das coisas e a consequência das atuais relações sociais.⁵⁷

Imperioso relembrar que o processo penal não é uma *via de mão única*, pois, ao final, a dúvida pode ser restabelecida ou não ser derrubada e a absolvição será, então, um imperativo. Assim, na fase pré-processual, a publicidade externa deve ser restringida para proteger a intimidade e a imagem do acusado, até porque, ao lado desse direito fundamental está outro, de extrema importância: a presunção de inocência.

Nessa linha, seguem os dizeres de Carnelutti⁵⁸:

(...) el imputado, precisamente porque em todo caso, sea culpable o inocente, se encuentra en una posición difícil y dolorosa, debería reclamar, como todos los desgraciados, el silencio y el respeto de los hombres de bien. Pero se puede y se debe ir más lejos: de respeto y de silencio es digno, no sólo el imputado, sino también el condenado. Lo que se puede y se debe hacer con el culpable, es castigarlo, pero no insultarlo ni despreciarlo.

Em sentido contrário, é possível argumentar que a ausência da *publicidade popular*, como denomina Beling⁵⁹, origina a impressão de que existe algo na investigação preliminar que necessita ser ocultado. Como salienta o autor, a publicidade purifica a atmosfera de suspeitas, mais ou menos justificadas, e a Justiça é melhor, tendo de demonstrar ao povo sua estrita legalidade.

Há, ainda, o argumento *pedagógico* da atividade, que se sustenta no fato de que a publicidade auxilia na educação do povo e contribui para a função de prevenção geral da pena, que, uma vez aplicada ao caso concreto, atua inibindo a prática de outros delitos, ante a certeza da persecução penal.

Já o sigilo interno se apresenta na proibição para alguns sujeitos processuais de tomar conhecimento de determinados atos da investigação preliminar. Por suposto, existe uma incompatibilidade lógica entre o sigilo interno e a publicidade externa (ausência de segredo externo), de modo que o primeiro pressupõe a impossibilidade do segundo. Em outras palavras, o sigilo interno pressupõe também o externo.⁶⁰

⁵⁶ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed., Buenos Aires: Lerner, 1969, 2 t., v. 2., p. 393 e s.

⁵⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona: Europa-América, 1951, 5 t., v. 4, p. 185.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *La Publicidad del Proceso Penal, Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960, p. 126.

⁵⁹ BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN, 2000., p. 148-149.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 199.

A investigação preliminar totalmente sigilosa tem um fundamento básico: a maior eficácia da investigação e repressão dos delitos⁶¹. Isso só é possível, porque, para a doutrina clássica, na fase pré-processual, o imputado não é considerado sujeito de direitos, mas sim mero objeto da investigação.

Ocorre que, tal entendimento esbarra no plano constitucional, já que o sigilo interno remonta ao sistema inquisitório e configura um grave mecanismo de desigualdade entre os sujeitos na investigação preliminar, especialmente entre o Ministério Público e o sujeito passivo. A desigualdade estenderá seus efeitos, contaminando também a fase processual.

Com relação a isso, argumenta-se que o sigilo interno serve como instrumento para que o Estado possa “compensar a vantagem” que supostamente possa ter o autor do crime. Aury Lopes Jr.⁶² rebate tal alegação sustentando que este pensamento constitui um grave equívoco, pois coloca em um mesmo plano situações completamente distintas como as que possam dar lugar aos delitos dolosos quando comparados aos culposos.

Ademais, é um erro imaginar que a maior efetividade da instrução preliminar virá da não intervenção do sujeito passivo, pois, se o que se busca é a verdade, não restam dúvidas de que ela brota do contraditório. Como salienta Vélez Mariconde⁶³, o sigilo interno da instrução preliminar complica e prolonga a investigação e o debate, muitas vezes de maneira infrutífera. A ausência de intervenção da defesa torna impossível o controle das discussões e possibilita os erros de interpretação ou omissões, que a presença do defensor teria evitado.

Em suma, a investigação preliminar é um instrumento a serviço do processo penal e, como tal, não pode afastar-se do fundamento da existência do processo penal: a *instrumentalidade constitucional*. O utilitarismo judicial não está de acordo com a razão de existir do processo penal e a investigação preliminar não pode ser concebida de forma separada e contrária aos fins de proteção do processo. Como instrumento, está a serviço do instrumento *maior*.

No concernente à eficácia probatória dos atos de investigação, esta é limitada, ou seja, serve tão somente para fundamentar as decisões interlocutórias proferidas ao longo da instrução preliminar, bem como justificar eventual ação penal ou o arquivamento do feito.

⁶¹ *Ibidem*. p. 200.

⁶² *Ibidem*. p. 201.

⁶³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed., Buenos Aires: Lerner, 1969, 2 t., v. 1, p. 401.

Conforme destacado por Antonio Scarance Fernandes⁶⁴, se a fase de investigação, por um lado, evita acusações temerárias e imotivadas, por outro, os elementos nela colhidos podem ser utilizados apenas para fundamentar a acusação e não um decreto condenatório, sob pena de se violarem os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Os atos de investigação não se confundem com atos de prova, porque não observam as garantias fundamentais da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Logo, não podem ser utilizados para fundamentar a sentença.

Nesse sentido, Marcos Alexandre Coelho Zilli⁶⁵ diferencia elementos meramente informativos de provas:

Os primeiros são obtidos na fase investigatória, sem a participação dialética das partes. Prestam-se para a fundamentação das medidas cautelares e também para a estruturação de uma acusação. As provas, por sua vez, têm o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial. São aquelas produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador.

Marta Saad⁶⁶ também se posiciona acerca desse tema e distingue atos de investigação e de instrução. Segundo a autora, investigação

é a pesquisa sistemática e sequente do objeto, utilizando os meios de apoio técnicos disponíveis, e desenvolve-se pela informação, por meio de fontes regulares ou estimuladas, pela indagação técnica e pela posterior instrumentação, dependente dos recursos técnicos disponíveis. Já a instrução consiste em atividade tendente a produzir prova do fato criminado, comunicando-se ao Judiciário.

Concluindo, atos de investigação não podem embasar a opinião do magistrado no momento da prolação da sentença. Ocasionalmente, admite-se a produção de atos de prova na fase investigatória⁶⁷. É o caso das provas antecipadas (que apresentam fundados riscos de perecimento) e das irrepetíveis (que não podem ser refeitas na instrução processual). Para tanto, exige-se incidente de produção antecipada de provas, que se efetue perante a Autoridade Judiciária, com a participação das partes e total observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 75.

⁶⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O pomar e as pragas*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008, p. 02.

⁶⁶ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 166-167.

⁶⁷ BRASIL, Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

1.3 O Panorama Histórico da Investigação Criminal e sua ligação com os modelos de Sistemas Processuais Penais

A investigação criminal, fase preliminar, assumiu formas distintas ao longo da história, de acordo com as características do sistema processual vigente e teve como propósito comum a aquisição de informações/dados sobre a materialidade e a autoria de eventual prática delitiva. Nela, o imputado, no decorrer deste tempo, adquiriu diferentes poderes e deveres.

O primeiro modelo de sistema processual foi o acusatório, oriundo da Grécia Antiga, devido ao caráter predominantemente privado da acusação. Caracterizou-se pela separação das funções de acusar, defender e julgar.

Nos dizeres de Luigi Ferrajoli⁶⁸,

pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.

Nesse modelo, a investigação preliminar era realizada pelas próprias partes ou conduzida por órgão diverso do julgador, de acordo com os poderes previstos em lei. A Autoridade Judiciária analisava *a posteriori* a legalidade da investigação ou, se necessário, autorizava previamente a realização de determinado ato (normalmente medidas restritivas de direitos fundamentais). O imputado era visto como sujeito de direitos e, como tal, possuía maior possibilidade de intervir na investigação, com o propósito de refutar a acusação.⁶⁹

Até o século XII, vicejava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorreram ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório. Este modelo, que prosperou na Idade Média (Inquisição), prevaleceu até o século XVIII.

É da essência do sistema inquisitório o acúmulo de funções na mão do juiz e a atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 452.

⁶⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

pessoa (juiz) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.⁷⁰

Jacinto Coutinho⁷¹, de forma acalorada, assim o define:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos -, mantém-se hígido.

E, como sintetiza Cunha Martins⁷², no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório, só possível no sistema acusatório.

A investigação era secreta e feita pelo próprio julgador, que deveria inquirir as testemunhas e interrogar o imputado de modo a obter a sua confissão, podendo se valer, inclusive, de práticas de tortura. O imputado, visto como mero objeto da investigação, não tinha qualquer tipo de ingerência nessa fase. Mesmo durante o processo, atribuíam-se limitado direito de defesa ao imputado, pois se buscava, tão-somente, a confirmação dos elementos colhidos na instrução prévia.⁷³

Em verdade, nesse sistema, sequer é possível fazer uma distinção entre a atividade de investigação e de instrução definitiva, uma vez que todos os elementos colhidos pelo juiz inquisidor são considerados provas e, por conseguinte, aptos à formação de seu convencimento.

Por derradeiro, há o sistema misto, que surgiu, como realidade procedimental, no Código de Instrução Criminal Napoleônico de 1808 e disseminou-se por toda a Europa e países latino-americanos, inclusive o Brasil, sendo tipicamente inquisitório na fase de investigação e acusatório na fase processual.

Luigi Ferrajoli⁷⁴ rechaça este modelo, pois entende que a segunda etapa, de caráter acusatório, é mera repetição da primeira fase inquisitória. Para o autor, o sistema misto “foi um monstro nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”.

Aury Lopes Jr.⁷⁵, também crítico do sistema misto, entende que o pensamento tradicional deste modelo deve ser revisado. Dentre outros, apresenta dois motivos: primeiro,

⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, p. 18.

⁷² CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

⁷³ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 454.

porque é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica. E ainda, por ser misto, é fundamental analisar qual o núcleo fundante para definir a prevalência da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do magistrado) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes).

Jacinto Coutinho⁷⁶ defende esta ideia. Para ele, a distinção dos sistemas entre acusatório e inquisitório deve ser feita através do critério concernente à gestão da prova.

Entretanto, Ada Pellegrini⁷⁷ sustenta que tal critério não pode ser utilizado para a classificação acusatório-inquisitório. Segundo a autora, um sistema acusatório pode adotar o *adversarial* ou o *inquisitorial system*, caso a iniciativa probatória seja das partes ou do juiz, respectivamente. Hodiernamente, em decorrência da publicidade inerente ao processo, o que se percebe é um incremento dos poderes instrutórios do magistrado na etapa processual, com vistas ao descobrimento da verdade, em grau mais elevado de probabilidade, e garantir a igualdade entre as partes. Para ela, tais poderes instrutórios do juiz não desnaturam o seu caráter acusatório.

Atualmente, não é possível falar em sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”. Os modelos processuais vigentes em cada país mesclam características de ambos os sistemas, podendo haver um predomínio de um ou outro aspecto.⁷⁸

Todavia, nos países que possuem base democrática sólida e respeito à liberdade individual, há um predomínio das características do modelo acusatório, enquanto nos países em que o autoritarismo ou o totalitarismo são ressaltados, o sistema que predomina é o inquisitório.

No Brasil, a investigação criminal é definida como inquérito policial, conforme o CPP de 1941, realizada pela polícia judiciária com a finalidade de apuração das infrações penais e da sua autoria e tem como natureza jurídica ser um procedimento administrativo pré-processual.

Por ser fruto do sistema autoritário de 1937, quando houve o Golpe de Estado que resultou na quarta Constituição de caráter centralista e autoritário, o inquérito policial tem uma *inspiração autoritária*⁷⁹, reforçada ainda pelo fascista “Código de Rocco” (italiano).

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008. p. 11.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, jul-set. 1999. p. 72-74.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 101-102.

Apesar de atualmente, o Brasil estar em outro momento político, o diploma processual permanece da década de 40, o que torna obrigatória uma leitura crítica de seu texto, com a finalidade de adequá-lo à Constituição Federal vigente.

Grande parte da doutrina nacional sustenta que o Brasil adota o sistema misto, haja vista o entendimento de que o inquérito policial é inquisitório e a fase processual acusatória.

Todavia, Aury Lopes Jr.⁸⁰ sustenta que o modelo adotado pelo Brasil é essencialmente inquisitório. Afirma que a fase processual não é acusatória e sim inquisitória, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.⁸¹ Tal definição vai contra ao exposto na Constituição Federal de 1988 que define um processo penal acusatório ao baseá-lo no contraditório, ampla defesa e imparcialidade. Esta divergência ocorre devido ao contexto histórico em que o Código de Processo Penal e a Carta Magna surgiram e torna obrigatória a filtragem constitucional do diploma processual com relação aos aspectos acusatórios da Constituição.

1.4 A Investigação direta pelo Ministério Público

A possibilidade da realização de investigação direta pelo Ministério Público é tema que provoca muita controvérsia.⁸²

No sistema de investigação preliminar a cargo do Ministério Público, o promotor é quem dirige a investigação, cabendo-lhe receber diretamente a notícia-crime ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional) ou praticar por si mesmo os atos que entenda necessários para formar a sua convicção e decidir entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento.

⁷⁹ TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do Inquérito Policial. In.: TOVO, Paulo Cláudio (Coord.). *Estudos de Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. v. 2., p. 201 e s.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 47.

⁸¹ Art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁸² As discussões têm sido travadas muito mais em aspectos institucionais do que do ponto de vista da investigação criminal em si. Os órgãos de classe ligados aos delegados de Polícia insurgem-se energicamente contra tal possibilidade. Da mesma forma, a Ordem dos Advogados do Brasil também tem se posicionado contrariamente a tal possibilidade. Já o Ministério Público, por óbvio, considera que a investigação está incluída nas suas funções institucionais.

Em regra (e assim é recomendável que seja), o Ministério Público dependerá de autorização judicial para realizar determinadas medidas limitativas de direitos fundamentais, como as medidas cautelares, buscas domiciliares, intervenções telefônicas, etc.⁸³

A seguir serão analisados os principais argumentos favoráveis e contrários ao modelo de promotor investigador:

1.4.1 Argumentos favoráveis

O primeiro argumento favorável seria a imparcialidade do Ministério Público.

Destaque-se que o importante nesse terreno é que a causa de atuação do Ministério Público seja pautada no desejo de atuar com justiça, segundo os critérios legais. Na esfera subjetiva, deverá esquecer-se de sua personalidade para atuar no processo penal com exatidão e a real intenção de proceder justa e legalmente.⁸⁴

Contribuindo para melhor compreensão acerca dos fundamentos teóricos da imparcialidade do Ministério Público, W. Goldschmidt⁸⁵ sustenta que o princípio da imparcialidade denota uma relação entre o motivo de sua atuação e o desejo de dizer a verdade, de atuar com exatidão e resolver conforme a justiça e os critérios de legalidade.

Nesta mesma linha, Guarnieri⁸⁶ sentencia que o MP “constitui uma figura que, se bem tem o corpo de parte, oferece a alma de juiz.”

Outro argumento é o de que a investigação preliminar é uma atividade preparatória e que deve servir somente para a formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal pública, isto é, o Ministério Público. Cabe tão-somente ao *parquet* decidir se deve ou não propor a ação penal. Sendo assim, a instrução preliminar deve ser uma atividade administrativa – e não judicial – dirigida por e para o promotor.

E ainda, o valor probatório da instrução preliminar fica bem mais definido – com meros atos de investigação que o constituem – sem valor outro que o de justificar a deflagração ou não da ação penal, além de servir de base para solicitar (ao magistrado) eventuais medidas cautelares e outras que impliquem a restrição de direitos fundamentais.

⁸³ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 152-153.

⁸⁴ LOPES JR. *Ibidem*. p. 153.

⁸⁵ GOLDSCHMIDT, James. *La Imparcialidad como Principio Básico Del Proceso*, *Revista de Derecho Procesal, Madrid*, n. 2, 1950, p. 184-209.

⁸⁶ GUARNIERI, Giuseppe. *Las Partes en el Proceso Penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 43.

No que tange à economia processual, o sistema de promotor investigador também é considerado o melhor, pois afasta a reiteração de atos judiciais na medida em que o próprio promotor irá delimitar o objeto sobre o qual recairão as diligências probatórias.

Neste sentido, Gomez Colomer⁸⁷ sustenta que a investigação preliminar a cargo do Ministério Público implica notável aceleração do processo penal, além de centrar o autêntico valor da prova na fase processual, deixando que os atos de investigação realizados pelo promotor sirvam exclusivamente para fundamentar o exercício da acusação ou o pedido de arquivamento.

Além dos argumentos já apresentados, não se pode olvidar da base jurídica que hodiernamente sustenta a possibilidade de atuação direta do Ministério Público na fase investigatória.

Primeiramente, a referida base parte do próprio órgão acusatório, o que resta evidenciado logo nos três primeiros parágrafos da Resolução 13 do Conselho Nacional do MP:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.(...)

Art. 2º Em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá: I – promover a ação penal cabível; II – instaurar procedimento investigatório criminal; III – encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo; IV – promover fundamentadamente o respectivo arquivamento; V – requisitar a instauração de inquérito policial.

Art. 3º O procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação.

Na mesma linha, segue a Resolução 77 do Conselho Superior do Ministério Público Federal:

Art. 1º - O procedimento investigatório criminal é instrumento de coleta de dados, instaurado pelo Ministério Público Federal, destinado a apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da ação penal respectiva. (...)

Art. 2º - O procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público Federal no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento da infração penal por qualquer meio, ainda que informal, ou em razão de provocação.(...)

⁸⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La introducción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos Estructurales a la Luz del Derecho Comparado*. In.: COLOMER, Juan-Luis Gómez; CUSSAC, José-LLuis González (Coord.). *La Reforma de la Justicia Penal – Estudios em Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castelló de la Plana: Universidad Jaume I, 1996. p. 467.

Art. 5º - De posse de peças informativas, o membro do Ministério Público Federal poderá: I - promover a ação penal cabível; II - encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo; III - instaurar procedimento investigatório criminal para apuração do fato e suas circunstâncias; IV - requisitar a instauração de inquérito policial; V - promover, fundamentadamente, o respectivo arquivamento.

No dia 18/05/15, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito do tema com repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 593.727 e também reconheceu a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público, *in verbis*:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário.

Não obstante o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que é corroborado por parte da doutrina, é de todo conveniente disciplinar, por meio de ato legislativo próprio, as hipóteses e a forma em que será legítima a atuação do Ministério Público.⁸⁸

1.4.2 Argumentos contrários

No Brasil, não obstante a Suprema Corte já ter se posicionado, recentemente, sobre o tema, há forte controvérsia acerca da possibilidade de investigação do delito

⁸⁸ Parecer do Min. Luís Roberto Barroso, à época advogado, para o CDDPH – Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Disponível em http://www.mp.ac.gov.br/?dl_id=1281. Acesso em: 20/06/15.

diretamente pelo MP. Para alguns, a atividade investigatória é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, em atenção ao imperativo constante no artigo 144, § 4º, da CF.⁸⁹

E ainda, com relação às resoluções citadas anteriormente e utilizadas como argumentos favoráveis, em uma breve análise do art. 22, I, da CF⁹⁰, é possível rechaçá-las ao perceber que as mesmas violam o texto constitucional, uma vez que possuem vício de iniciativa, já que não foram elaboradas por lei federal. Ademais, resoluções não se prestam a inovações, mas sim disciplinar assuntos *interna corpus*.

Neste sentir, segue posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt⁹¹ acerca da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, *in verbis*:

...a inconstitucionalidade dessa Resolução é inquestionável, posto que, escancaradamente, viola o art. 22, I, da Carta Magna brasileira ao legislar em matéria processual penal. Em verdade, a dita Resolução pretende regulamentar dispositivos de lei que não tratam de poderes investigatórios do Ministério Público; ou seja, não se trata de regulamentação, *in casu*, mas de verdadeira criação de poderes investigatórios em favor do órgão ministerial, ao arripio do texto constitucional.

Outro argumento contrário é o de que o art. 129 da CF, que trata das funções institucionais do Ministério Público, não outorga a este órgão legitimação para instaurar e promover procedimento investigatório criminal, o que, segundo o próprio texto constitucional, é atribuição privativa da Polícia Judiciária.⁹²

Com relação à possibilidade de atuação direta pelo MP na investigação, Rogério Lauria Tucci⁹³ se vale do seguinte argumento: “consubstancia-se numa atuação afrontosa do *due process of law*, e, especificamente, das preceituações contidas nos incisos LIV e LV do art. 5º. da CF”.

Os defensores da possibilidade de atuação direta pelo Ministério Público na investigação acreditam na imparcialidade deste órgão. Um argumento forte para confrontar este posicionamento repousa na gênese deste órgão, que nasceu como contraditor natural do imputado e como uma imposição do sistema acusatório. Nessa linha, Guarnieri sustenta que

⁸⁹ BRASIL, Art. 144, §4º, da CF: “§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

⁹⁰ BRASIL, Art. 22, I, da CF: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

⁹¹ Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3362-A-inconstitucionalidade-da-resoluo-n-13-do-conselho-nacional-do-Ministrio-Pblico>. Acesso em: 13/06/2015.

⁹² SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 228.

⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 80.

O promotor se sente inclinado a realizar as provas de cargo, olvidando-se das provas de descargo; buscará fazer servir o material adquirido para o triunfo da tese acusatória que brilha na sua consciência como uma estrela polar orientadora de atos e inspiradora de conjecturas e deduções.⁹⁴

Se o Ministério Público foi uma *parte fabricada*, que surgiu para ser o contraditor natural do imputado e deste modo atender aos requisitos do sistema acusatório é ilógica sua construção a partir da imparcialidade. O convencimento surge para o magistrado do confronto entre as partes, do contraste de argumentos e interesses. Assim, a imparcialidade do MP não só é infundada como também é molesta. Quanto maior é a parcialidade das partes, mais garantida está a imparcialidade do juiz, de modo que a pretendida imparcialidade do MP vem de encontro à necessidade natural de sua existência. Em outras palavras, *o processo penal e o juiz necessitam de que a parte seja parte; é imprescindível sua parcialidade.*⁹⁵

Em verdade, existem questões muito mais relevantes e que deixam em segundo plano a rasteira discussão em torno da autoridade encarregada da investigação, tais como: a função do juiz na investigação, a definição clara de como deve ser exercido o controle externo da polícia judiciária, a definição de um prazo máximo da investigação preliminar e a determinação da situação jurídica do sujeito passivo, bem como a necessária incidência do contraditório e do direito de defesa, tendo em vista a inafastável aplicação do art. 5º, LV, da Constituição na investigação preliminar. Infelizmente, tais pontos permanecem intocados.⁹⁶

Enfim, o reducionismo do debate acaba deixando de banda questões muito mais importantes do que a definição de quem será o inquisidor, uma vez que o problema reside na própria inquisição.

1.5 A Investigação Defensiva: Demarcação do Tema

A investigação criminal defensiva é matéria não reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, partindo-se da premissa de que o direito à prova pressupõe um direito à investigação, é inegável que o acusado tem o direito de realizar atividades investigativas

⁹⁴ GUARNIEIRI, Giuseppe. *Las Partes en el Proceso Penal*, Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952. p. 355.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 161-162.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 178-179.

para descobrir fontes de provas de seu interesse e, posteriormente, requerer a produção judicial do meio de prova respectivo.⁹⁷

Tal possibilidade vem sendo cada vez mais debatida pela doutrina nacional e estrangeira, por ser vista como forma de contrabalançar o movimento em prol da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público.

A discussão concernente à possibilidade de investigação pela defesa é demasiadamente importante, porque, principalmente no caso da investigação criminal, em que há um aparato estatal organizado e estruturado – a Polícia Civil e Federal – para realizar a atividade investigativa das fontes de prova de interesse da acusação, negar à defesa tal direito seria defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas.

Alguns argumentam que a Polícia Judiciária teria interesse na “descoberta da verdade” e, portanto, buscaria elementos de provas tanto que confirmassem a hipótese investigada quanto a eventual inocência do suspeito. Na verdade, tal postura mostrou-se impraticável, tendo a polícia forte tendência a buscar as fontes de prova acusatória, não se preocupando com os elementos defensivos.⁹⁸

A investigação defensiva é assim defendida por José Barcelos de Souza, *in verbis*:

O que muito pesa, porém, em favor de uma regulamentação já, entre nós, de direitos investigatórios da defesa, é o fato de que aqui o Ministério Público tem investigado, mas, para acusar, sem qualquer comprometimento, por força de lei, com os interesses da defesa, e por isso mesmo completamente à revelia dela.⁹⁹

No mesmo sentido, segue o posicionamento de Antonio Scarance Fernandes:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.¹⁰⁰

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 95.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 14/06/2015.

¹⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, n. 21, jul.-set. 2002, p. 13.

Outrossim, imperioso diferenciar a investigação defensiva da participação do defensor nos autos da investigação pública, não obstante ambas as formas serem concretizações do direito de defesa.

Ao participar da investigação pública, o defensor fica limitado aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção está circunscrita à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais.¹⁰¹

Já a investigação defensiva permite uma participação muito mais abrangente e efetiva da defesa. Ela se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabendo ao defensor elaborar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos sobre a sua licitude e seu valor.¹⁰²

Em suma, ao passo que na investigação pública o defensor é mero coadjuvante, na investigação defensiva ele desempenha o papel de protagonista.

Apesar de ser uma realidade em países como Estados Unidos e Itália, no Brasil, como dito anteriormente, a investigação defensiva não é reconhecida no ordenamento jurídico. Por este motivo, até mesmo os que sustentam a sua necessidade para que haja paridade de armas entre acusação e defesa, esbarram na falta de um regime específico que assegure ao advogado poderes para realizar as atividades investigativas.

Por derradeiro, vale destacar que a investigação defensiva, por ser espécie de investigação privada, não goza de imperatividade. Ou melhor, o defensor não possui poderes coercitivos no exercício de suas atividades investigatórias e, por isso, depende do consentimento do titular do direito para obter determinada informação. Caso se depare com algum óbice para a apuração dos fatos, deve recorrer ao magistrado.

As características gerais da investigação defensiva, ora delineadas, serão objeto de análise mais aprofundada, em capítulo oportuno.

¹⁰¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 117.

¹⁰² MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 47.

2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: INQUÉRITO POLICIAL E OUTRAS ESPÉCIES

2.1 Espécies de investigação preliminar no Brasil

A investigação preliminar localiza-se na etapa pré-processual – primeira fase da persecução penal –, sendo o gênero do qual são espécies as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias, o inquérito policial, etc.

Apesar de o cerne do presente trabalho acadêmico girar em torno da investigação criminal, importante destacar, ainda que de forma sucinta, as peculiaridades de outras formas de investigação preliminar existentes no Brasil.

2.1.1 Comissão Parlamentar de Inquérito

As comissões parlamentares de inquérito (CPIs) são comissões temporárias, criadas pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou pelo Congresso Nacional, com o fito de investigar determinado fato de interesse público.

A atuação dessas comissões consubstancia atuação atípica do Poder Legislativo, no desempenho de sua atribuição fiscalizatória de atos conexos ao Poder Público.

A fiscalização por meio das CPIs enquadra-se no chamado controle político-administrativo, exercido pelo Poder Legislativo. Através dele, o referido Poder pode fiscalizar e questionar os atos da Administração Pública, tendo acesso ao funcionamento da máquina burocrática, a fim de avaliar a gestão da coisa pública e, por conseguinte, adotar as medidas que entenda pertinentes.

A previsão para a criação das comissões parlamentares de inquérito está no artigo 58, § 3º do texto constitucional, nos seguintes termos:

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Da leitura do parágrafo acima extrai-se a obrigatoriedade do cumprimento de três requisitos constitucionais para a criação de uma CPI, que são: a) requerimento de um terço

dos membros da Casa Legislativa; b) indicação de fato determinado a ser objeto de investigação; c) fixação de um prazo certo para a conclusão dos trabalhos (temporalidade).

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez cumpridos esses três requisitos, a criação da comissão parlamentar de inquérito é determinada no ato da apresentação do requerimento ao Presidente da Casa Legislativa, independentemente de deliberação plenária.¹⁰³

No que tange aos poderes de investigação – mais importante para o presente trabalho –, determina a Constituição Federal que as comissões parlamentares de inquérito dispõem de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Destaca-se a imprecisão do texto constitucional ao outorgar às comissões os “poderes próprios das autoridades judiciais”, tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente, em regra, a figura do juiz-investigador, tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público.

Importante ressaltar também que esses poderes não são ilimitados, tampouco alcançam todas as matérias de competência dos membros do Poder Judiciário. Há medidas determináveis pelos membros do Poder Judiciário que não podem ser adotadas pelas comissões parlamentares de inquérito, tais como a autorização para interceptação telefônica e a decretação da indisponibilidade de bens do investigado.

Assim, nenhum outro órgão da República, nem mesmo as comissões parlamentares de inquérito, que, como visto anteriormente, são dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, poderá determiná-las. São medidas resguardadas pela cláusula de “reserva de jurisdição”, há muito assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Noutro giro, os poderes da investigação parlamentar não alcançam os chamados atos de natureza jurisdicional – decisões judiciais –, uma vez que, de acordo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a intimação da autoridade judiciária para prestar esclarecimentos diante de uma comissão parlamentar de inquérito acerca de um ato jurisdicional praticado atacaria frontalmente o princípio constitucional da separação de Poderes. Destaque-se que a atuação do magistrado no exercício profissional é intangível, não podendo sofrer ingerências de outros Poderes.¹⁰⁴

Por último, importante salientar que os poderes investigatórios das comissões recaem tão-somente sobre fatos determinados relativos ao interesse público. Se o fato ou

¹⁰³ BRASIL, MS 24.831, rel. Min. Celso de Mello, 22.06.2005.

¹⁰⁴ BRASIL, HC 80.089/RJ, HC 79.441/DF, HC 80.539/PA.

negócio é de interesse privado, sem nenhuma relação com a gestão da coisa pública, sua investigação somente poderá ser conduzida por outros órgãos do Estado, tais como as polícias, mas não por comissão parlamentar. Porém, a investigação parlamentar poderá alcançar negócios privados, desde que desses advenha repercussão de interesse público.

2.1.2 Sindicância

Sindicância quer dizer investigação, procedimento para esclarecer fatos, para coleta de elementos de informação, com o fito de elucidar questões não suficientemente claras para a adoção de providências imediatas do ponto de vista disciplinar.

Nos dizeres de M. Leal Henriques, a sindicância enquadra-se no chamado poder de inspeção ou de fiscalização, pelo exercício do qual o superior hierárquico se informa sobre como decorrem ou funcionam os serviços de sua dependência.¹⁰⁵

Segundo Edmir Netto de Araújo, sindicância “pode ser sinônimo de inquérito, é o ato de sindicar (...) inquirir, colher informações a respeito de algo por ordem superior, tomar informações, investigar”.¹⁰⁶

Já para José Cretella Júnior, a sindicância é meio sumário para investigação de anormalidades no serviço público, com ou sem indiciados conhecidos, para coletar os elementos suficientes para indicação de autoria e seguida abertura de processo disciplinar contra o funcionário público responsável, não sendo informada pelas garantias do contraditório e da ampla defesa. Segundo o autor, isso se justifica, “porque não conclui por uma decisão contra ou em favor de pessoas, mas pela instauração de processo administrativo ou pelo arquivamento da sindicância”.¹⁰⁷

O instituto da sindicância, enquanto procedimento investigativo disciplinado na Lei Federal nº 8.112/90, é desprovido de contraditório e ampla defesa, porque de seu final não decorre, diretamente, a imposição de uma penalidade, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça.¹⁰⁸

¹⁰⁵ HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar*: função pública, outros estatutos, regimes de férias, faltas e licenças. 5. Ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2007. p. 486.

¹⁰⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 130.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática de processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 57.

¹⁰⁸ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema de que a sindicância inquisitorial não implica na observância de garantias de defesa ao investigado por não constituir processo cujo termo final possa resultar em qualquer sanção disciplinar ao sindicado, ostentando natureza de mero procedimento nessa modalidade puramente investigativa, e não de processo administrativo, diferentemente da sindicância punitiva, como se vê do julgamento proferido por sua 6ª Turma no ROMS nº 8990/RS, DJ de 1º.08.2000, p. 341, cujo

A sindicância decorre do princípio da moralidade administrativa, que reclama a apuração dos desvios de conduta cometidos por servidores públicos, os quais devem ser devidamente investigados para a sua elucidação, particularmente quanto à autoria e materialidade da falta, verificando-se as circunstâncias em que foi cometida e todos mais elementos pertinentes no intuito de que, se houver responsabilidade disciplinar a ser imposta, possa ser instaurado o processo administrativo sancionador em face do agente público transgressor.

A Administração não possui liberdade de escolha entre aplicar a punição ou não, assim, diante da ciência de falta praticada por servidor público, está obrigada a instaurar procedimento apuratório adequado para, se for o caso, oportunamente, aplicar a pena cabível.¹⁰⁹

Entretanto, Ivan Barbosa Rigolin pontua que muitas vezes a sindicância decorre de fofocas, boatos, comentários maledicentes e irresponsáveis, os quais, porém, podem de fato ocultar fatos graves, que devem ser apurados.¹¹⁰

Diante dessa obrigatoriedade, muito importante se faz a isenção e prudência da autoridade na condução da sindicância.

Nesse sentido, Armando Pereira sustenta que:

Muita vez, por outro lado, a denúncia parece assumir gravidade enorme, e depois se apura que não passa de uma falta de menor importância. Como proceder, então? O ideal, a nosso ver, é a sindicância(...) representa uma norma de economia de vulto. O processo, além de traumatizar a repartição, envolve a movimentação de pessoal precioso e indispensável ao serviço público, por sessenta dias praticamente desviado de suas funções normais. A sindicância prévia é uma regra de cautela. É sigilosa, não constrange tanto. Não está adstrita a formalidades, é rápida, reduzindo a termos depoimentos, enquanto os fatos estão “quentes”, impedindo que, após, venham a ser modificadas as respectivas versões. Sempre que uma infração chega ao conhecimento da autoridade e ela não se capacita, de logo, de sua extensão e profundidade, deverá, por cautela, abrir sindicância, designando um funcionário de categoria superior e idôneo para realizá-la. Este, usando o método de concentração de provas, poderá ouvir, em depoimentos, tomados por termo resumidamente, os acusados, acusadores e testemunhas e reunir provas documentais à mão, após o que analisará em breve relatório os fatos.¹¹¹

relator foi o Min. Vicente Leal, em acórdão do qual se transcreve trecho de sua ementa: “A sindicância administrativa é o meio sumário de investigação de irregularidades funcionais cometidas, desprovida de procedimento formal e do contraditório, dispensando a defesa do indiciado, a descrição pormenorizada dos fatos apurados e a publicação do procedimento”. O mesmo posicionamento foi firmado nos casos do ROMS nº 12.680/MS, ROMS nº 10.574, ROMS nº 3948/PB, ROMS nº 9338/MG.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 91.

¹¹⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 4. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 214.

¹¹¹ PEREIRA, Armando. *O processo administrativo e o direito de petição*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1962, p. 69-70.

Portanto, a sindicância tramita reservadamente, sendo preservada a imagem dos investigados, sem que o fato alcance conhecimento público, ainda mais por ser conveniente ou fundamental, tendo em vista a elucidação satisfatória, que se observe o sigilo nas apurações, tanto que as audiências e reuniões do conselho processante serão reservadas.¹¹²

Como visto, a sindicância investigativa tem por finalidade apontar a autoria e materialidade sobre irregularidades verificadas no serviço público, as quais podem configurar infrações disciplinares, servindo, assim, como peça de informação e procedimento para instauração do processo administrativo disciplinar.¹¹³

Entretanto, após exauridas as diligências e investigações pertinentes na sindicância, caso não se observe a ocorrência de infração disciplinar, ou não se detecte a autoria e a materialidade do fato, será determinado o arquivamento dos autos.

Com relação à competência para instauração da sindicância, esta cabe, em regra, ao chefe da repartição ou à autoridade titular do órgão por meio de edição de portaria de instauração de sindicância relativamente a fatos ocorridos em seus serviços.

Nada obsta, porém, que a autoridade administrativa superior àquela em cujos serviços tenham sucedido as irregularidades avoque a competência para instaurar sindicância, sempre que o recomendar a gravidade dos fatos ou diante do risco de interferência de possíveis envolvidos no andamento dos trabalhos investigatórios, ocasião em que pode convir a designação de servidores de outros Estados ou mesmo de órgãos diversos, com o intuito de afastar corporativismo ou embaraços aos ofícios sindicantes.¹¹⁴

A sindicância meramente investigativa não tem forma estabelecida na Lei Federal nº 8.112/90, porém alguns requisitos formais podem ser apontados por analogia ao rito do processo administrativo disciplinar: instauração, com a publicação do ato de instauração e nomeação de comissão sindicante, composta de três servidores estáveis, com nível hierárquico igual ou superior ao do acusado e apresentação de relatório conclusivo quanto à instauração de feito punitivo ou ao arquivamento dos autos.

¹¹² BRASIL, Art. 150 da Lei nº 8.112/90: “A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração. Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado”.

¹¹³ BRASIL, Art. 145 da Lei nº 8.112/90: “Da sindicância poderá resultar: (...) III - instauração de processo disciplinar”.

¹¹⁴ Segundo entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a instauração do feito em outro estado, distinto da repartição em que lotado o servidor e onde verificadas as irregularidades funcionais, pode ensejar nulidade por cerceamento de defesa. (AG-Agravo de Instrumento nº 68816, Processo nº 200605000308552/PE, Primeira Turma, data da decisão: 20.03.2007, DJ, p. 802, 30 maio 2007, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, unânime).

Ressalte-se que o rito do processo administrativo disciplinar deve ser observado no processamento da sindicância, com a possibilidade de redução de prazos e termos não essenciais, tendo em vista a abolição do formalismo excessivo, uma vez que a finalidade do procedimento sindicante é buscar a configuração da verdade dos fatos.¹¹⁵

A comissão designada, inteirando-se dos fatos e irregularidades noticiados, deve proceder à inquirição de testemunhas, dos denunciantes ou representantes, colher a oitiva dos envolvidos ou denunciados, requerer exames periciais, juntar documentos, realizar diligências, inspeções sobre coisas ou pessoais, bem como promover todos os demais atos probatórios imperiosos para o esclarecimento do quadro fático, com o intuito de demonstrar autoria e materialidade das eventuais faltas disciplinares, seja para o propósito de propor a conversão do procedimento sindicante investigativo em punitivo, se a falta em tese praticada se sujeita à pena de advertência ou suspensão de até 30(trinta) dias, observadas as garantias de contraditório e ampla defesa, ou para pugnar pela instauração de processo administrativo disciplinar, salvo se entender que não existe responsabilidade funcional a ser imputada, caso em que opinará pelo arquivamento das peças informativas reunidas.¹¹⁶

No caso de sindicância meramente investigativa, não há que se falar em citação nem indicição, uma vez que não há necessidade de formalizar acusação em face de servidor e citá-lo para apresentar defesa e participar da instrução, pois se trata de procedimento unilateral e inquisitivo, cujo término não abarca a eventual punição de funcionário.

Nessa linha, segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O processo da sindicância não tem forma e nem figura de juízo, não obedece a procedimento específico, nem ao princípio do contraditório. Ao indiciado não cabe alegar defeitos ou irregularidades na sindicância (ou vícios de intimação), porquanto a sua defesa será sempre feita, de forma exaustiva e eficiente, na fase do inquérito administrativo, como ocorreu, na hipótese.

Nada obstante ao posicionamento firmado pelo Tribunal Superior, evidentemente que suas considerações não se aplicam à sindicância em cujo final se busca aplicar penalidade de advertência ou de suspensão de até trinta dias ao investigado, hipótese em que o procedimento sindicante apenador deve respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, realizando-se as etapas formais do processo administrativo formal pertinentes, como a

¹¹⁵ LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. 4. ed. ver. Atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2002. p. 132,137.

¹¹⁶ BRASIL, Art. 145 da Lei nº 8.112/90: “Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar”.

citação do acusado, deferimento do pedido de provas e participação na atividade instrutória e lavra de indicição e defesa, com relatório final.

Neste caso, estaria presente o modelo da sindicância punitiva. Sem maiores delongas, uma vez que o cerne do presente trabalho é a fase investigativa, alguns pontos devem ser destacados, senão vejamos:

A sindicância investigativa poderá ser transformada em punitiva, por meio de aditamento da portaria original e inclusão dos nomes dos acusados e das faltas funcionais constatadas, seguindo-se a citação dos servidores acusados para requererem a produção de provas e para que possam acompanhar os atos instrutórios complementares, bem como para possibilitar a apresentação de contraprovas.

A comissão processante deverá ser redesignada para prosseguir nos trabalhos e elaborar ato de indicição em face do acusado, concedendo-lhe prazo para o oferecimento de defesa escrita, na forma do artigo 161 da Lei Federal nº 8.112/90.

Em respeito ao princípio da economia processual, havendo a conversão da sindicância investigativa em punitiva, ocorre a dispensa da instauração de processo administrativo disciplinar para apurar os mesmos fatos, que seguirão nos autos do procedimento sindicante originariamente deflagrado como investigativo e que passa a assumir o caráter punitivo, nos moldes da lei.¹¹⁷

2.1.3 Microssistema do Juizado Especial Criminal

A persecução penal no Brasil comporta duas fases: a investigativa e a processual.

A regra era a investigação através do inquérito policial a cargo da Autoridade de Polícia Judiciária¹¹⁸, ressalvada a atribuição de outras autoridades para a apuração de crimes, desde que tal previsão constasse em lei.

Entretanto, com o advento da Lei 9.099/95, é possível dizer que, não obstante a continuidade da adoção do sistema de duplicidade de instrução, a primeira fase relativa à

¹¹⁷ CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 469-470.

¹¹⁸ BRASIL, Art. 5º do CPP: “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

investigação, em atenção aos princípios da celeridade e informalidade¹¹⁹, foi reduzida de tal forma que a Autoridade Policial só deve colher os elementos existentes no clamor do fato, de forma abreviada, lavrando o que se denomina termo circunstanciado, que consiste em uma coleta sucinta das versões do envolvidos, indicação de testemunhas e outros dados relevantes, constando a requisição do exame de corpo de delito e outras perícias, se necessário.

Trata-se, portanto, de verdadeira exceção à regra insculpida no artigo 5º do Código de Processo Penal. De acordo com o artigo 69 da Lei 9.099/95¹²⁰, em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, não há que se falar em instauração de inquérito policial, mas sim em lavratura de termo circunstanciado.¹²¹

Importante destacar que, conforme disposto no artigo 61 da Lei 9.099/95, “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais¹²² e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

Ressalte-se também que a obrigatoriedade que recai em relação à investigação policial¹²³ continua em relação ao termo circunstanciado, pois o art. 69 da Lei 9.099/95 é imperativo ao dizer que “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado”, portanto, o que foi abolido foi o inquérito policial e não a obrigatoriedade da atuação policial.

No que tange à instauração do inquérito policial, o artigo 5º do diploma processual penal, em seus parágrafos 4º e 5º¹²⁴, diz que o procedimento só poderá ser instaurado, em caso de crime de ação penal pública condicionada à representação ou em caso de delito de ação penal privada, quando houver manifestação do legitimado.

Já no microsistema da Lei 9.099/95, independentemente de representação, a Autoridade deverá remeter o termo circunstanciado ao Juizado Especial Criminal, pois a representação - condição de procedibilidade para que o Ministério Público possa deflagrar a

¹¹⁹ BRASIL, Art. 62 da Lei 9.099/95: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

¹²⁰ BRASIL, Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

¹²¹ LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e persecução penal, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 59.

¹²² As contravenções penais estão dispostas no Decreto-Lei 3.688/41.

¹²³ Segundo o *caput* do artigo 5º do Código de Processo Penal, “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado.”(grifo nosso)

¹²⁴ BRASIL, Art. 5º, § 4º do CPP: “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado” e art. 5º, §5º do CPP: “Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”.

ação penal - só será exigida após a tentativa de conciliação – composição civil -, conforme previsão do artigo 75 da referida lei.¹²⁵

Nessa linha, segue posicionamento de Damásio de Jesus:

Tratando-se de crime de ação penal pública dependente de representação, a atuação sumária e encaminhamento das partes ao Juizado pelo Delegado de Polícia não ficam subordinados à representação do ofendido ou de seu representante legal (...). O simples comparecimento da vítima na Polícia solicitando providência já traduz vontade de que o autor do fato venha a ser processado. Isso entretanto, para a Lei, não significa representação na ação penal pública condicionada nem requerimento do ofendido na ação penal exclusivamente privada. Nesses casos de iniciativa do ofendido, entretanto a autoridade policial, sem aquiescência, não pode constrangê-lo a comparecer perante o Juizado. Convém, pois, nessas hipóteses, que o Delegado de Polícia consulte o ofendido a respeito de sua intenção de exercer o direito de queixa ou de representação.¹²⁶

Com relação ao termo circunstanciado, ele deve ser sucinto, porém é necessário que contenha o mínimo indispensável para proporcionar ao Promotor de Justiça a formação da *opinio delicti*, e, assim, de forma resumida, deve ser narrado o fato delituoso, contendo as suas circunstâncias e elementares do tipo penal, e ainda, deve ser identificada a autoria, com qualificação do autor, sendo reduzidas as versões dos envolvidos e indicando-se as testemunhas.

Outrossim, conforme a necessidade do caso concreto, deve ser a vítima encaminhada a exame de corpo de delito, assim como devem ser periciados o local do crime e os objetos sobre os quais recaiu o delito, bem como os utilizados para a prática delitiva.

Destaque-se que os laudos dos exames periciais deverão ser remetidos ao Juizado Especial Criminal posteriormente, porém deve constar do termo circunstanciado que foram requisitados, bem como qualquer diligência complementar.

Por derradeiro, importante dizer que apesar de o Juizado Especial Criminal ser competente para julgar infrações de menor potencial ofensivo, não se aboliu a possibilidade da detenção do agente quando estiver no estado de flagrância do cometimento de um delito com pena máxima até 02(dois) anos, pois uma coisa é a detenção em razão da flagrância e outra é o ato formal da prisão em flagrante que resulta no respectivo auto.

Nesses casos, apesar do estado de flagrância, não se imporá a prisão cautelar que dele resulta, uma vez que, ainda que o agente venha a ser condenado e a sentença venha a transitar em julgado, não haverá a aplicação da prisão pena. Ademais, o próprio legislador

¹²⁵ BRASIL, Art. 75 da lei 9.099/95: “Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo”.

¹²⁶ JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50.

apontou que um dos objetivos da Lei 9.099/95 é, exatamente, a descarcerização, ou seja, a não aplicação de pena privativa de liberdade.¹²⁷

2.1.4 Inquérito Policial

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o inquérito policial como principal modelo investigatório de fatos potencialmente delituosos. Existe, ainda, o inquérito militar, que averigua infrações penais de competência da Justiça Militar, em regra, aquelas praticadas por integrantes de alguma corporação militar, ou mesmo por civil, contra aquelas organizações em área sob sua segurança direta.

De forma abreviada, é possível definir o inquérito policial como “atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração penal cometida e respectiva autoria”.¹²⁸

De maneira mais esmiuçada, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹²⁹ definiu o inquérito policial como procedimento cautelar, de natureza administrativa, quanto à forma, e judiciária, quanto à finalidade, por meio do qual se ultima investigação acerca da materialidade e autoria de suposto fato delituoso.

Em sentido contrário, Antonio Scarance Fernandes¹³⁰ sustenta que o inquérito policial não pode ser considerado um procedimento, pois lhe falta requisito essencial, qual seja a formação por atos que obedeçam uma sequência predeterminada por lei.

Inobstante o posicionamento acima apresentado, a maior parte da doutrina entende que o inquérito policial pode ser considerado procedimento, pois apesar de não existir uma ordem legal rígida para a realização dos atos, foi estabelecida pelo legislador uma sequência lógica para a instauração, desenvolvimento e conclusão deste procedimento investigatório.

Para ilustrar, é possível trazer o entendimento de Marta Saad. Segundo a autora, o inquérito policial é sim procedimento, pois deve “ostentar perfeição lógica e formal, visto que determinadas formalidades, em especial do auto de prisão em flagrante delito, devem ser obedecidas, a fim de salvaguardar os direitos e garantias individuais”.

Dando continuidade ao seu pensamento, a autora vai além e diz que:

¹²⁷ BRASIL, Art. 62 da Lei 9.099/95: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

¹²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43.

¹²⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 15.

¹³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 64.

O procedimento do inquérito policial, por sua própria natureza, é e precisa ser flexível. Não obedece a uma ordem determinada, rígida, de atos, mas, nem por isso, deixa o inquérito de ser procedimento, visto que o procedimento pode seguir esquema rígido ou flexível.¹³¹

Como dito anteriormente, para Sérgio Pitombo¹³², trata-se de procedimento cautelar com naturezas distintas: administrativa e judicial.

É possível dizer, portanto, que, sob uma ótica formal, o inquérito é procedimento administrativo, porque dirigido, em regra, pela Polícia Judiciária, ente estatal integrante da Administração Pública, vinculado ao Poder Executivo, logo, os atos praticados são de natureza administrativa.

Por outro lado, considerando a finalidade dos atos desenvolvidos pela Polícia Judiciária, que objetivam à preliminar formação da culpa, o inquérito policial deve ser qualificado como judiciário.

2.2 Abordagem histórica da investigação criminal no Brasil

No direito brasileiro sempre houve previsão de alguma forma de investigação preliminar de infrações penais, isto é, procedimento anterior à fase processual, com o intuito de reunir elementos relativos à eventual prática delitiva e verificar a possibilidade de um juízo acusatório.

No período do Brasil colonial, durante a vigência das Ordenações, haviam duas formas de investigação criminal: a devassa e a querela. A primeira era uma inquirição ordinária, sem prévia indicação de autoria ou de indícios; a segunda era uma inquirição sumária, com indicação prévia de autoria ou de indícios.¹³³

A legislação e os costumes portugueses nortearam a investigação criminal no Brasil até a sua independência, em 07 de setembro de 1822. A Constituição de 25 de março de 1824 instituiu os Juizados de Paz, regulamentados por lei específica que conferiu aos Juízes

¹³¹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 246-247.

¹³² Sérgio Pitombo esclarece que “a Polícia, em palavras simples, consiste em órgão da administração direta, voltado à segurança pública. Quando atua como integrante da Justiça Penal, se diz que a polícia é judiciária” (*Inquérito policial...cit.*, p. 16). O art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º da Constituição Federal confere às Polícias Estadual e Federal as funções de Polícia Judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares. Em nível infraconstitucional, tal atribuição possui previsão no art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal.

¹³³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 195-197.

de Paz atribuições policiais preventivas e repressivas. Tais poderes foram mantidos pelo Código de Processo Criminal promulgado em 29 de novembro de 1832.¹³⁴

Somente com o advento da Lei 261, datada de 03 de dezembro de 1841, é que a investigação criminal passou a ser conduzida pela Autoridade Policial. De acordo com o artigo 4º, § 9º desta Lei, aos Delegados de Polícia foram conferidas as atribuições de:

Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circunstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa.¹³⁵

Em 20 de setembro de 1871, foi editada a Lei 2.033, com o fito de restaurar um equívoco da lei anterior, consistente na discricionariedade da Autoridade Policial para enviar ao juiz competente os elementos informativos atinentes a um eventual delito.

Foi a referida Lei, regulamentada pelo Dec. 4.824, de 22 de novembro de 1871, que consagrou a figura do inquérito policial como forma de persecução prévia.

Nos dizeres de Antonio Scarance Fernandes,

a estruturação do inquérito policial em 1871 resultou de uma preocupação garantista, pois teve como objetivo coibir abusos na atuação das autoridades policiais, que, em virtude da Lei de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, detinham excessivos poderes no sistema processual penal brasileiro. Não havia fixação de tempo para a autoridade policial remeter aos juízes os dados e esclarecimentos obtidos, a fim de que se procedesse à formação de culpa. A polícia realizava autênticas devassas. O inquérito policial teve como escopo conter os abusos, fixando-se prazo para o encerramento das investigações; assim, se o investigado estivesse preso, o inquérito deveria ser ultimado em cinco dias.¹³⁶

O artigo 42 do Dec. 4824/1871 definia o inquérito policial como “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias, e dos seus atores e cúmplices”.¹³⁷

¹³⁴ Marta Saad descreve detalhadamente as atribuições dos Juízes de Paz e o modelo de investigação adotado nesse período (*O direito de defesa...cit.*, p. 27-40)

¹³⁵ O Regulamento 120/1842 estabeleceu a divisão funcional da Polícia em Administrativa e Judiciária, incumbindo a esta a tarefa de proceder ao corpo de delito, expedir mandado de busca de apreensão, prender denunciados e julgar crimes de sua alçada.

¹³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 92.

¹³⁷ Sobre a reforma de 1871, discorre Marta Saad: “A reforma de 1871 transformou a feição do sumário de culpa, com a mudança da circunscrição judiciária do distrito policial para o termo, atribuindo a atividade das autoridades policiais aos juízes municipais ou aos juízes de direito, no caso das capitais que fossem sede da Relação e nas comarcas a elas ligadas. Assim, também a atribuição de formação da culpa passou aos juízes municipais e aos juízes de direito, devendo ser exercida na comarca, em vez do distrito de paz ou policial, e as autoridades policiais deixaram de pronunciar, como antes faziam. Contudo, diante da necessidade de se colherem as provas tão logo se tivesse notícia dos delitos, determinadas atribuições foram ressalvadas às autoridades policiais, especificadas no art. 10 da Lei 2.033/1871 e pormenorizadas nos arts. 38 e 45 do dec. 4.824/1871, acabando por consagrar o inquérito policial”. (*O direito de defesa...cit.*, p. 51-52)

Segundo a corrente majoritária da doutrina brasileira, o inquérito policial surgiu através do Dec. 4.824/1871, entretanto, para João Mendes de Almeida Jr., o inquérito policial seria anterior e somente teria sido regulamentado por meio do aludido decreto.¹³⁸

Desde a sua positivação inaugural no direito brasileiro na segunda metade do século XIX, o inquérito policial continua a ser o principal modelo de apuração de fatos delituosos.

À época dos debates para a elaboração do vigente Código de Processo Penal de 1941, foi proposta a substituição do inquérito policial pelo juizado de instrução, porém tal sugestão não teve êxito e, por conseguinte, foi mantido o inquérito policial como investigatório de ilícitos penais.

De acordo com o legislador da época, este era modelo mais adequado para a realidade brasileira por dois motivos: primeiro, em decorrência das dimensões continentais do Brasil, o que inviabilizaria a atuação do juiz instrutor; e segundo, porque inibiria juízos prematuros sobre a conduta delitiva.

Para ilustrar, segue trechos da exposição de motivos do atual Código Processual Penal, subscrita por Francisco Campos, Ministro da justiça à época:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade.(...) há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é de uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.¹³⁹

Atualmente, o inquérito policial se encontra regulado nos artigos 4º à 23º do diploma processual penal. Destaque-se que tais normas surgiram em pleno regime ditatorial – estava vigente a Constituição Federal de 1937-, no qual se postulava a eficiência da persecução penal a todo custo e o imputado era considerado um mero objeto da investigação.

¹³⁸ ALMEIDA JR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. vol. 1., p. 237.

¹³⁹ Trechos da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Assim, toda a sistemática legal do inquérito policial deve ser interpretada em harmonia com a Constituição Federal de 1988, de inspiração liberal e garantista.¹⁴⁰

2.3 Os sujeitos envolvidos no inquérito policial

2.3.1 Polícia Judiciária

O Delegado de Polícia Judiciária preside o inquérito policial e deve efetuar diversas atividades/diligências destinadas à elucidação do fato delituoso e de sua autoria. Como órgão encarregado da investigação preliminar, a Autoridade Policial obtém os principais dados informativos e evita o perecimento dos elementos materiais relacionados à prática delituosa noticiada.

Os artigos 6º e 13 do diploma processual penal fixam o rol de providências a cargo da Autoridade Policial, quais sejam:

- a) dirigir-se ao local do delito e providenciar para que não alterem o estado e a conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- b) apreender os objetos pertinentes após liberação pelos peritos criminais;
- c) colher todas as provas necessárias ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- d) ouvir o ofendido e o indiciado;
- e) proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- f) determinar a realização de exames periciais;
- g) ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais;
- h) averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.
- i) fornecer às Autoridades Judiciárias as informações necessárias para a instrução e julgamento dos processos;
- j) realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

¹⁴⁰ Importante a interpretação do CPP de 1941 à luz da Constituição Federal de 1988 não só porque a edição daquele ocorreu em um regime ditatorial, mas também porque o CPP brasileiro foi inspirado no CPP italiano de 1930, conhecido como “Código Rocco”, editado sob a ditadura fascista de Mussolini.

- k) cumprir os mandados de prisão expedidos pelas Autoridades Judiciárias;
- l) representar acerca da prisão preventiva.

O artigo 7º prevê que a Autoridade Policial pode providenciar a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública, porém, imperioso destacar que o imputado não pode ser compelido a realizar a reconstituição do crime, sob pena de violação ao seu direito de não se autoincriminar, corolário do princípio da ampla defesa.

Outro ponto que merece relevo é o fato de que a Autoridade Policial não pode, por conta própria, decretar medidas restritivas de direitos fundamentais, tais como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados e medidas cautelares pessoais ou reais. Nesses casos, se faz necessária a prévia autorização judicial, sob pena de nulidade absoluta da prova.

2.3.2 O Ministério Público

Por força do artigo 5º, II, do Código de Processo Penal, o Ministério Público deve requisitar a instauração do inquérito policial sempre que tomar ciência de possível infração penal.

Em virtude do disposto no artigo 13, II do referido diploma processual, cabe, também, ao Ministério Público requisitar diligências à Autoridade Policial, que estará obrigada a realizá-las.

Ademais, o mencionado órgão exerce o controle externo da atividade policial, conforme prescreve o texto constitucional, em seu artigo 129, VII. Com o propósito de regulamentar essa função fiscalizatória, foi promulgada a Lei Complementar 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União), que tratou do tema em seus artigos 3º e 9º, *in verbis*:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para

instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder.

Portanto, é possível perceber que o artigo 3º apontou os preceitos que pautam a atuação do órgão ministerial no exercício do controle externo da atividade policial, enquanto que o artigo 9º enumerou os poderes conferidos ao citado órgão.

Segundo Aury Lopes, o legislador foi tímido ao regular o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, pois não criou mecanismos que lhe permitissem interferir no seu exercício, mas tão somente controlar a sua legalidade. Para ele, “o mais importante – a chamada dependência funcional – não foi regulado e o Ministério Público continua sem poder, efetivamente, controlar a atividade policial no curso do inquérito policial”.¹⁴¹

Não obstante o posicionamento do autor, recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, não só pelo controle externo da atividade policial – já consagrado no texto constitucional -, mas também pela possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público.¹⁴²

2.3.3 O Juiz

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por conceder ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do magistrado é atuar como garantidor dos direitos do acusado na persecução penal.

No processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor -, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante¹⁴³ e a autorizar medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc.). O afastamento representa importante garantia de imparcialidade

¹⁴¹ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151.

¹⁴² No dia 18/05/15, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito do tema com repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 593.727 e reconheceu a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público.

¹⁴³ BRASIL, Art. 310 do CPP: “ Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

e, apesar de existirem alguns dispositivos que permitam a atuação de ofício¹⁴⁴, os magistrados devem condicionar sua atuação à prévia invocação do Ministério Público, da própria polícia ou do sujeito passivo.

O magistrado não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada, não existe a figura do juiz instrutor e por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador.¹⁴⁵

Assim, a principal função do juiz, no curso do inquérito policial, é verificar a legalidade das diligências praticadas pela Autoridade Policial, legitimando esses atos, e tutelar os direitos fundamentais do imputado.

A atuação judicial pode ser *a posteriori*, ou seja, após a realização da atividade policial. Nesse caso, o juiz analisa a observância dos ditames constitucionais e legais, sob pena de reconhecer a invalidade do ato, como, por exemplo, o relaxamento da prisão em flagrante ilegal.

Além das hipóteses previstas no art. 310 do Código de Processo Penal, compete ao juiz decidir sobre o arbitramento de fiança, nos termos do art. 321 e ss. do CPP.¹⁴⁶

O juiz também examina o requerimento de novas diligências feitas pelo *Parquet*, nos termos do art. 16 do CPP, deferindo ou não tal solicitação.

É possível, ainda, que o magistrado decline da competência para apreciação do caso, se houver motivos para tanto, observado o disposto no art. 69 e ss. do CPP.

Se a atividade investigatória implicar restrição a direitos fundamentais, o controle judicial será prévio, isto é, a Autoridade Judiciária deve autorizar a realização do ato, uma vez atendidos os pressupostos legais e o princípio da proporcionalidade.

A doutrina aponta pressupostos e requisitos que delimitam a aplicação desse princípio. Dentre os pressupostos identificam-se o da legalidade e o da justificação teleológica. O primeiro diz respeito à previsão legal da medida restritiva de direito individual. Já conforme o segundo, a limitação do direito individual deve visar à concretização de valores relevantes do sistema constitucional.¹⁴⁷

De acordo com Mariângela Gama de Magalhães Gomes,

¹⁴⁴ Ex.: Art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

¹⁴⁶ De acordo com o art. 322 do CPP, “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”.

¹⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 53.

...o princípio da proporcionalidade tem o seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.¹⁴⁸

Por outro lado, Maria Cecília Pontes Carnaúba sustenta que o princípio da proporcionalidade está positivado no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Segundo a autora,

O dispositivo em análise consagra expressamente a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que hierarquiza os valores tutelados pela Constituição, impedindo que os direitos e garantias individuais sobreponham-se a interesses tão valiosos quantos eles.¹⁴⁹

Importante destacar que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado de forma criteriosa pelo juiz, que não pode se imiscuir em questões políticas próprias do Poder Legislativo. Nesse sentido, salienta Mariângela Gama de Magalhães Gomes que:

O problema mais grave que surge no juízo de proporcionalidade é o consistente em evitar que o órgão jurisdicional, de juiz da legitimidade da lei, transforme-se em juiz da oportunidade da escolha legislativa, tomando o lugar do legislador na avaliação das razões políticas que determinaram a adoção de certa disciplina legislativa – embora seja verdade que em muitos casos a linha limítrofe entre legitimidade e mérito apresente-se demasiadamente estreita, ou quase imperceptível -, com o conseqüente risco de que o juízo de constitucionalidade possa invadir escolhas que são reservadas ao legislador.¹⁵⁰

Assim, o magistrado deve motivar adequadamente as decisões relativas à restrição de direitos fundamentais, pautando-se pelos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou melhor, a ponderação casuisticamente dos valores em conflito.¹⁵¹

¹⁴⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 35.

¹⁴⁹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 100.

¹⁵⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *op. cit.*, p. 213-214.

¹⁵¹ Segundo Antonio Scarance Fernandes, constituem requisitos ou subprincípios da proporcionalidade: a) adequação, isto é, a medida restritiva deve ser apta a alcançar o fim pretendido, ter duração razoável e condizente com a sua finalidade e recair sobre indivíduo que reúna as circunstâncias exigíveis para a sua atuação; b) necessidade, ou seja, a medida restritiva deve ser a que atinge o fim almejado com a menor limitação possível ao direito individual, inexistindo medidas alternativas menos gravosas; e c) proporcionalidade em sentido estrito, ou melhor, a ponderação em cada caso dos valores conflitantes (o que respalda a medida restritiva e o que tutela o direito individual a ser violado), devendo prevalecer o de maior relevância. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 53-55).

Citando o artigo 156, I, do Código de Processo Penal, Aury Lopes critica os critérios apontados acima, *in verbis*:

Nosso profundo rechaço ao disposto no inciso I do art. 156 (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008), que permite ao juiz, de ofício, ordenar, antes de iniciar a ação penal (logo, na intervenção preliminar), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Como se percebe, além de caminhar em direção ao passado (juiz-instrutor), a reforma processual maquiou o problema, utilizando critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação para que e para quem?) e o manipulável princípio da proporcionalidade (que com certeza será utilizado a partir da falaciosa dicotomia entre o [sagrado...] interesse público e o [sempre sacrificável] direito individual do imputado...).¹⁵²

Dentre as precípuas medidas ultimadas no inquérito policial que dependem da autorização judicial é possível apontar a decretação de prisão temporária ou preventiva¹⁵³; a busca e apreensão domiciliar¹⁵⁴; o sequestro e arresto de bens¹⁵⁵; e a quebra do sigilo das comunicações e de dados¹⁵⁶.

Por fim, conforme disposto no art. 18 do CPP, o juiz deve ordenar o arquivamento do inquérito policial, se ao cabo das investigações, o órgão ministerial posicionar-se nesse sentido. Entretanto, nos termos do art. 28 do CPP, caso discorde da opinião do Ministério Público, o juiz pode determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral.

Ocorre que, tal norma viola a imparcialidade do magistrado, uma vez que, para decidir sobre o envio dos autos ao Procurador-Geral, ele efetua, de forma indevida, juízo acusatório.¹⁵⁷

¹⁵² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

¹⁵³ A prisão temporária está regulada na Lei 7.960/89, enquanto a prisão preventiva possui previsão no art. 311 e ss. do CPP. De acordo com o art. 2º da Lei 7.960/89, “A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Já o art. 311 do CPP diz que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

¹⁵⁴ As diligências de busca e apreensão constam do art. 240 e ss. do diploma processual penal. A interpretação desses dispositivos aliada com o art. 5º, XI, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade de domicílio, revela a necessidade de prévio mandado judicial para a realização dessas medidas.

¹⁵⁵ Tais medidas cautelares patrimoniais estão previstas no art. 125 e ss. do CPP. Por implicarem restrição ao patrimônio do imputado, também pressupõem prévia autorização judicial, como se depreende dos arts. 127, 132, 133 e 137, todos do CPP. E ainda, o art. 4º, *caput* da Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei 12.683 de 2012, prevê a possibilidade de o magistrado decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do acusado, que constituam objeto de crimes de lavagem de dinheiro.

¹⁵⁶ O sigilo das comunicações e de dados integra o direito fundamental à intimidade e apenas pode ser violado mediante autorização judicial, por força do disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República. Com o intuito de regulamentar a quebra desse sigilo, foram editadas a Lei 9.296/96, relativa à interceptação de comunicações telefônicas, e a Lei Complementar 105/2001, concernente ao sigilo das operações de instituições financeiras.

¹⁵⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 78.

Buscando reparar tal violação, foi elaborado o Projeto de Lei 4.209/2001, atinente à investigação criminal, que altera o art. 28 do CPP, excluindo a possibilidade de o juiz remeter os autos à Procuradoria.

De acordo com o Projeto de Lei, em caso de promoção de arquivamento, os autos da investigação devem ser automaticamente encaminhados ao órgão superior do Ministério Público, que pode ratificar a promoção ou, em caso de divergência, designar outro representante do órgão acusatório para oferecer a denúncia.

É possível perceber que o magistrado no inquérito policial atua, em regra, como garante e não como investigador, zelando pela efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Aliás, nem poderia ser diferente, uma vez que a atividade investigatória do juiz feriria frontalmente a sua imparcialidade, um dos pilares do sistema acusatório.

Com relação à imparcialidade, salienta Antonio Magalhães Gomes Filho que

...constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre *super partes*, constituindo-se como um terceiro desinteressado, acima portanto dos interesses em conflito.¹⁵⁸

Entretanto, o art. 13, II, do CPP atribuiu poderes investigatórios ao juiz, pois lhe outorgou a faculdade de requisitar diligências à Autoridade Policial, que estará adstrita a cumpri-las.

E ainda, foram promulgadas leis que incrementaram os poderes tipicamente investigatórios da Autoridade Judiciária. Para ilustrar o alegado, dentre outros, é possível citar dois dispositivos legais: a) o art. 3º, *caput*, da Lei 9.296/96 que autoriza o juiz a requisitar, de ofício, a interceptação das comunicações telefônicas¹⁵⁹; e b) o art. 4º, *caput*, da Lei 9.613/98 que prevê a possibilidade de o juiz decretar, de ofício, a apreensão e sequestro de bens objeto de crime de lavagem de dinheiro¹⁶⁰.

Há quem sustente que a possibilidade de realização de atividades investigatórias não fere o princípio da imparcialidade do juiz. Nessa linha, posiciona-se Cleunice Valentim

¹⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 37.

¹⁵⁹ BRASIL, Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal; II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal”.

¹⁶⁰ BRASIL, Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

Bastos Pitombo, ao manifestar-se sobre a Lei 11.690/2008 que alterou, dentre outros, o art. 156, I do CPP, *in verbis*:

Outorgar ao juiz o poder de realizar provas, nos moldes da nova lei, não afronta o modelo processual adotado – inquisitório, na primeira fase e acusatório, na segunda, ou, como preferem outros, integralmente acusatório – nem fere a indispensável imparcialidade do juiz.¹⁶¹

Apesar do posicionamento acima firmado, a possibilidade de o juiz efetuar atos investigatórios vem sendo bastante questionada pela doutrina. Sustenta-se que, num verdadeiro sistema acusatório, o juiz deve atuar como órgão suprapartes, adstrito à função de julgar. A prática de atos investigatórios pelo juiz representa forma de acusação em sentido estrito, pois pressupõe prejulgamentos a respeito da imputação, refletindo em sua imparcialidade.¹⁶²

Assim, deve ser afastada qualquer possibilidade investigatória por parte do juiz, porque reflete exame precipitado da imputação e acaba por violar a sua imparcialidade como órgão julgador.

2.3.4 A vítima

A vítima é o sujeito passivo do crime, ou melhor, o titular do interesse público salvaguardado pelo tipo penal que foi violado pela conduta ilícita. Ao longo dos anos, houve grande mudança na posição da vítima no processo criminal, sendo possível identificar três grandes períodos: a) época da vingança privada, na origem da civilização; b) fase de esquecimento da vítima, que se iniciou na Idade Média e prosseguiu com a edificação do Estado Moderno; e c) período de redescobrimto da vítima, a partir do século XX.¹⁶³

Atualmente, a vítima está cada vez com mais prestígio. Esta, assim como o acusado, deixou de ser vista como mero objeto do processo e tornou-se sujeito de direitos e obrigações. Assim, a vítima possui o direito de atuar ativamente na persecução penal.

Na fase de instrução preliminar, a colaboração da vítima é primordial para a apuração da prática delitiva, uma vez que, além da sua oitiva ser relevante meio de prova,

¹⁶¹ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Considerações iniciais sobre a Lei 11.690/08. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008. P. 20.

¹⁶² LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 169-170.

¹⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12-23.

vários atos dependem da sua presença física, tais como: acareação, reconstituição, exame de corpo de delito, reconhecimento pessoal ou de coisas, etc.

Nesse sentido, discorre Antonio Scarance Fernandes que:

...o próprio sucesso da investigação e, conseqüentemente, o bom resultado final do processo dependem muito do interesse da vítima em colaborar. É ela quase sempre quem comunica o crime e indica as principais testemunhas. O seu retorno para prestar ou fornecer novos esclarecimentos é de máxima importância. A sua participação é necessária para a realização de diligências relevantes, tais como os reconhecimentos de coisas e pessoas e a elaboração do exame de corpo de delito.¹⁶⁴

Existem, ainda, dois importantes motivos que corroboram com a necessidade de participação do ofendido no inquérito policial. O primeiro consiste em auxiliar na colheita dos elementos de informação necessários para o embasamento da formação da *opinio delicti*: seja a sua própria, nos casos de ação penal privada¹⁶⁵; ou do Ministério Público, se for crime perseguido por meio de ação penal pública¹⁶⁶. Já o segundo reside em garantir a reparação do dano causado pela conduta delitiva.

No que tange ao primeiro, de natureza evidentemente penal, diz respeito ao desejo da vítima de responsabilizar criminalmente o autor do fato delituoso, vendo-o ser processado e condenado de forma proporcional à gravidade do crime.

Conforme dispõe o art. 14 do CPP, na fase pré-processual, a vítima pode, inclusive, requerer diligências à Autoridade de Polícia Judiciária. Todavia, em decorrência do caráter discricionário do inquérito policial, a realização da diligência ficaria a critério do Delegado de Polícia¹⁶⁷.

De qualquer modo, não parece razoável que a Autoridade de Polícia Judiciária - em nome da discricionariedade - possa indeferir um requerimento da vítima, quando esta demonstrar a relevância e pertinência do seu requerimento. Com relação aos pleitos formulados pela vítima, na fase pré-processual, Antonio Scarance Fernandes sustenta que “só devem ser indeferidos seus requerimentos quando forem realmente desnecessários ou, no caso, implicarem inadequado atraso ou desvio no caminho da investigação”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 59-60.

¹⁶⁵ Ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP); ação penal de iniciativa privada propriamente dita (art. 30 do CPP); e ação penal privada personalíssima (art. 236 do CP).

¹⁶⁶ BRASIL, O art. 24 do CPP prevê a legitimidade do MP para promover a ação penal. O ofendido, no curso da ação penal, pode requerer a sua habilitação como assistente de acusação, nos moldes do art. 268 e ss. do CPP.

¹⁶⁷ BRASIL, Art. 14 do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

¹⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 75.

Já o segundo motivo, de natureza civil, tem relação com o interesse da vítima em ser ressarcida de todos os prejuízos experimentados - sejam materiais ou morais – pela prática delitiva. Essa reparação pode ocorrer através da execução, no âmbito civil, da sentença penal condenatória transitada em julgado¹⁶⁹; por meio de composição civil ou transação penal (em que se condicione a reparação do dano), nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo; ou, ainda, por meio da suspensão condicional do processo, nas hipóteses de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano¹⁷⁰.

A composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, chamadas de medidas despenalizadoras, vão ao encontro do que, segundo Claus Roxin, está sendo discutido na Europa, ou seja, formas de incentivar a reparação do dano sofrido pela vítima por parte do autor do fato. Nesse debate, uma das possibilidades ventiladas é a descriminalização de certas condutas típicas mediante a reparação do dano suportado pela vítima.

E ainda, com o intuito de resguardar a vítima visando a sua compensação material e impedir a deterioração do patrimônio do imputado, foram previstas medidas cautelares patrimoniais, a saber: apreensão, sequestro, especialização da hipoteca legal e arresto.

Em particular, no inquérito policial, é possível a apreensão, o sequestro e o arresto prévio. A apreensão consiste em retirar determinado bem da posse do imputado, restringindo-lhe a disposição e o uso. O sequestro é uma medida que recai sobre bens móveis ou imóveis do imputado, adquiridos com os proventos do delito. E o arresto prévio incide sobre bem imóvel do imputado, enquanto não puder ser feita a especialização da hipoteca legal.¹⁷¹

2.3.5 O imputado

O inquérito policial, regulamentado por uma legislação anacrônica – o diploma processual penal brasileiro é da década de 40 -, deve ser examinado a partir de uma leitura

¹⁶⁹ BRASIL, O art. 475-N, II do CPC considera a sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo judicial, *in verbis*: “São títulos executivos judiciais: (...) II – a sentença penal condenatória transitada em julgado.”

¹⁷⁰ Conforme prescrito no art. 72 e ss. da Lei 9.099/95. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da referida lei, é a única medida despenalizadora que pode ser aplicada fora do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, *in verbis*: “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.”(grifo nosso)

¹⁷¹ A apreensão está disciplinada nos arts. 118 à 124 e 240 e ss. do CPP, sendo que os primeiros tratam, especificamente, da restituição das coisas apreendidas. O sequestro consta nos arts. 125 à 133 do CPP, enquanto o arresto prévio está previsto no art. 136 do CPP.

constitucional. Desta forma, ante a existência de diversos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição da República, que resguardam a posição do indivíduo frente ao Estado, o imputado deve ser tratado como sujeito de direitos e não mais como mero objeto da investigação.

Antes do advento da atual Carta Magna, grande parte da doutrina brasileira via o imputado como mero objeto da investigação, desprovido de direitos, podendo tão-somente se voltar contra eventuais excessos que restringissem a sua liberdade.

Nessa linha, segue contribuição de José Frederico Marques, *litteris*:

Em face da polícia, o indiciado é apenas objeto de pesquisas e investigações, porquanto ela representa o Estado como titular do direito de punir, e não o Estado como juiz. (...) Em todas essas hipóteses, quer agindo discricionariamente, quer atuando como estritamente vinculada à lei, mantém a autoridade policial ao réu, como objeto de investigações, e não como sujeito ou titular de direitos. O que o indiciado pode exigir é tão só que lhe seja respeitado o *status libertatis*, de forma que é vedado à polícia, fora dos casos estritamente legais, prender o réu ou recusar-lhe fiança.¹⁷²

Hoje em dia, poucos permanecem com essa visão anti-garantista. A maior parte da doutrina sustenta que o imputado, ainda na primeira fase da persecução penal, já possui direitos que devem ser respeitados. Nesse sentir, assim se posiciona Marta Saad acerca da figura do imputado na fase pré-processual:

Sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro 'titular de direitos que dentro dele exerce'. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre.¹⁷³

Diante dessa nova ótica, a Autoridade Policial deve explicitar a qualidade em que a pessoa presta declarações nos autos do inquérito policial: como testemunha, suspeito ou indiciado. Uma vez definida a situação do sujeito passivo, devem lhe ser asseguradas as prerrogativas previstas na legislação e no texto constitucional.

¹⁷² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Book-seller, 1997. vol. 1, p. 149-150.

¹⁷³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 205-206.

É notório que o legislador utilizou, de forma indiscriminada e até mesmo errônea, os vocábulos indiciado, acusado e réu, para se referir às diferentes denominações do sujeito passivo da persecução penal.¹⁷⁴

No processo penal brasileiro, é possível distinguir com clareza as três situações, já que refletem um *status* jurídico distinto¹⁷⁵:

a) Indiciado: é a pessoa formalmente submetida ao inquérito policial;

b) Acusado ou réu: é a parte passiva do processo penal. Somente se pode falar em acusado ou réu a partir da admissão da ação penal (pública ou privada)¹⁷⁶;

c) Condenado: após a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Existe, ainda, a situação de suspeito. Utiliza-se o termo suspeito para designar a situação jurídica daquela pessoa sobre a qual recai uma imputação extrajudicial e que ainda não foi formalmente indiciada.

Nos dizeres de Moraes Pitombo¹⁷⁷, “o suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração tem de ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito”.

Para o presente trabalho, de todas as apresentadas, a mais interessante é a figura do *indiciado*, que será utilizada ao longo do inquérito policial, a partir do momento em que alguém está formalmente submetido à investigação preliminar policial.

Indiciado é a pessoa que se encontra formalmente submetida ao inquérito policial e contra quem existem indícios de autoria delitiva¹⁷⁸. Segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, “indício é rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ O Código de Processo Penal menciona os termos acusado e réu antes mesmo de se iniciar a fase judicial (como exemplo é possível citar os arts. 41 e 46). E ainda, o termo indiciado é utilizado de maneira inapropriada, possivelmente porque não existe disciplina legal do indiciamento (por exemplo, art. 5º, §1º, *b*, do CPP).

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 420-421.

¹⁷⁶ Especificamente, as designações *denunciado* e *querelado* referem-se à parte passiva de uma ação penal pública ou privada, respectivamente.

¹⁷⁷ MORAES PITOMBO, Sergio Marcos. *O Indiciamento como Ato de Polícia Judiciária*, Revista dos Tribunais, n. 577, nov. 1983, p. 313-316.

¹⁷⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

¹⁷⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38.

Define-se o indiciamento como “o resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de ato ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis”.¹⁸⁰

Não há como negar que o indiciamento é ato de bastante relevância para o imputado, pois ainda que estejam recaindo indícios sobre ele, é a partir deste momento que o sujeito passivo passa a ser detentor de direitos e deveres no inquérito policial.¹⁸¹

Todavia, o Código de Processo Penal não cuida deste ato, ou melhor, não determina o modo e o momento em que deve ocorrer o indiciamento nem aponta as consequências jurídicas. Tal fato acarreta graves prejuízos ao imputado, pois a sua situação jurídica fica completamente dependente do arbítrio da Autoridade Policial. Em decorrência do vácuo legislativo, não é raro a Autoridade Policial deixar de proceder ao indiciamento para tolher direitos do imputado, como o de permanecer em silêncio e o de não se autoincriminar.

Nessa linha, assevera Antonio Scarance Fernandes que:

A falta de indiciamento, contudo, não representa para a pessoa a certeza de que está sendo inquirida como testemunha; pode a autoridade deixar de realizar o indiciamento formal a fim de impedir o suspeito de exercitar os direitos reservados ao indiciado, mas, na realidade, atribui à pessoa a prática da infração, como se constata pela própria maneira como a autoridade conduz a investigação e ela é tratada. Neste caso, a pessoa tem o direito de requerer que seja ouvida como indiciada, podendo utilizar, por exemplo, o direito ao silêncio¹⁸².

Portanto, é de extrema importância a definição do instante, no inquérito policial, em que o sujeito passivo deixa de ser suspeito - mero objeto da investigação - e passa a ser tratado como indiciado – sujeito de direitos.¹⁸³

¹⁸⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Indiciamento e qualificação indireta*. Revistas dos Tribunais, n. 571, maio 1983, p. 292.

¹⁸¹ Sentença Antonio Scarance Fernandes que “não há sentido em limitar-se a imputação à fase processual, sendo de máxima importância, em um Estado democrático, assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa”.(FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 104)

¹⁸² FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 125.

¹⁸³ Com o intuito de preencher a lacuna legislativa acerca do indiciamento, está tramitando o Projeto de Lei 4.209/2001 – atualmente se encontra no Senado -, que apresenta nova redação ao art. 8º do CPP, regulando expressamente o indiciamento. Projeto de lei nº 4.209/2001: “Art. 8º Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dele decorrentes. §1º O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais. §2º O indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei. §3º A autoridade policial deverá colher informações sobre a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade. §4º A autoridade deverá informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação e intimação, bem como sobre o dever de comunicar qualquer mudança de endereço”.

Apesar da lacuna legislativa, a partir do conceito de indiciamento antes referido, é possível deduzir que tal providência deve ser ultimada pela Autoridade de Polícia Judiciária sempre que estiverem presentes elementos de convicção aptos a formar juízo de probabilidade acerca da autoria.

2.4 A estrutura legal do inquérito policial

O Código de Processo Penal brasileiro – diploma que trata do inquérito policial nos arts. 4º à 23 -, por ser fruto do regime autoritário de 1937 e inspirado pelo fascista “Código de Rocco” – Código de Processo Penal italiano de 1930 -, deve ser interpretado de forma crítica e em consonância com a Constituição da República de 1988.

As formas de instauração do inquérito policial estão disciplinadas no artigo 5º do diploma processual penal brasileiro. O inquérito policial tem início com a notícia de crime, ou seja, com o conhecimento espontâneo ou provocado por parte da autoridade policial de uma prática delitiva. Será espontâneo quando, diretamente, a autoridade policial tiver ciência do delito e será provocado quando alguém comunicar a prática delitiva à autoridade.¹⁸⁴

De acordo com o art. 5º, I e II do CPP, o inquérito policial deve ser instaurado de ofício pela Autoridade Policial; mediante requisição do juiz ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou seu representante legal. Ao utilizar o vocábulo “requisição”, o legislador vetou qualquer exame de mérito da Autoridade Policial sobre o pedido de instauração de inquérito policial feita pelo juiz ou pelo Ministério Público. Com relação à requisição de instauração de inquérito feita pelo magistrado, grande parte da doutrina entende que viola o sistema acusatório e, por conseguinte, deveria ser aplicado pelo juiz o disposto no art. 40 do CPP¹⁸⁵; no tocante à requisição feita pelo Ministério Público, esta não pode ser negada pelo Delegado de Polícia, porque se trata de uma função institucional do órgão ministerial, consoante dispõe o art. 129, VIII da Carta Magna¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BRASIL, Art. 5º do CPP: “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. Com relação ao inciso I, a Autoridade Policial iniciará o inquérito policial de ofício, por meio de auto de prisão em flagrante(indiciado preso) ou portaria(indiciado solto).

¹⁸⁵ BRASIL, Art. 40 do CPP: “Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

¹⁸⁶ BRASIL, Art. 129, VIII da Constituição da República: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

E, ainda, conforme previsto no art. 5º, §3º do CPP, qualquer pessoa do povo, por comunicação verbal ou escrita, pode comunicar à Autoridade Policial delitos apurados mediante ação penal de iniciativa pública.

Por imperatividade do princípio da obrigatoriedade da ação penal, a Polícia Judiciária, ao tomar conhecimento de possível prática delitiva, deve iniciar e desenvolver a investigação preliminar, com o intuito de perquirir os fatos relativos ao evento delituoso. Nesse sentido, salienta José Barcelos de Souza¹⁸⁷ que o princípio da obrigatoriedade da ação penal estende-se à atividade investigativa da Polícia Judiciária, que é obrigada a efetivá-la nos termos da lei.

Rechaçando esta ideia, Carlos Laet de Souza¹⁸⁸ afirma que a Autoridade Policial pode verificar a conveniência da instauração de inquérito policial. De acordo com o autor, a Autoridade Policial deve efetuar triagens das ocorrências, por meio de uma “investigação extrainquérito”, e instaurar o inquérito apenas se as informações forem pertinentes.

Há muita discussão doutrinária acerca dessa “investigação extrainquérito”, porque confere excessivo poder discricionário à Polícia Judiciária, dando azo a abusos e arbitrariedades. A característica discricionária no inquérito refere-se a possibilidade da Autoridade Policial determinar os rumos da investigação, ou seja, realizar as diligências que entender pertinentes em busca da elucidação de determinação fato delitivo – as diligências possíveis estão dispostas nos arts. 6º e 7º do CPP -, mas não escolher o que irá se tornar um procedimento investigativo formal ou não.

Entretanto, para evitar a formalização de um procedimento investigativo em razão de uma comunicação totalmente descabida e infundada – o que acontece muito, principalmente nos casos de denúncia anônima -, vem sendo admitida, por parte da doutrina e no dia-a-dia da atividade policial, a verificação de procedência das informações antes da instauração de inquérito policial.

Com relação aos crimes apurados mediante ação penal pública condicionada, o inquérito policial depende de regular representação da vítima, já que se trata de uma condição de procedibilidade, por força do art. 5º, §4º do CPP. Já nos delitos de ação penal privada, a instauração do procedimento depende de requerimento da vítima ou de seu representante legal, conforme preceitua o art. 5, §5º do referido diploma legal.

¹⁸⁷ SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e Prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 30.

¹⁸⁸ SOUZA, Carlos Laet de. *Da investigação policial e da instrução criminal provisória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 21, jan-mar.1998, p. 160.

Conforme o art. 5º, §1º, *a, b e c*, do CPP, o requerimento do ofendido deve conter a narração do fato, com todas as suas circunstâncias, dados sobre a autoria e a indicação de testemunhas.

É admitida, ainda, a requisição de diligências por parte do magistrado ou do Ministério Público e o requerimento de diligências pelo ofendido, de seu representante legal ou do indiciado, conforme disposto nos arts. 13, II e 14 do CPP¹⁸⁹. Inere-se do texto legal que, no primeiro caso, o Delegado teria o dever de acolher as providências requisitadas, enquanto no segundo haveria mera possibilidade, pois a realização de diligências ficaria ao seu alvedrio. Entretanto, tal interpretação diverge de uma leitura constitucional do diploma processual.

Ao final das investigações, o Delegado de Polícia deve elaborar relatório com os elementos colhidos e enviar os autos ao magistrado, conforme prevê a redação do art. 10, §1º do CPP¹⁹⁰. A Autoridade Policial jamais pode mandar arquivar os autos do inquérito policial, porque o procedimento é indisponível, conforme preceitua o art. 17 do CPP¹⁹¹.

Em decorrência do sistema acusatório, os autos devem ser remetidos ao titular da ação penal para que deflagre ou não a ação penal. Em se tratando de ação penal pública, caso o Ministério Público entenda que não existem elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, deve requerer ao juiz o arquivamento do procedimento. Caso o magistrado não concorde, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando a regra do art. 28 do CPP¹⁹².

Caso o procedimento investigativo venha a ser arquivado, ele só será desarquivado se houver notícia de novas provas.

Importante destacar que os atos ultimados no inquérito devem ser escritos, conforme disposto no art. 9º do CPP¹⁹³. E, ainda, os autos do procedimento acompanham a

¹⁸⁹ BRASIL, Art. 13, II do CPP: “Incumbirá ainda à autoridade policial: (...) II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público”. Art. 14 do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

¹⁹⁰ BRASIL, Art. 10, § 1º do CPP: “A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente”.

¹⁹¹ BRASIL, Art. 17 do CPP: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

¹⁹² BRASIL, Art. 28 do CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

¹⁹³ BRASIL, Art. 9º do CPP: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

peça acusatória quando servirem para embasá-la, em atenção ao que preceitua o art. 12 do CPP¹⁹⁴.

O art. 20 do CPP¹⁹⁵ permite à Autoridade Policial que assegure no inquérito policial o sigilo necessário para que se alcance a elucidação do fato delitivo ou para resguardar o interesse da sociedade. A limitação da publicidade pode ser tão-somente para terceiros, alheios à persecução penal – sigilo externo -, ou pode atingir também o imputado no tocante à determinados atos – sigilo interno.

Por derradeiro, saliente-se que o inquérito policial é dispensável, ou seja, caso o titular da ação penal possua elementos suficientes da materialidade e indícios de autoria, pode oferecer a peça acusatória, sem prévia investigação criminal.

2.5 O valor dos elementos colhidos no inquérito policial

Em linhas gerais, pode-se dizer que o valor dos elementos colhidos durante o inquérito policial serve para fundamentar medidas cautelares e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou o não processo (arquivamento).

Portanto, os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o magistrado ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar.

José Frederico Marques já dizia que, “em face da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente”.¹⁹⁶

Mais recentemente foi editada a Lei nº 11.690/2008, que alterou o artigo 155 do CPP, e este acolheu a distinção entre “prova” – aquela produzida em contraditório judicial – e “elementos informativos” – elementos colhidos no inquérito policial -, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹⁹⁴ BRASIL, Art. 12 do CPP: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

¹⁹⁵ BRASIL, Art. 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

¹⁹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.1, p. 194.

Por meio dessa distinção é possível entender a fundamentação para o limitado valor probatório do que é colhido na fase investigativa, restando clara a inadmissibilidade de que a atividade realizada na investigação preliminar (atos de investigação) possa substituir a instrução definitiva (atos de prova). A única verdade admissível é a processual, produzida no cerne da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contraditório e defesa.

Para melhor entendimento, seguem apontamentos de Aury Lopes Jr.¹⁹⁷ acerca da diferença entre “atos de investigação” e “atos de prova”:

Sobre os atos de investigação, é possível afirmar que:

- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
- b) estão a serviço da instrução preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
- c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;
- d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
- e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;
- f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
- g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Noutro sentido, os atos de provas:

- a) estão voltados a convencer o juiz da verdade de uma afirmação;
- b) estão a serviço do processo e integram o processo penal;
- c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança;
- d) servem à sentença;
- e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- f) são praticados ante o magistrado que julgará o processo.

¹⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156-157.

Outro ponto que merece destaque é que, no Brasil, não há a exclusão física das peças do inquérito policial, como ocorre em outros países, como a Itália, conforme será abordado no próximo capítulo.

A ausência de separação física entre os autos da investigação e do processo permite que os informes colhidos na persecução prévia sejam utilizados na fase processual, principalmente, porque o artigo 155 do CPP não veda a fundamentação da sentença com base em elementos informativos¹⁹⁸. Tal artigo só cria óbice para uma fundamentação pautada “exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.¹⁹⁹

Nessa linha, assinala Fauzi Hassan Choukr, *in verbis*:

A repudiada influência em juízo dos informes colhidos nas investigações deve-se, parcialmente, à inexistência de separação dos autos da investigação daqueles que formarão a ação penal (pode-se dizer que há uma comunhão de ‘bases procedimentais’ de um e outro momento). Com efeito, transpõe-se materialmente tudo aquilo que foi produzido na fase de preparação para os autos definitivos, e a intromissão, ainda que inconsciente, acaba acontecendo até pelo manuseio corriqueiro do processo. Se a cindibilidade física dos volumes não é, por si, a tábua de salvação do sistema, fato é que sua adoção ajudaria em muito, pelo menos na medida em que obrigaria o titular da ação a, jurisdicionalmente, produzir as provas necessárias para a comprovação da imputação criminosa dirigida ao acusado, não se servindo, com a largueza que hoje se encontra, da investigação para sustentar uma condenação²⁰⁰.

No mesmo sentido, se posiciona Aury Lopes Jr, *litteris*:

A regra geral é que os atos da investigação preliminar sejam, como tais, considerados meros atos da investigação, com uma *limitada eficácia probatória*, pois a produção da prova deve estar reservada à fase processual. É a *função endoprocedimental* dos atos da instrução, no sentido de que sua eficácia é interna à fase, para fundamentar as suas decisões interlocutórias tomadas no curso da investigação. Para evitar a contaminação, o ideal é adotar o sistema de eliminação do processo dos atos de investigação, excetuando-se as provas técnicas irrepetíveis e a produzida no respectivo incidente probatório.²⁰¹

¹⁹⁸ Esta é a posição predominante no STJ. Segue um julgado para ilustrar tal entendimento: “Criminal. *Habeas Corpus*. Quadrilha ou bando. Nulidade da sentença. Depoimento testemunhal. Inquérito policial. Retratação em juízo. Outros elementos para embasar a condenação. Ausência de fundamentação. Inexistência. Ordem denegada. I. Hipótese em que a condenação não se baseia exclusivamente no depoimento prestado no inquérito policial, que foi retratado em sede judicial. Ao contrário, o édito monocrático funda-se em outros depoimentos colhidos em juízo, em observância ao princípio do contraditório, não apresentando qualquer vício de fundamentação. II. Ordem denegada”. (HC 88.924/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, *DJe*, 17-10-2011).

¹⁹⁹ Segundo Aury Lopes Jr., “o grande erro da reforma pontual (Lei n. 11.690/2008) foi ter inserido a palavra ‘exclusivamente’”. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162)

²⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 138.

²⁰¹ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 209.

De modo excepcional, levando em consideração a urgência ou o risco de perecimento de uma importante prova, o procedimento a ser adotado com o intuito de jurisdicionalizar os atos de investigação, alçando-lhes ao *status* de atos de prova, é o incidente de produção antecipada de provas.

Neste caso, em se tratando de prova irrepetível e relevante, ou seja, que por sua natureza não possa ser refeita na fase judicial, deve ser realizado incidente de produção antecipada de provas. Dessa forma, há a jurisdicionalização da atividade probatória durante o inquérito policial, que ocorre em atenção às garantias processuais e resulta em verdadeiro ato de prova.

3 EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS (NORTE-AMERICANA E ITALIANA) ACERCA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

3.1 Principais aspectos da investigação criminal nos Estados Unidos

É possível subdividir o modelo de persecução penal americano em três grandes fases: a primeira constitui-se em uma fase investigatória (*investigatory stage*), na qual se busca a apuração dos elementos da prática de um crime e sua autoria. Esta fase já possui um caráter persecutório, cujo principal objetivo é a introdução de elementos aptos a convicção do júri. Assim, a colheita dos elementos probatórios é, em regra, desde o momento da investigação produzida, bastando apenas uma análise positiva do magistrado no momento da admissibilidade da prova.

A segunda fase seria a de adjudicação (*adjudatory stage*) na qual o juiz encarregado verifica as provas, podendo descartá-las ou admiti-las. Essa análise se dá após o ato de *prosecution*, que é o ato formal de acusação contra o suspeito. Se o promotor decide acusar, ele elabora um documento formal – no Brasil, seria equivalente à denúncia (*complaint*) -, e submete o caso à apreciação judicial²⁰².

E, por fim, a terceira fase da persecução penal norte-americana, seria a judicial (*judicial stage*), que acontece com a instrução criminal, alegações das partes técnicas (promotor, assistente de acusação e defensor) e julgamento pelo juiz (*bench verdict*) ou pelo pequeno júri (*petty jury verdict*), este apenas poderá decidir pela absolvição (*not guilty*) ou pela condenação (*guilty*). Se condenado, haverá um desdobramento dessa fase chamado *sentencing*, cuja finalidade é a aplicação da pena ao condenado pelo magistrado por meio da prolação da sentença.

Após esta breve análise acerca da persecução penal norte-americana, importante centrar a análise na primeira fase, em se tratando do objeto do presente trabalho.

Primeiramente, faz-se necessário destacar que o modelo norte-americano é “adversarial”, ou seja, a gestão da prova é das partes e não do juiz. As partes são responsáveis pela busca das provas e de seus respectivos meios, possuindo “tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo

²⁰² SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 4. ed. Belmont: Wadsworth, 1998, p. 34-35.

determinando o que será objeto de indagação”.²⁰³ O magistrado deve adotar uma postura inerte no tocante à atividade probatória para não violar a sua imparcialidade.

A investigação não possui rito formal previamente delineado, desenvolvendo-se conforme as especificidades do caso concreto. Ela divide-se em dois momentos: no primeiro, colhem-se os dados necessários à determinação dos fatos e identificação de um suspeito; no segundo, após a individualização do suspeito, assume a forma de persecução propriamente dita. Sobre a investigação norte-americana, segue entendimento de João Gualberto Garcez Ramos:

Num primeiro período das investigações, os agentes policiais investigam os fatos, colhem as provas e procuram estabelecer uma causa provável (*probable cause*), indispensável para a emissão de mandados, seja de busca, seja de apreensão ou de prisão. Nesse primeiro período, em que o foco das investigações é um fato – e não um autor de um fato –, as investigações se desenvolvem secretamente. (...) Se a autoridade investigante identificar um suspeito e se contra ele pesarem evidências que tornem a causa provável, a autoridade policial pode iniciar a persecução penal. *Par excellence*, o ato que sempre traduziu o início da persecução – até porque é inegável sua gravosidade em relação a alguém – é a prisão (*arrest*) do imputado, embora a própria Suprema Corte, em decisões recentes, tenha mosrado alguma dúvida a respeito. Contudo, é possível afirmar que é com a prisão de um suspeito que a investigação a ele se direciona e se torna, para todos os fins, uma persecução penal. Com isso, passam a ser aplicáveis novas e importantes cláusulas da Carta de Direitos²⁰⁴.

Na investigação criminal norte-americana, a polícia assim como os técnicos e peritos criminais assumem importância significativa. As provas materiais e os indícios que recairão em desfavor de um suspeito serão colhidos diretamente por tais protagonistas. A tradição norte-americana considera o levantamento de informações na fase investigativa uma tarefa essencialmente policial, entretanto não se trata de uma função exclusiva da polícia. Não se exclui a possibilidade de o Ministério Público investigar de ofício, mas destaque-se que é bem mais frequente nos delitos federais como os financeiros, econômicos, tráfico de substância entorpecente, etc.

Apesar de a figura do promotor-investigador ocorrer na maioria das vezes nos crimes federais, Bruno Calabrich ressalta a predominância do Ministério Público na fase preliminar:

Embora seja necessária uma autorização judicial (*warrant*) para medidas cautelares de prisão, de busca (*search*) e de apreensão (*seize* ou *seizure*), nos Estados Unidos o

²⁰³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 44.

²⁰⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 180-181.

Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento. Seu poder discricionário (*discretion*) permite decidir sobre a submissão do caso à *preliminary hearing* e ao *grand jury*, para a confirmação da existência de uma *probable cause*, e mesmo negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (*plea bargaining*)²⁰⁵.

Apesar do destaque acima, a defesa também possui poderes investigatórios, facultando à esta a colheita dos meios de prova aptos a fundamentar as suas alegações²⁰⁶.

Na primeira etapa das investigações, a busca dos policiais ou, eventualmente, do promotor se concentram na causa provável (*probable cause*), que servirá como o centro de onde se poderá solicitar ao magistrado a emissão de mandados de busca e apreensão (*search and seizure*), de prisão (*arrestment*) etc. É muito comum que nessa etapa das investigações, quando ainda não se tem um suspeito individualizado, tais colheitas probatórias sejam realizadas secretamente, com o intuito de não alertar o suspeito sobre o objeto da investigação.

Destaque-se que a ausência de um suspeito formal – estratégia maliciosa não raramente utilizada pela polícia – auxilia para a violação do princípio da paridade de armas²⁰⁷.

Neste momento – quando ainda não se tem a individualização do suspeito -, não há limitação temporal da investigação preliminar. E ainda, o Direito Penal norte-americano não contempla o instituto da prescrição, o que permite que a investigação seja suspensa, abandonada e, anos depois, retomada. A única limitação existente encontra-se disposta na 4ª Emenda:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized²⁰⁸.

²⁰⁵ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 79-80.

²⁰⁶ No processo penal norte-americano, vigora o princípio da liberdade das provas. Assim, o uso de determinado meio de prova, na fase judicial, independe de previsão legal, bastando que a prova seja produzida e considerada apta a convencer o magistrado.

²⁰⁷ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 398.

²⁰⁸ “O direito do povo de estar seguro em sua pessoa, casas, papéis e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas”.

A violação à 4ª Emenda, já na fase de adjudicação, acarretará a imprestabilidade do elemento probatório colhido, caracterizando-se como prova ilícita, amparada pelas *exclusionary rules*. Excetuando essa limitação, a ausência de um elemento formal que aponte determinada pessoa como suspeito desobriga a atividade policial de seguir regras específicas e o respeito aos direitos do imputado, justamente pela carência de exigência formal. No entanto, o comparecimento para depoimentos, quando o conjunto das investigações apontar para o depoente, mesmo ante a inexistência de um suspeito formal, deve ser realizado acompanhado de um defensor. Com a configuração de suspeito determinado, este deve ser interrogado na presença de um defensor.

A persecução penal propriamente dita se instaura com a definição do suspeito. Quando a causa provável liga o suspeito à prática delitiva, permite-se, por exemplo, a decretação de sua prisão. Em regra, é com a prisão do suspeito que se tem o direcionamento da persecução penal para determinada pessoa. Com o apontamento para determinado indivíduo surge toda a gama de direitos decorrente do *Bill of Rights*²⁰⁹ norte-americano. Nesse momento, o suspeito passa a ter o direito de ser assistido por advogado²¹⁰ e a prisão do imputado deve vir acompanhada de alguns avisos, chamados *Miranda warnings*²¹¹. Com relação à estes avisos, é possível citar, por exemplo, a menção ao direito de não fazer prova contra si, ou seja, ao direito de não auto-incriminação.

Finda a investigação, inicia-se a fase de adjudicação, onde uma parte apresenta à outra as provas de que dispõe (*disclosure/discovery*), em homenagem ao princípio do direito ao confronto²¹².

Nos Estados Unidos da América não há procedimento rígido para a realização da investigação criminal defensiva – até mesmo por ser típico de sistema jurídico da *common law* -, porém devem ser obedecidas as diretrizes gerais constantes no texto constitucional e as orientações emanadas dos tribunais.

Assim, a investigação defensiva é admissível nos Estados Unidos, até mesmo por ser consequência natural do regime jurídico adotado, que atribui às partes a iniciativa

²⁰⁹ A partir de 1868, com a entrada em vigor da 14ª Emenda à Constituição, a *Bill of Rights* (Carta de Direitos) tornou-se cogente para os Estados-membros. Assim, a Suprema Corte passou a ter poder de supervisionar as decisões judiciais emanadas por qualquer tribunal do país, estadual ou federal, para analisar a sua conformidade com a Carta de Direitos.

²¹⁰ Esse direito foi determinado pela Suprema Corte norte-americana nos casos *Kirby vs. Illinois* (1972) e *Gideon vs. Wainwright* (1963).

²¹¹ O direito aos avisos, denominados *Miranda warnings*, foi determinado pela Suprema Corte no caso *Miranda vs. Arizona* (1966).

²¹² Diogo Malan entende que o direito ao confronto foi incorporado ao direito brasileiro. MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

investigatória e probatória. Entretanto, destaque-se que os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que tenham sido expressamente admitidos pelo magistrado na fase adjudicatória.

3.2 Principais características da investigação criminal italiana

Na Itália, até 1988, fora adotado o modelo do Juizado de Instrução. Este estava previsto no então vigente Código de Processo Penal, datado de 1930 e também conhecido como Código Rocco²¹³, que fora editado sob o regime da ditadura fascista de Mussolini. Nos dizeres de Antônio Nobre Folgado,

O Código de Processo Penal italiano de 1988 eliminou o Juizado de Instrução. A fase judicial é precedida por investigações por parte do Ministério Público (“*indagini preliminari*”), (...) que pode realizar diretamente atos investigativos, ou pode delegar tais atos à polícia judiciária²¹⁴.

Ao longo da vigência do então chamado Código Rocco, o sistema processual adotado foi o inquisitivo, o que permitiu, no juízo de mérito, a utilização das provas adquiridas no decorrer da instrução preliminar, de forma que o acusado não pudesse contraditá-las.

Com a reforma processual²¹⁵ que outorgou às partes a gestão da prova, a defesa deixou de ser coadjuvante, já que se limitava a examinar os elementos oriundos da instrução, e passou a adotar uma postura ativa, sendo detentora de poderes para buscar fontes de prova em favor do sujeito passivo.

A investigação defensiva, na Itália, chama-se *investigazioni difensive* ou *indagini difensive* e encontra amparo constitucional no artigo 24, II da Constituição da

²¹³ ROCCO, Alfredo. Uma alusão ao Ministro da Justiça da época.

²¹⁴ FOLGADO, Antônio Nobre. *Breves Notas Sobre o Processo Penal Italiano*. Artigo publicado na Revista da Associação Paulista do Ministério Público, ano IV, nº 35, outubro-novembro, p. 36-38.

²¹⁵ Antonio Magalhães Gomes Filho entende que a reforma italiana pretendia implantar um sistema acusatório puro e que o mesmo não teria sido alcançado por diversos motivos. Segundo o autor, “essa radical transformação de um sistema tradicionalmente misto para um modelo acusatório puro, repetindo experiências históricas já mencionadas, não teve a esperada consistência e duração, sendo em pouco tempo superada por reformas que reintroduziram alguns dos elementos característicos do processo inquisitório. Vários fatores podem ser apontados para isso: a luta contra a criminalidade organizada, que invariavelmente consegue cooptar a opinião pública para posições contrárias à promoção de liberdades individuais; o despreparo dos operadores jurídicos para os novos papéis, especialmente num país em que juízes e membros do Ministério Público pertencem à mesma carreira; a falta de instrumentos adequados ao exercício efetivo do direito da defesa à obtenção de provas na fase de investigação.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 71)

República, que diz que “*la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*”²¹⁶

A investigação defensiva surgiu de uma busca por equidade, uma vez que as *indagini preliminari* são dirigidas pelo Ministério Público. Sustenta José Barcelos de Souza que:

o pensamento da conveniência da instituição da investigação também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conservava uma tendência natural de parte, posto devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa²¹⁷.

Há quem sustente que a investigação defensiva não foi suficiente para alcançar a paridade de armas entre as partes. Segundo Luigi Ferrajoli²¹⁸, a reforma processual italiana não conseguiu estabelecer, com efetividade, um processo penal acusatório, dentre outros motivos, pelo fato de o defensor permanecer em situação inferior ao órgão acusatório, uma vez que o Ministério Público integra o Poder Judiciário e, por consequência, possui laços mais estreitos com a magistratura.

Nessa linha, sustenta Gustavo Badaró que:

A defesa, no curso da *indagine preliminare*, encontra-se em posição de nítida inferioridade em relação à acusação, não só pela dificuldade, de ordem essencialmente prática, para desenvolver uma autônoma atividade investigatória, voltada à descoberta de fontes de provas a favor do investigado, mas sobretudo pela

²¹⁶ O art. 111 da Constituição da República italiana prevê ainda que o sujeito passivo deve dispor do tempo e das condições necessárias para elaboração da defesa e pode adquirir qualquer meio de prova a seu favor, *in verbis*: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.*”

²¹⁷ SOUZA, José Barcelos de. *Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>. Acesso em: 30/10/2015.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 592-597.

relevância que têm no *dibattimento* muitos dos atos atribuídos ao Ministério Público²¹⁹.

Apesar dos posicionamentos acima, consoante o disposto no art. 38 do diploma processual penal italiano²²⁰, foi ofertada a faculdade ao defensor de reunir elementos de convicção em favor do assistido, por meio de investigação privada, e apresentá-los diretamente ao magistrado.

Entretanto, no início da década de 90, a Suprema Corte italiana adotou a teoria da canalização²²¹, segundo a qual todos os elementos colhidos na fase pré-processual, inclusive os reunidos por meio da investigação defensiva, deveriam ser canalizados no Ministério Público.

Com relação ao conflito entre o artigo 38 do CPP italiano e o posicionamento da Suprema Corte, Antonio Scarance Fernandes sustenta que:

Tal dispositivo sofreu interpretação restritiva da jurisprudência, por meio de orientação que ficou conhecida como teoria da canalização, porque determinava que os elementos colhidos pela defesa fossem apresentados ao órgão acusador. A teoria da canalização esvaziava a vantagem da investigação pela defesa admitida pelo Código.²²²

No entendimento de Denis Sampaio, a postura da Corte ocorreu devido ao recente passado inquisitório – o “Código Rocco” que perdurou entre os anos de 1930 e 1988 -, *in verbis*:

A cultura inquisitória é parcialmente restabelecida pela Corte constitucional italiana, que parte de um inédito “*princípio da não dispersão da prova*”, retornando à ampliação de poderes instrutórios realizados pelo juiz, “*educados numa cultura que*

²¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 145.

²²⁰ Art. 38 do CPPi: (*Termini e forme per la dichiarazione di ricusazione*). 1. *La dichiarazione di ricusazione può essere proposta, nell’udienza preliminare, fino a che non siano conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti; nel giudizio, fino a che non sia scaduto il termine previsto dall’art. 491 comma 1; in ogni altro caso, prima del compimento dell’atto da parte del giudice*. 2. *Qualora la causa di ricusazione sia sorta o sia divenuta nota dopo la scadenza dei termini previsti dal comma 1, la dichiarazione può essere proposta entro tre giorni. Se la causa è sorta o è divenuta nota durante l’udienza, la dichiarazione di ricusazione deve essere in ogni caso proposta prima del termine dell’udienza*. 3. *La dichiarazione contenente l’indicazione dei motivi e delle prove è proposta con atto scritto ed è presentata, assieme ai documenti, nella cancelleria del giudice competente a decidere. Copia della dichiarazione è depositata nella cancelleria dell’ufficio cui è addetto il giudice ruscato*. 4. *La dichiarazione, quando non è fatta personalmente dall’interessato, può essere proposta a mezzo del difensore o di un procuratore speciale. Nell’atto di procura devono essere indicati, a pena di inammissibilità, i motivi della ricusazione*.

²²¹ A jurisprudência interpretou restritivamente o artigo 38 do CPP italiano, entendendo que o resultado da investigação defensiva não era diretamente utilizável como elemento de prova e, por este motivo, deveria ser dirigido ao Ministério Público.

²²² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 242.

*faz do juiz penal o dominus da prova*²²³, restabelecendo o discurso da busca da verdade como fator preponderante ao processo penal.²²⁴

Diante disso, algumas leis foram editadas – dentre elas, pode-se citar as Leis 332/95 e 479/99 – com a finalidade de assegurar o direito à investigação defensiva e a faculdade de o defensor apresentar seus elementos probatórios diretamente ao juiz.

É importante ressaltar que a investigação defensiva não acarreta só direitos ao defensor, mas também deveres. É direito com relação ao magistrado, que deve permitir a sua realização e é dever com relação ao assistido, uma vez que a investigação defensiva pode ser necessária para a efetiva tutela de seus interesses.²²⁵

Assim, é imperioso examinar as normas constantes no ordenamento jurídico italiano acerca da investigação defensiva.

3.3 Aspectos normativos da investigação criminal na Itália

As *indagini preliminari* estão reguladas nos arts. 326 a 415 do Código de Processo Penal. De acordo com o art. 326 do CPP italiano²²⁶, elas podem ser definidas como as investigações desenvolvidas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, sob delegação, com o objetivo de alcançar as determinações necessárias ao exercício da ação penal.²²⁷

Com relação aos dados adquiridos nas *indagini preliminari*, Paolo Tonini sustenta que eles não servem somente para a colheita de elementos para embasar futura ação penal. Segundo o autor, estes também podem ser utilizados para obtenção de elementos relacionados à possível conduta delitiva, suficientes ou não, para constatar a viabilidade da ação penal e também para embasar a decretação de medidas cautelares proferidas nesta fase.²²⁸

Com relação à condução da investigação, como dito acima, o Ministério Público é o responsável pela apuração dos fatos, enquanto a Polícia Judiciária exerce função

²²³ AMODIO, Ennio. *Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal*. Trad. Paulo Zomer. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25, jan./mar. 1999, pp. 09/22.

²²⁴ MALAN, Diogo., MIRZA, Flávio., coordenadores. *Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativa*, Lumen Juris, 2014. p.102.

²²⁵ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 495.

²²⁶ Art. 326 do CPPi: “(Finalità delle indagini preliminari) 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale”.

²²⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 131.

²²⁸ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 394.

complementar mediante delegação daquele órgão. Assim, importante diferenciar as atribuições de cada órgão.

As atribuições do Ministério Público estão dispostas nos artigos 358 a 378 do diploma processual italiano, a saber:

- receber a notícia de crime e decidir acerca da instauração de procedimento investigatório;
- efetuar todas as atividades investigatórias necessárias ao exercício da ação penal, inclusive apurar fatos favoráveis ao sujeito passivo;
- nomear assistentes técnicos para realização de exames periciais;
- realizar oitivas de pessoas capazes de elucidar aspectos relevantes para a reconstrução dos fatos;
- proceder à individualização de pessoas e coisas;
- interrogar o sujeito passivo na presença de um defensor (particular ou dativo);
- ordenar, em caso de urgência, acareações, inspeções, sequestros, buscas pessoais e locais e interceptações;
- encaminhar a informação da garantia²²⁹ ao sujeito passivo, antes da prática de qualquer ato para o qual se exige a presença de defensor;
- requisitar o comparecimento do sujeito passivo, do ofendido e de testemunhas a atos que dependam de sua presença, sob pena de serem conduzidos coercitivamente;
- solicitar o arquivamento das investigações ou requerer a abertura de audiência preliminar;
- oferecer acusação formal.

Destaque-se que o Ministério Público possui poderes coercitivos equiparados aos da Autoridade Judiciária para a execução das diligências investigatórias, conforme disposto no art. 131 do CPP italiano.²³⁰

Já as atribuições da Polícia Judiciária – órgão que atua mediante delegação do Ministério Público – estão previstas nos artigos 347 a 357 do CPP, a saber:

- receber a notícia de crime e transmiti-la ao Ministério Público;

²²⁹ *Informazione di garanzia* – Trata-se de comunicado ao sujeito passivo da investigação preliminar, no qual são indicados os seus direitos, as normas violadas, a data e o lugar em que se produziu o fato e a faculdade de nomear defensor de confiança.

²³⁰ Art. 131 do CPPi: “(*Poteri coercitivi del giudice*) - 1. *Il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, può chiedere l'intervento della polizia giudiziaria e, se necessario, della forza pubblica, prescrivendo tutto ciò che occorre per il sicuro e ordinato compimento degli atti ai quali procede*”.

- assegurar as fontes de prova, conservando o estado de lugares e de coisas e reunindo elementos úteis à reconstrução dos fatos e à individualização do sujeito passivo;
- identificar o sujeito passivo e as testemunhas;
- obter informações sumárias do sujeito passivo, que não se encontra em condições de ser detido, o qual deve estar acompanhado de seu defensor;
- colher informações sumárias das testemunhas;
- tomar declarações espontâneas do sujeito passivo, que não poderão ser utilizadas na fase de *dibattimento*, salvo exceções previstas em lei;
- proceder à busca pessoal ou local, em caso de flagrante delito ou de evasão. O registro dessas diligências deve ser transmitido ao Ministério Público, no prazo de quarenta e oito horas, para a convalidação da medida;
- efetuar prisão em flagrante delito;
- apreender correspondência e documentos sigilosos e encaminhá-los intactos ao Ministério Público;
- elaborar relatório das atividades desenvolvidas e colocá-lo à disposição do Ministério Público.

O Ministério Público italiano tem a função imparcial de produzir toda a atividade necessária com o intuito de concluir a investigação preliminar delimitando a autoria, assim como delinear os fatos delitivos cometidos. No entanto, exercendo uma função claramente de fiscal da lei, o Ministério Público na Itália deve, também, colher elementos/informações favoráveis ao investigado, atuando como defensor da ordem jurídica.

Nessa linha, segue manifestação de Fauzi Hassan Choukr com relação à atuação do Ministério Público na Itália, durante a primeira fase da persecução penal:

O Ministério Público é dirigente da investigação preliminar, ressaltando caber ao 'parquet' nessa fase, inclusive, a produção dos meios de prova que eventualmente sirvam para a defesa daquele que poderá vir a ser réu na futura ação penal, desde logo evitando-se qualquer nomenclatura que possa indicar tratar-se essa etapa de um verdadeiro momento de formulação de acusação²³¹.

Portanto, o Ministério Público, no direito italiano, ganhou uma função proeminente nas investigações preliminares, pois a cada dia mais, no cenário internacional, o magistrado cede espaço para o Ministério Público, assumindo - como deve ser - seu papel de sujeito imparcial do conflito de interesses.

²³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Preliminar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 63.

A principal inovação trazida pelo diploma processual penal italiano de 1989 foi a abolição da figura do juiz instrutor e a atribuição às partes dos poderes de investigar e buscar os elementos probatórios, conforme disposto no artigo 111 da Constituição da República²³² e no artigo 190 do CPP²³³.

Ocorre que, o Ministério Público - titular da ação penal pública – passou a dirigir as *indagini preliminari* e isso fez com que os legisladores italianos se debruçassem sobre o tema e buscassem formas de contrabalançar uma investigação na qual existe atuação de dois órgãos públicos: o Ministério Público (na direção) e a Polícia Judiciária (atuando sob delegação do primeiro).

Assim, foi elaborada a Lei nº 332, de 08.08.1995, que garantiu ao defensor o direito de apresentar ao magistrado os meios de prova obtidos com sua investigação. E ainda, impôs ao juiz o dever de inserir essa documentação nos autos das investigações preliminares.

A *posteriori*, editou-se a Lei nº 479, de 16.12.1999, que previu o dever do Ministério Público de fazer constar do aviso de conclusão das *indagini preliminari* a possibilidade de o sujeito passivo reunir e depositar toda a documentação relacionada à investigação defensiva.

A mais importante Lei em busca de uma equidade na fase preliminar veio em seguida. A Lei nº 397, de 07.12.2000, modificou diversos artigos do Código de Processo Penal, para regulamentar, de maneira detalhada, a investigação defensiva. As principais garantias trazidas em favor do sujeito passivo na primeira fase da persecução penal serão delineadas mais adiante.

²³² Art. 111 da Constituição da República italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.*

²³³ Art. 190 do CPP italiano: “*(Diritto alla prova) - 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.*”

A investigação é instaurada através do conhecimento espontâneo dos fatos pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, ou a partir de notícia de crime apresentada por terceiros. Por vezes, a instauração do procedimento preliminar depende do cumprimento de algumas condições de procedibilidade, quais sejam: a *querela*, a *istanza di procedimento*, a *richiesta di procedimento* e a *autorizzazione a procedere*, previstas nos artigos 336 à 346 do Código de Processo Penal italiano.

A *querela* é própria dos crimes de iniciativa privada, consistindo em declaração de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de que seja averiguada eventual prática delitiva. A *istanza* possui a mesma forma da *querela*, com a diferença de que se aplica aos delitos praticados no exterior e que podem ser investigados de ofício. A *richiesta* é um requerimento do Ministro da Justiça para instauração de procedimento investigatório destinado a apurar delitos específicos, expressamente previstos em lei. Por fim, determinadas pessoas, em decorrência do cargo que ocupam, só podem ser alvos de investigação criminal se houver prévia autorização de autoridade competente: a chamada *autorizzazione a procedere*.

Cabe ressaltar a existência de um magistrado específico para atuar na fase investigatória diverso daquele que julgará o processo, chamado *giudice per le indagini preliminari (GIP)*, que intervém exclusivamente nos casos previstos em lei e no pedido das partes, não podendo atuar *ex officio*.

Tal magistrado não ultima ato investigatório. Sua principal função é resguardar direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo da investigação preliminar. Assim, deve verificar a possibilidade de adoção de medidas restritivas desses direitos e, se for o caso, autorizá-las ou convalidá-las (se tiverem sido realizadas diretamente pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária em regime de urgência).²³⁴

O juiz das garantias (*GIP*) deve, também, realizar atividade fiscalizatória sobre os atos praticados pelo Ministério Público, decidir sobre os pedidos feitos por este órgão, pelo ofendido, pelo investigado, além de conduzir o incidente de produção antecipada de provas e a audiência preliminar.

Na Itália, o sujeito passivo da investigação criminal é chamado de *persona sottoposta alle indagini preliminari*, ou *indagato*, que, em geral, adquire tal condição pela inscrição do seu nome no registro da notícia de crime que é arquivado junto ao cartório do Ministério Público. Esta figura de *indagato* é mantida até o arquivamento da investigação ou

²³⁴ SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo. *Elementi di diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 167-170.

o início da ação penal. É com a deflagração da ação, que o investigado passa a ser denominado de *imputato*, aquele que está sendo formalmente processado.²³⁵

Outro ponto que merece destaque no modelo italiano é a extensão dos direitos do *imputato à persona sottoposta alle indagini preliminari*.²³⁶ Além disso, o Código de Processo Penal italiano fixou várias prerrogativas específicas para este sujeito. As principais garantias do sujeito passivo da investigação preliminar, constantes no referido diploma processual, são as seguintes: 01) de acordo com o artigo 64.2, não poderão ser utilizados, mesmo com a anuência da pessoa a ser interrogada, formas idôneas a influir na liberdade de autodeterminação ou na alteração da memória ou valoração dos fatos; 02) a pessoa a ser interrogada deverá ser advertida sobre seu direito de não declarar, antes mesmo do início do interrogatório, conforme expõe o artigo 64.3; 03) o interrogatório sobre o *meritum causae* será de forma clara e precisa, de maneira a informar o sujeito passivo dos elementos de prova que existem contra ele, podendo, caso não gere quaisquer prejuízos para o êxito das investigações, ser lhe informado as fontes de prova - artigo 65.1; 04) o artigo 65.2 deixa claro que a pessoa a ser interrogada terá a oportunidade de exposição acerca de tudo que tenha como útil para sua defesa; 05) segundo o exposto no artigo 96, o sujeito passivo poderá nomear até dois defensores de confiança e, conforme artigo 97.1, caso não o tenha designado ou não esteja presente, será assistido por um defensor dativo; 06) este mesmo sujeito passivo quando em prisão cautelar terá o direito de falar com seu defensor, desde o momento do início da execução de tal medida. Caso ocorra prisão em flagrante, poderá encontrar-se de forma reservada com seu defensor, tão logo ocorra a prisão - artigo 104; 07) afim de buscar informações junto ao suspeito, em liberdade, a polícia judiciária poderá praticar investigações sumárias e o chamará, antes da tomada de declarações, para que indique um defensor de confiança para acompanhá-lo. Para tanto, - conforme destaca os artigos 350.3 e 6 do CPPi - esta polícia deverá ter assistência obrigatória do defensor, que deverá ser avisado. Caso este não esteja presente, os resultados obtidos não poderão ser documentados e tão pouco utilizados no processo; 08) apesar de não ter o direito de ser avisado previamente a respeito

²³⁵ Art. 60 do CPPi: “Assunzione della qualità di imputato –1 Assume la qualità di imputato la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell’art. 447 comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo . 2. La qualità di imputato si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non sia più soggetta a impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna. 3. La qualità di imputato si riassume in caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere e qualora sia disposta la revisione del processo”.

²³⁶ Art. 61 do CPPi: “Estensione dei diritti e delle garanzie dell’imputato -1 I diritti e le garanzie dell’imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari. 2. Alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all’imputato, salvo che sia diversamente stabilito”.

das buscas e apreensões sobre lugares, coisas ou pessoas, o defensor poderá assisti-las e sob as mesmas condições poderá comparecer no momento da abertura de correspondência fechada, encontrada junto ao suspeito ou no local da busca. O artigo 353 esclarece que o juiz não tem autonomia para a abertura das cartas, que é autorizada pelo Ministério Público (MP); 09) o suspeito tem o direito de nomear defensor para acompanhá-lo junto ao interrogatório, às inspeções corporais ou acareações - artigo 364 - durante as atuações do MP; 10) conforme artigo 366, as atas com as atuações do MP e da polícia serão depositadas na secretaria/cartório do Ministério Público, para que fiquem à disposição do defensor, previamente comunicado, durante os cinco dias sucessivos e, assim, possam ser examinadas e xerocopiadas; 11) os defensores poderão ou não apresentar solicitações escritas junto ao MP durante as investigações do promotor, de acordo com o artigo 367²³⁷.

Destaque-se, ainda, a obrigação *di invio dell'informazione di garanzia*, prevista no artigo 369 do CPP italiano²³⁸, segundo a qual, previamente à primeira atuação a qual o defensor deva estar presente, o MP enviará à pessoa submetida à investigação, por correio e com aviso de recebimento, a informação de garantia de seus direitos, com indicação das normas violadas, local e data do suposto fato, assim como a ressalva de que é facultada a indicação de um defensor de confiança.

Por fim, apesar de admissível a investigação criminal defensiva nos Estados Unidos, conforme já demonstrado em tópico anterior, o paradigma utilizado é o italiano, uma vez que a Itália sofreu, nas últimas décadas, grande mudança estrutural em sua legislação processual penal em busca de uma equidade entre acusação e defesa na fase pré-processual.

Apesar de parte da própria doutrina italiana²³⁹ sustentar que a reforma processual não conseguiu estabelecer, com efetividade, um processo penal acusatório – dentre outros motivos, entende que o defensor permanece em situação inferior ao órgão acusatório, uma vez que o Ministério Público integra o Poder Judiciário e, por consequência, possui laços mais estreitos com a magistratura -, a busca, no âmbito legislativo, por uma igualdade merece ser destacada.

²³⁷ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 454-455.

²³⁸ A presença do defensor é imprescindível nas investigações de caráter técnico não reproduzíveis (arts. 359 e 360); nos interrogatórios, inspeções ou acareações (art. 364); e quando o MP deva proceder a realização de atuações de inspeção ou sequestro (art. 365).

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 592-597.

4 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES

4.1 O princípio constitucional da igualdade

Diversas características físicas e psíquicas distinguem os seres humanos uns dos outros. Quando se fala em igualdade como princípio constitucional faz-se referência à equivalência de direitos e sua efetivação, e não à nivelção de características da personalidade humana.²⁴⁰

O artigo 5º, *caput*, da Carta Magna²⁴¹ prescreve tal postulado. Não se trata de mera igualdade perante a lei - denominada simplesmente isonomia, para alguns, ou isonomia formal, para outros -, mas também de igualdade material, ou melhor, igualdade perante o Estado. José Afonso da Silva distingue a isonomia formal da isonomia material da seguinte maneira:

Nossas constituições, desde o império, inscreveram o princípio da igualdade como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzida no art. 7º, XXX e XXXI, que já indicamos no n. 1 supra. A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre os homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação²⁴².

A igualdade formal significa que todos são iguais perante a lei, que não é possível estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. Entretanto, a realidade demonstra que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade ganha vulto no

²⁴⁰ COSTA, Paula Bajer Fernandes Marins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 21.

²⁴¹ Art. 5º da Constituição da República: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 209-210. Paula Bajer Fernandes Martins da Costa entende que, hoje, a isonomia tem conteúdo substancial, *in verbis*: “a igualdade, do ponto de vista jurídico, direito fundamental. Cada um tem direito de não ser discriminado em sua diferença, bem como direito igual de receber, do Estado, oportunidades, bens e serviços. O direito fundamental, porém, não é apenas direito de ser igual perante a lei, mas direito de ser igual aos demais também na ordem social. A igualdade é perante o Estado, e não perante a lei. Não existe mais isonomia formal; a isonomia, hoje, tem conteúdo substancial”. (COSTA, Paula Bajer Fernandes Marins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 59-60).

processo penal em que de um lado há o Estado, estruturado e com todo aparato oficial, e de outro o indivíduo em situação quase de mera sujeição. Assim, não basta a mera igualdade formal, deve ser buscada uma igualdade substancial. Não é suficiente dizer que todos são iguais, é preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade²⁴³.

No processo, a igualdade de partes garante a paridade de armas entre os sujeitos parciais. No entanto, a função de assegurar a igualdade de partes não é só do juiz, que deve lhes dar o mesmo tratamento. Também o legislador, ao disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia durante toda a persecução penal²⁴⁴.

Com uma simples leitura do artigo 14 do diploma processual penal brasileiro, é possível perceber que estamos diante de um sistema desigual entre acusação e defesa. Diz o referido artigo que “o ofendido, ou o seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade”. Importante, neste momento, fazer uma breve análise do vocábulo *juízo*.

De acordo com o texto constitucional, o juízo que a autoridade deveria fazer não seria um juízo de valor meramente discricionário – por vezes até arbitrário -, mas sim de verificar se o meio probatório que está sendo pleiteado é legal, ou seja, lícito e legítimo. Assim, deveria ser feito o juízo da legalidade daquele meio pela autoridade policial para analisar se procederia ou não com tal requerimento. Desta forma, o requerimento de alguma diligência somente deveria ser indeferido em caso de ilegalidade, seja porque os meios pelos quais se produziria a prova afrontam a legislação, seja até mesmo em casos de o requerimento ter como objetivo procrastinar a conclusão da investigação.

Por outro lado, o Ministério Público não requer, mas sim requisita inúmeras diligências e produções de prova e, por se tratar de função institucional deste órgão, não cabe à Autoridade de Polícia Judiciária fazer qualquer tipo de juízo de valor.²⁴⁵

²⁴³ Destaque-se o clássico conceito de Ruy Barbosa que, paraninfando a turma de bacharéis de 1920 na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, escreveu a *Oração aos moços* (fac-símile editado por Martin Claret, São Paulo, 2004, p. 17), definindo assim a regra da igualdade: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

²⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 22.

²⁴⁵ BRASIL, Art. 129 da Constituição da República: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Além disso, no dia 18/05/15, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito do tema com repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 593.727 e reconheceu a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público, *in verbis*:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade sempre presente no Estado democrático de Direito do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário.

É cediço que o Ministério Público vem estruturando órgãos investigativos e periciais próprios. No Estado de São Paulo, por exemplo, existe o GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) e no Estado do Rio de Janeiro, foram criados o GAP (Grupo de Apoio aos Promotores) e o GATE (Grupo de Apoio Técnico Especializado).

Portanto, de um lado existe o Ministério Público, com poderes investigatórios e requisitórios e contando com grupos que o auxiliam, e de outro há o investigado que carece de infra-estrutura e que sugere a realização de diligências à autoridade policial, as quais passarão pelo juízo da autoridade policial para serem realizadas ou não.

Apesar de o cerne do presente trabalho recair na primeira fase da persecução penal, não podemos olvidar que, na etapa judicial, existe um tratamento desigual em desfavor da acusação.

Pelo fato de a acusação estar afeta a órgão oficial e ter todo o aparelhamento estatal montado para ampará-la, na fase processual existe um tratamento desigual em favor da defesa. Diante da situação de desvantagem do acusado, que só conta com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado, existem algumas diferenças de tratamento encontradas no Código de Processo Penal que não ofendem o princípio constitucional da isonomia. Desta forma, não há inconstitucionalidade quando só se permite ao condenado a revisão criminal

(arts. 621 a 631), não sendo possível a revisão *pro societate*; quando só se possibilita à defesa interpor embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único); quando apenas o acusado, com a utilização do *habeas corpus*, pode se insurgir contra decisões interlocutórias que não comportam recurso da apelação. Gustavo Badaró também entende que existe um tratamento diferenciado em prol do acusado, *in verbis*:

Há, porém, inúmeras situações em que o *favor rei* cria uma posição de vantagem para o acusado. Há recursos que são privativos da defesa, como os embargos infringentes. A revisão criminal somente cabe *pro reo*, não havendo revisão criminal *pro societate*²⁴⁶.

Noutro giro, é de se reconhecer que há uma desigualdade inicial na persecução penal. A defesa se coloca em posição de desvantagem na fase de investigação, que se inclui no direito à investigação das fontes de provas. A investigação da acusação é realizada por órgãos estatais estruturados para tanto. Por outro lado, a defesa deve desenvolver sua investigação com as próprias forças. Nessa linha, sustenta Luigi Ferrajoli que:

para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações²⁴⁷.

No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes assinala que:

no âmbito do processo penal, o princípio da igualdade garante, de um lado, o tratamento paritário aos que se encontram em posições jurídicas idênticas no processo e, de outro, as mesmas oportunidades para as partes comprovarem os seus argumentos²⁴⁸.

A paridade de armas, desde a primeira fase da persecução penal, também pode ser decomposta por meio da seguinte expressão:

A igual distribuição, durante o processo penal – desde a sua fase pré-judicial até a executiva -, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades

²⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 23.

²⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 490.

²⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2002, p. 46.

para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial²⁴⁹.

Apesar disso, há quem justifique alguma desigualdade em favor do Estado, na fase indiciária, a fim de se realizar melhor colheita de indícios acerca do fato delitivo. Nesse sentido se posiciona Jimenez Asenjo, em trecho citado por Tourinho Filho:

É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que em momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a ideia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois, a igualdade nas condições de luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo ‘nobrememente’ sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor²⁵⁰.

Certo é que a nebulosidade do direito processual penal brasileiro se apresenta, de maneira mais contundente, na figura de um inquérito policial inquisitivo que se desenvolve ao arrepio das garantias e direitos fundamentais do cidadão. A legislação processual ao contemplar a desigualdade na fase investigatória em favor da acusação, permite que seja realizada uma verdadeira devassa na intimidade do averiguado, possibilitando a deflagração de ações penais temerárias e, o que é ainda pior, coloca em risco seu *status libertatis*. Estamos diante de um diploma processual anacrônico e que deve ser interpretado à luz da Constituição da República.

4.2 O direito à prova e a investigação do delito

O vocábulo “prova” pode ser entendido como o conjunto de atividades tendentes a formar o convencimento do magistrado acerca da alegação de um fato, ou, ainda, como o próprio resultado da atividade probatória²⁵¹.

Em um primeiro momento, se faz importante distinguir fonte de prova, meio de prova e objeto de prova. Segundo a corrente doutrinária majoritária, a fonte de prova

²⁴⁹ VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal. Do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (Faculdade de São Paulo). 2013, p. 189.

²⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 51.

²⁵¹ Gustavo Badaró traz diferentes acepções do vocábulo “prova”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 158-159.

corresponde a todos os elementos materiais que se prestam ao esclarecimento de um fato, como, por exemplo, um documento ou uma pessoa. Sua existência, portanto, é prévia e autônoma com relação ao processo. Já o meio de prova só existe no processo, sendo o instrumento destinado a levar a fonte de prova ao juízo. É o caso das declarações de uma testemunha; da juntada de um documento ou de um exame pericial. Objeto de prova é o fato a ser provado, que se infere da fonte e se introduz no processo pelo meio da prova.

Apesar de a maior parte da doutrina se filiar às definições acima, Gustavo Badaró vai de encontro com o conceito mais difundido sobre objeto de prova. Sustenta o autor que:

Embora seja comum a afirmação de que o objeto da prova são os fatos, o que se provam não são os fatos, mas sim as “alegações dos fatos”. Os fatos são acontecimentos históricos que existiram ou não existiram. Assim, os fatos ou existem ou são imaginários. O que pode ser verdadeiro ou falso e, portanto, passível de prova são as afirmações quanto à existência do fato²⁵².

Na mesma linha, Guilherme Madeira Dezem, em alusão à Antonio Magalhães Gomes Filho, também rechaça o conceito mais difundido. O autor assinala que objeto de prova não são os fatos, mas sim as afirmações sobre os fatos, porque é “impossível a prova de um fato, na medida em que é impossível a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu²⁵³”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, 2, *f*, trata de uma das manifestações do direito à prova, qual seja “o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Com a incorporação deste estatuto internacional pelo ordenamento jurídico interno, houve a consagração expressa do direito à prova no Brasil²⁵⁴.

Com relação ao direito à prova, Barbosa Moreira aponta três exigências fundamentais, visto em correlação com o contraditório:

- a) necessidade de “conceder iguais oportunidades de *pleitear* a produção de provas”;
- b) inexistência de “disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento” das “provas pelo órgão judicial”;

²⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 277.

²⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 85-86.

²⁵⁴ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 82.

c) igualdade, para as partes, de “possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados”²⁵⁵.

De forma mais abrangente, Antonio Scarance Fernandes desdobra o direito à prova em vários direitos da parte. São eles:

- a) direito de requerer a produção da prova;
- b) direito a que o magistrado decida acerca do pedido de produção da prova;
- c) direito a que, uma vez deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção;
- d) direito a participar da produção da prova;
- e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório;
- f) direito a que a prova seja produzida com a participação do magistrado;
- g) direito a que, uma vez realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito;
- h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo juiz²⁵⁶.

Tratando diretamente do direito à prova no processo penal, Magalhães Gomes Filho, nele inclui:

- a) o direito à investigação;
- b) o direito de proposição (indicação ou requerimento) de provas;
- c) o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas;
- d) o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes;
- e) o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); o direito à avaliação da prova²⁵⁷.

O Código de Processo Penal sofreu, com o advento da Lei nº 11.690/2008, sensível alteração, já que esta modificou o rito do procedimento comum. Dois artigos que merecem abordagem, ainda que sucinta, são os artigos 155 e 156.

Com relação ao artigo 155 do CPP²⁵⁸, este diferencia “prova” de “elementos informativos”. A redação deste artigo é clara no sentido de somente permitir que o magistrado forme o seu convencimento em prova produzida em contraditório judicial, ou seja, com a sua

²⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 67.

²⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 81.

²⁵⁷ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 85-89.

²⁵⁸ Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

presença e das partes. Os elementos informativos colhidos durante o inquérito policial não poderão exclusivamente fundamentar uma sentença penal condenatória, salvo as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

No que tange ao ônus probatório²⁵⁹, a nova redação do artigo 156, diz o seguinte:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

No processo penal brasileiro, portanto, cabe às partes, em regra, a iniciativa probatória, podendo o magistrado atuar subsidiariamente com o intuito de esclarecer eventuais dúvidas sobre questões relevantes suscitadas pelas partes²⁶⁰. Deve o juiz atentar para os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, sendo-lhe vedado suprir a atuação do órgão ministerial²⁶¹.

É possível, a partir do direito à prova, inferir também o direito das partes à investigação. Nesse sentido destaca-se o assinalado por Antonio Magalhães Gomes Filho:

O direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais da investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público),

²⁵⁹ No Código de Processo Penal existem vários artigos que conferem às partes iniciativa probatória, com, por exemplo, os arts. 41, 396-A e 400 que permitem a indicação de testemunhas e o art. 402 que permite o pleito de diligências cuja necessidade surja de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

²⁶⁰ A possibilidade de o magistrado efetuar atos investigatórios tem sido alvo de muitas críticas por parte da doutrina. Isso ocorre, porque em um verdadeiro sistema acusatório, o juiz atua como órgão suprapartes, adstrito à função de julgar. A realização de atos investigatórios pelo membro do Poder Judiciário representa forma de acusação em sentido amplo, porque pressupõe prejulgamentos acerca da imputação, refletindo a sua imparcialidade. (LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 169-170). Na mesma linha: “Indesejado, entretanto, é o poder inserto no inc. I do art. 156, o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas. A previsão, se mal conduzida, pode levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória, subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória”. (ZILI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008, p. 02). Conferir, ainda, o posicionamento de Jacinto Coutinho. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008, p. 12-13).

²⁶¹ Nesse sentido, sustenta Denise Neves Abade que “a iniciativa probatória de juiz, para esclarecer suas dúvidas quanto ao convencimento dos fatos, somente poderá ocorrer para a matéria que deve ser provada pela defesa – notadamente, as excludentes de antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade -, pois, havendo dúvida, deve o magistrado decidir pela absolvição”. (ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório – O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 154).

mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas²⁶².

Com enfoque nos interesses do imputado, Diogo Malan sustenta que:

De fato, durante essa fase investigativa podem ser produzidas provas cautelares, não reproduzíveis ou antecipadas, todas elas passíveis de valoração pelo juiz criminal na sentença (art. 155 do CP). Nesse sentido, o acusado (na acepção ampla, abrangente do investigado, indiciado, etc.) tem legítimo interesse em amealhar, já na fase de investigação preliminar do delito, elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja por ensejarem juízo de admissibilidade da acusação, seja por influenciarem favoravelmente o convencimento do juiz na sentença²⁶³.

No tocante ao direito à investigação, diz o artigo 14 do Código de Processo Penal que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

Com amparo no referido artigo, entende-se que o imputado:

tem o direito a exigir que a autoridade o interrogue, forme o corpo de delito, realize quaisquer perícias necessárias ao esclarecimento da verdade, ouça o ofendido, inquirá testemunhas por ele apontadas, desde que indispensáveis ou úteis à elucidação das circunstâncias do fato, junte documentos nos autos, etc²⁶⁴.

Na verdade, ao contrário do Ministério Público²⁶⁵, a defesa não “requisita” diligência, apenas faz “requerimentos”. Por isso, se o texto do diploma processual penal for interpretado *ipsis litteris*, os pleitos da defesa podem ser rechaçados ao “juízo da autoridade”.

Ocorre que, se no pedido for demonstrada a sua pertinência e relevância para elucidar o fato oculto, a Autoridade Policial deve executar as providências requeridas pelo imputado, “principalmente porque, no sistema brasileiro, não há, como na legislação italiana, direito de o próprio indiciado realizar investigações para introduzi-las nos autos²⁶⁶”.

²⁶² MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 86-87.

²⁶³ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 96, 2012, p. 296.

²⁶⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 213-214.

²⁶⁵ Art. 129, VIII da CR: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

²⁶⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 132.

Assim, admite-se o indeferimento – devidamente motivado - apenas de medidas inúteis ou meramente protelatórias²⁶⁷.

Lembre-se que a possibilidade prevista no artigo 14 do CPP não se confunde com a investigação defensiva. Esta também é forma de materialidade dos direitos à prova e à investigação, mas desvinculada da investigação pública e permite atuação muito mais ampla do investigado.

Em decorrência da relevância para o presente trabalho, nunca é demais ressaltar que ao participar da investigação pública, o defensor fica limitado aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção está circunscrita à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais²⁶⁸.

Já a investigação defensiva possibilita uma participação muito mais abrangente e efetiva da defesa. Ela se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabendo ao defensor elaborar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos sobre a sua licitude e seu valor²⁶⁹.

4.3 A limitação jurídica da investigação defensiva

O Código de Processo Penal não disciplina a atividade de investigação defensiva, embora também não a proíba²⁷⁰.

Partindo-se da premissa de que o direito à prova pressupõe um direito à investigação, é inegável que o acusado tem o direito de realizar atividades investigativas para descobrir fontes de provas de seu interesse e, posteriormente, requerer a produção judicial do meio de prova respectivo²⁷¹.

Contudo, importante esclarecer que o defensor patrocina interesse privado que consiste na defesa de direito à liberdade de seu cliente. Ainda que seja função de elevado interesse público, essencial à administração da Justiça, é incontestável o seu caráter privado.

²⁶⁷ Está em trâmite o Projeto de Lei nº 4.209/2001 com o intuito de acrescentar parágrafo único ao art. 14 do CPP, prevendo a possibilidade de recurso à Autoridade Policial superior, ou representação ao órgão ministerial, caso o pleito de diligência seja indeferido.

²⁶⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 117.

²⁶⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 47.

²⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 243.

²⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 95.

Por conta da parcialidade da investigação defensiva surge a primeira limitação, qual seja, a falta de poder de polícia.

A investigação defensiva não tem o objetivo de buscar a verdade nem precisa apurar todo e qualquer fato relevante, sendo direcionada exclusivamente ao levantamento de informações favoráveis ao imputado. Por isso, o defensor não está adstrito a apresentar ao magistrado os elementos obtidos em sua investigação, nem obrigado a denunciar delito do qual tenha obtido ciência no exercício da atividade investigativa.

Em contrapartida, a investigação pública – realizada pela Polícia Judiciária e/ou pelo Ministério Público -, ao menos em tese, pauta-se pelo interesse público de realização da Justiça e deve elucidar os fatos constantes da notícia de crime, averiguando todas as circunstâncias relacionadas à prática delitiva, inclusive as favoráveis ao imputado.

Ainda que a investigação seja conduzida, diretamente, pelo órgão ministerial, este não estaria atuando de maneira parcial, porque o Ministério Público “constitui uma figura que, se bem tem o corpo de parte, oferece alma de juiz.”²⁷²

Em decorrência dessa diferença de interesses tutelados pela investigação pública e pela investigação defensiva, reconhece-se poder de polícia apenas à primeira, ou seja, o defensor, no exercício de sua investigação, não possui poder coercitivo para compelir terceiros a fornecerem informações e documentos. Se na houver anuência por parte do titular do direito, o defensor deve se valer do Poder Judiciário.

A falta de poder de polícia limita, de modo considerável, o desempenho da investigação defensiva.

Ressalte-se que nem mesmo na investigação pública existe uma plenitude no poder de polícia. Para ultimar medidas que importem em restrição a direitos fundamentais, ainda que a investigação seja conduzida por órgão estatal (Polícia Judiciária ou Ministério Público), é necessária prévia autorização judicial.

Outra limitação imposta refere-se à forma de obtenção dos elementos de convicção pelo defensor.

Na seara do direito material, a atividade probatória defensiva não pode servir de óbice à investigação pública nem danificar fontes de prova, sob pena de se configurar ilícito penal. Neste sentido, se as atividades investigatórias realizadas pelo defensor e pelos órgãos públicos forem de encontro, prevalecem, em regra, as últimas.

²⁷² GUARNIERI, Giuseppe. *Las Partes en el Proceso Penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 43. Com relação aos poderes investigatórios do Ministério Público, no dia 18/05/15, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito do tema com repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 593.797 e reconheceu a possibilidade de investigação direta por parte do MP.

Outro ponto que merece ser destacado, apesar de não configurar uma limitação em si, diz respeito à valoração do resultado das investigações. Existe uma significativa diferença entre o valor probatório dos elementos materiais colhidos pelo defensor e os obtidos pelos órgãos públicos. Assinala Antonio Scarance Fernandes que:

Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados²⁷³.

A tradição de investigações inquisitoriais fez surgir injusta presunção de credibilidade para os dados colhidos pelos órgãos públicos, enquanto os informes reunidos pela defesa, seja em procedimento próprio ou até mesmo nos autos da investigação pública, acabam sendo vistos com reserva²⁷⁴.

Por vezes, a investigação defensiva sequer é interpretada como meio de investigação, mas sim como instrumento para encobrir o fato delitivo e eliminar o conjunto probatório, servindo de óbice à realização da Justiça.

Na Itália, já está pacificado o entendimento de que o resultado da investigação defensiva é equivalente ao da investigação pública, no que concerne ao valor probatório e à utilização processual²⁷⁵. No entanto, a própria doutrina italiana ressalva que, devido ao princípio do livre convencimento das provas, o magistrado, em seu íntimo, pode analisar e quantificar com descrédito o valor dos elementos obtidos pelo defensor. Trata-se de uma convicção subjetiva do julgador, restando à defesa, neste caso, examinar e, se for o caso, impugnar a exteriorização dessa convicção, que se manifesta por meio da motivação da decisão.

Certo é que a maior parte da doutrina brasileira não concentra seus esforços na investigação defensiva. A discussão, no Brasil, gira em torno de uma busca de paridade de armas no próprio inquérito policial como, por exemplo, questionando a possibilidade de incidência do princípio do contraditório no inquérito policial.

²⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 99.

²⁷⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 178.

²⁷⁵ Nesse sentido, assinala Pasquale Ventura que “*gli elementi raccolti dal difensore e documentati ai sensi degli artt. 391-ter e 391-sexies c.p.p. hanno la stessa valenza probatoria di quelli raccolti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria; essi, una volta presentati al pubblico ministero a norma dell’art. 391-octies comma 4 c.p.p. o inseriti nel fascicolo del difensore, sono utilizzabili per ogni decisione che il giudice adotti nel corso delle indagini preliminari*”. (VENTURA, Pasquale. *Le indagini difensive*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 164).

No tópico a seguir será discutida a viabilidade da inserção da investigação criminal defensiva no Brasil – por meio de procedimento autônomo, assim como ocorre na Itália - e a possibilidade de se buscar a paridade de armas (re)pensando o modelo de inquérito policial.

4.4 A “importação” da investigação defensiva

Embora se questione a investigação criminal defensiva na persecução penal brasileira, importante deixar claro que a legislação não é o maior óbice para a sua inserção.

O Brasil promulgou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, por meio dos Decretos 592/1992 e 678/1992, respectivamente. Por conseguinte, incorporou os mesmos ao ordenamento jurídico interno²⁷⁶.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos garante os direitos a: “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” e “obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”²⁷⁷.

Já o Pacto de São José da Costa Rica prevê “a concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” e o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”²⁷⁸.

Frise-se, portanto, que não há impedimento legal para que o defensor realize a investigação defensiva, ressalvando que não poderá contar com o poder de polícia, inerente à investigação conduzida por órgãos públicos.

A investigação defensiva decorre do princípio da isonomia e do direito de defesa, inerentes ao sistema jurídico acusatório, pois permite ao imputado, em igualdade de condições com a acusação, buscar elementos de prova destinados a amparar a tese defensiva.

²⁷⁶ Como ambos os tratados internacionais versam sobre a tutela dos direitos humanos, são incorporados com hierarquia de normas constitucionais, como dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República.

²⁷⁷ Art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “(...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; (...) e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento eo interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

²⁷⁸ Art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica: “(...)2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; (...) f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.”

Os seus adeptos sustentam que ela seria imprescindível nos ordenamentos que prevêm o Ministério Público como responsável pela investigação criminal, daí a necessidade de se discutir o tema no Brasil, já que, hoje em dia, o Ministério Público não só atua exercendo um controle externo da Polícia Judiciária, mas também pode conduzir o procedimento investigatório.

Esta imprescindibilidade seria baseada no fato de “que este órgão, enquanto parte acusatória na persecução penal, direciona a investigação pública no sentido de demonstrar as suas teses, olvidando os interesses do imputado”²⁷⁹.

Por meio da investigação defensiva estaria assegurada a indispensável igualdade entre as partes e, ainda, ampliar-se-ia o campo cognitivo do juiz na fase preliminar, evitando o ajuizamento de ações penais temerárias e a decretação de medidas cautelares desnecessárias.

No que tange aos benefícios da investigação defensiva, apontam André Boiani Azevedo e Edson Luís Baldan, citando Franco e Paola Scorza, que:

As vantagens da investigação a cargo do defensor são inegáveis e interessam ao panorama processual penal em geral, ‘seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque se volta a realizar cabalmente o princípio da paridade que, como já dito, constitui uma das pilastras sobre a qual se funda a reforma do justo processo’²⁸⁰.

Apesar de cabível no plano das teorias, há quem sustente que seria impraticável no Brasil, em decorrência da fragilidade econômica dos imputados, que não podem custear defensor particular²⁸¹. No entanto, neste caso, caberia ao Estado suprir a precária situação econômica do imputado, tal como ocorre na fase processual.

Ocorre que, sem olvidar da delicada situação econômica que assola o país, dois pontos devem ser enfrentados: primeiro, o Estado teria possibilidade de demandar mais recursos para que novos defensores públicos atuassem na fase pré-processual? Segundo – e mais importante para o presente trabalho –, como o Estado supriria a fragilidade econômica do imputado na primeira fase da persecução penal, se, nesta fase, a atuação do defensor é facultativa?

²⁷⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 179.

²⁸⁰ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 137, abr. 2004, p. 07.

²⁸¹ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 96.

Em tese, o imputado tem o direito fundamental de defesa, do qual se extraem os direitos à prova e à investigação. Nesse sentido, em caso de hipossuficiência do investigado, caberia à Defensoria Pública “a necessária e prévia orientação jurídica, bem como a defesa, pré-processual e processual, em todos os graus de jurisdição, das pessoas desprovidas de recursos financeiros para o respectivo custeio”²⁸².

Em que pese o posicionamento dos defensores da investigação defensiva como meio de contrabalançar a investigação pública conduzida pelo Ministério Público, é possível perceber, de antemão, a dificuldade de implementação de uma investigação paralela à investigação por órgãos públicos; parcial, já que o defensor tutela os interesses do seu cliente; sem poder de polícia; e onerosa para o imputado – quando não onerar o investigado, recairá mais um custo para o Estado.

Outro ponto a ser enfrentado é o seguinte: até mesmo quem sustenta a investigação defensiva para contemplar a paridade de armas entre acusação e defesa, defende que “a melhor alternativa seria dada pela investigação preliminar a cargo do Ministério Público”²⁸³. Aury Lopes Jr. diz ainda que:

Apesar das críticas que gera a investigação a cargo do MP, entendemos que é o sistema que menos defeitos apresenta, ou ao menos, cujos defeitos são mais facilmente resolvidos ou tolerados, *desde que fique claramente definida a forma dos atos e, principalmente, quem será o garantidor (papel do juiz de garantias nesse contexto)*²⁸⁴.

Neste instante se faz necessário um momento de reflexão. Não obstante todos os apontamentos feitos em desfavor do Ministério Público na condução da investigação preliminar, este órgão permanece como o mais adequado para exercer tal função?! Se a investigação defensiva surge para contrabalançar a investigação pública conduzida pelo órgão acusatório, e esta investigação demonstra menos mazelas do que os sistemas policial e judicial, não seria inapropriado discutir uma investigação defensiva autônoma no momento em que se alargam os poderes investigatórios do MP?!

Temos um procedimento investigativo próprio. Será que pelo fato de termos importado a figura do promotor-investigador, temos que importar também a figura da

²⁸² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 104.

²⁸³ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 401.

²⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 402.

investigação defensiva como forma de buscar a igualdade entre acusação e defesa na primeira fase da persecução penal?

É necessário discutir e (re)pensar o modelo de inquérito policial existente no Brasil. Apesar de tudo o que já foi exposto sobre o direito de defesa, na prática, o sistema brasileiro é misto, com um procedimento pré-processual inquisitivo e a fase judicial acusatória. Até quando os direitos e garantias contemplados na Constituição da República serão relegados na fase preliminar?

4.5 A necessidade de um contraditório mínimo

Com a promulgação da Constituição de 1988, falar em fase inquisitiva e indiciado como mero objeto da investigação soa mais ofensivo – apesar de grande parte doutrina entender que, dentre outras características, o inquérito policial é inquisitivo -, entretanto a insatisfação com o inquérito policial não é recente.

À época dos debates para a elaboração do vigente Código de Processo Penal de 1941, foi proposta a substituição do inquérito policial pelo juizado de instrução, porém tal sugestão não teve êxito e, por conseguinte, foi mantido o inquérito policial como procedimento investigatório de ilícitos penais²⁸⁵.

Atualmente, o principal motivo de crítica por parte da doutrina brasileira ao modelo de inquérito policial se concentra na ausência de incidência do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório passou a integrar a Constituição brasileira em 1937 (art. 122, n. 11, segunda parte) e se manteve presente nas Constituições seguintes (1946, art. 141, § 25; 1967, art. 140, § 16, renumerado na Emenda de 1969 para art. 153, § 16). Hoje em dia, está consagrado no art. 5º, LV, que diz: “aos litigantes, em processo judicial ou

²⁸⁵ Trecho da exposição de motivos ao atual Código Processual Penal, subscrita por Francisco Campos, Ministro da justiça à época: “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade.(...) há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é de uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É possível definir o contraditório como o direito de cada uma das partes de ser informada e de participar dos atos processuais, em contraposição aos argumentos suscitados pela parte contrária²⁸⁶.

Para melhor compreensão, também se faz necessário revisitar o conceito de inquérito policial. Segundo a doutrina clássica brasileira, o inquérito é um procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, com o intuito de colheita de elementos informativos para o embasamento de futura ação penal²⁸⁷.

Em virtude do caráter inquisitivo do procedimento, os adeptos desta corrente não admitem a incidência do princípio do contraditório na etapa preliminar da persecução penal²⁸⁸.

À título ilustrativo, segue posicionamento de José Frederico Marques. Para o autor, o imputado deve ser tratado como mero objeto da investigação, *in verbis*:

Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação.(...) Nesse ponto, foi sábio o Código, deixando à discricção da autoridade que preside o inquérito admitir os depoimentos de testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso deve a polícia atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial²⁸⁹.

Ocorre que, segundo o texto constitucional vigente, o contraditório seria assegurado a qualquer processo, judicial ou administrativo. Os defensores da incidência do contraditório no inquérito policial sustentam que não pode ser feita uma leitura restritiva do art. 5º, LV da Constituição da República, pois a postura do legislador foi garantista e a confusão terminológica – falar em processo administrativo ao invés de procedimento administrativo – não pode servir de óbice para aplicação do princípio no inquérito, até porque

²⁸⁶ Segundo Joaquim Canuto Mendes de Miranda, o contraditório pode ser definido como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.(ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 82.

²⁸⁷ Sérgio Pitombo sustenta que o inquérito policial é um procedimento cautelar, de natureza administrativa, quanto à forma, e judiciária, quanto à finalidade, já que é por meio dele que se ultima investigação acerca da materialidade e autoria de suposto fato delitivo. (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 15).

²⁸⁸ ALEXADRE DE MORAES, *Direito constitucional*, p. 101, cita vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há contraditório no inquérito policial.

²⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 151.

o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo equívoco ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc, quando queria dizer “procedimento”.

Também rechaçam a alegação de que o fato de mencionar “acusados”, e não “indiciados”, seria um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual. Os defensores da aplicação do princípio sustentam que a expressão utilizada não foi só “acusados”, mas “acusados em geral”, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita em uma notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser uma imputação *lato sensu*.

O princípio do contraditório abrange dois aspectos: informação e participação. O primeiro diz respeito à necessidade de se comunicar previamente às partes da realização de um ato processual. O segundo se refere à faculdade das partes de participar ativamente dos atos processuais, com o objetivo de influenciar o convencimento do julgador.

Antonio Magalhães Gomes Filho distingue os dois momentos do contraditório da seguinte forma:

A primeira manifestação do contraditório e pressuposto básico da referida participação é a informação, uma vez que sem a ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo seria inviável o exercício daquele complexo de atividades pelos interessados no provimento. Daí a grande relevância para o contraditório dos atos de comunicação processual (...). Num segundo momento, de participação ativa propriamente dita, o contraditório engloba um amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades utilizadas pelas partes, que convergem para a obtenção de um resultado favorável por intermédio do processo²⁹⁰.

Segundo Aury Lopes Jr.²⁹¹, o contraditório deve ser respeitado em todos os momentos da atividade probatória, quais são: postulação, admissão, produção e valoração.

Ainda em defesa do contraditório, sustenta Antonio Scarance Fernandes²⁹² que, no processo penal, o contraditório deve ser pleno, porque deve ser observado durante toda a relação jurídico-processual, até o seu final; efetivo, porque devem ser proporcionados à parte meios reais de contrariar os atos de seu oponente.

²⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 40-41.

²⁹¹ “Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova:

1º postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório será na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições.

2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.

3º Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova.

4º Valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. 1., p. 511).

²⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 58.

Na mesma linha, Rogério Lauria Tucci²⁹³ defende a necessidade de uma contrariedade efetiva e real em todo o decorrer da persecução penal, inclusive na fase investigativa. Segundo o autor,

A contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser “um elemento decisivo do processo penal”, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em “mero requisito formal”; e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de nulidade dos atos procedimentais praticados sem a efetiva assistência do defensor técnico constituído pelo indiciado, ou público (cf., também, arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF).

Em que pese a defesa da plenitude e efetividade do contraditório, é importante destacar que a incidência do referido princípio na fase pré-processual deve se ater ao primeiro momento, qual seja, o da informação. Difícil tarefa seria conceber um contraditório pleno no inquérito porque, neste momento, não há uma relação jurídico-processual, não há uma pretensão acusatória. Entretanto, o direito à informação deve ser resguardado, porque é por meio deste que se opera a defesa. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover assinala que:

(...) defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório²⁹⁴.

Trata-se de uma questão que instiga e desafia os doutrinadores brasileiros contemporâneos. Uma parte deles refuta a idéia de contraditório no inquérito policial, uma vez que o referido texto constitucional não autorizaria essa interpretação extensiva e tal postulado seria exclusivo da esfera processual, enquanto outra parte sustenta a incidência plena do referido princípio como garantia do direito de defesa.

Apesar de sustentado por alguns, difícil conceber o princípio do contraditório, de maneira plena, no inquérito policial, porque acabaria por encobrir eventual fato delitivo.

Entretanto, rechaçar, por completo, a incidência do princípio constitucional na primeira fase da persecução penal também não é o melhor caminho, porque, além de violar o direito de informação, nem sempre as fases pré-processuais e processuais estarão bem definidas. De modo excepcional, podem ocorrer atos jurisdicionalizados durante a

²⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 389-390.

²⁹⁴ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no Processo Penal*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 63.

investigação preliminar, nos quais o contraditório deve ser garantido ao imputado. É o caso, por exemplo, da produção antecipada de provas quando estas forem irrepetíveis.²⁹⁵

Assim, importante questionar o modelo de inquérito policial, em especial no que tange à incidência do contraditório, porque as posturas fronteiriças adotadas pela doutrina brasileira em nada colaboram no sentido de uma igualdade entre acusação e defesa na fase preliminar.

4.6 A busca de paridade de armas entre acusação e defesa (re)pensando o modelo de inquérito policial

Em linhas gerais, o inquérito policial é um instrumento muito importante, porque é por meio deste que se decide sobre o processo ou o não processo.

Além disso, a importância do inquérito policial²⁹⁶ se materializa do ponto de vista de uma garantia contra apressados juízos, formados quando ainda não há exata visão do conjunto de todas as circunstâncias de determinado fato. Daí a denominação de instituto pré-processual, que de certa forma, protege o imputado de ser pré-julgado e, possivelmente, de maneira equivocada.

Como dito anteriormente, em um passado recente importamos a figura do promotor-investigador – modelo que vem se difundindo, principalmente, na Europa -, e agora alguns doutrinadores brasileiros já começam a suscitar a necessidade de regulamentação de uma investigação defensiva como forma de equidade entre acusação e defesa na fase investigativa. Entretanto, antes de se criar mais uma investigação, faz-se necessário discutir e buscar corrigir o que está em desacordo com os preceitos constitucionais e/ou emperrando o bom trâmite procedimental no atual modelo de investigação criminal brasileiro.

Nessa toada, alguns pontos precisam ser abordados, são eles:

²⁹⁵ BRASIL, Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

²⁹⁶ Terminologia que deve ser revisitada, uma vez que, atualmente, além da Polícia Judiciária, o Ministério Público também pode conduzir a investigação.

4.6.1 Atuação dos órgãos públicos na investigação preliminar a cargo do Ministério Público

A discussão sobre a figura do promotor-investigador não merece maior delonga pelo fato de já ter sido pacificado pelo Supremo Tribunal Federal a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público.

Contudo, necessário definir se a Polícia Judiciária atuará sob delegação do Ministério Público, porque, em regra, é desta forma que se dá a atuação nos sistemas em a investigação preliminar está a cargo do promotor. Dois órgãos atuando em conjunto e sem subordinação pode trazer mais problemas do que soluções.

É imprescindível que a polícia judiciária esteja a serviço do MP, com clara subordinação funcional (ainda que não orgânica). O controle externo da atividade policial está timidamente disciplinado pela LC nº 75/93 e não corresponde ao necessário. Permanece uma lacuna com relação à um dispositivo que exponha de forma objetiva e clara que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, dando instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial, às quais estarão vinculados os agentes da polícia judiciária. Um dos maiores problemas que se depara o MP para acompanhar o inquérito policial é a ausência de informação, mais especificamente o fato de não canalizar a notícia-crime. Por meio de instruções gerais, o MP poderia, por exemplo, determinar que todos os “Boletins de Ocorrência” relacionados à determinados tipos penais – delitos mais graves - fossem imediatamente enviados à promotoria competente, para que esta definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse *ab initio* plena ciência da investigação²⁹⁷.

Se o MP é o destinatário do inquérito policial, nada melhor do que ele conduzir e delimitar o que deve ser objeto de investigação.

4.6.2 A figura do juiz das garantias e a exclusão física das peças do inquérito policial

Na Europa, onde vários países adotam a investigação a cargo do MP, a figura do juiz das garantias adquire cada vez mais força, como forma indispensável da instrução preliminar.

O juiz das garantias não investiga, muito menos julga na fase processual, até porque a prevenção deve excluir a competência pelo comprometimento da imparcialidade.

²⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403.

No Brasil, de forma diametralmente inversa, está estruturado o processo penal brasileiro, já que aqui a prevenção é um critério definidor da competência, e não uma causa de exclusão, como ocorre no Direito europeu.

Em síntese, nos países onde existe a figura do juiz das garantias, incumbe à este:

- a) a função de garantia da liberdade pessoal e da liberdade das comunicações;
- b) o controle da duração da investigação preliminar e dos requisitos formais da ação penal exercida pelo MP;
- c) a garantia da formação antecipada da prova no respectivo incidente probatório;
- d) a função de decisão e controle do resultado da investigação preliminar na audiência contraditória que forma a fase intermediária.

No Brasil, a atual posição do juiz distante do inquérito policial é, em alguns pontos, similar à atuação do juiz das garantias, pois não atua de ofício, não investiga nem conduz a investigação e basicamente possui a sua atuação pautada em decidir sobre as medidas restritivas de direitos fundamentais, no entanto possui distinção fundamental: o magistrado que de algum modo intervém na investigação preliminar não poderá atuar (instruir e julgar) na fase processual, ao contrário do modelo em vigor no Brasil.

E mais, para não comprometer a imparcialidade do magistrado que julgará a ação penal, não basta a inserção da figura do juiz das garantias, é necessário também que haja a exclusão física das peças do inquérito policial.

Ainda que se diga que os atos do inquérito não podem ser objeto de valoração para justificar uma condenação (como o faz, simbolicamente, o art. 155 do CPP), existe um grave perigo de contaminação do julgador, que deriva do fato de o procedimento acompanhar a acusação e integrar os autos do processo.

Não raras vezes, ocorrem condenações baseadas em prova judicial cotejada com a do inquérito. Em verdade, isso ocorre quando o magistrado não encontra prova nos autos do processo para sustentar a condenação e busca no procedimento investigativo algo para se socorrer, violando a garantia da verdade processual.

Para evitar a contaminação do julgador, o ideal é adotar o sistema de exclusão dos autos do inquérito, excetuando-se as provas técnicas e as não repetíveis, produzidas no respectivo incidente probatório.

4.6.3 Direito de defesa

Consoante entendimento de grande parte da doutrina brasileira, por se tratar de um procedimento inquisitivo não há que se falar em contraditório e ampla defesa na investigação preliminar.

Entretanto, como dito anteriormente, ainda que não seja razoável a exigência de um contraditório pleno na investigação preliminar – inquérito ou outra espécie de investigação -, até porque seria contrário à própria finalidade investigatória comprometendo, inclusive, o esclarecimento do fato oculto, é perfeitamente possível, ou melhor, exigível é a existência de um contraditório mínimo, que de certo modo garantisse a comunicação e a participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o sujeito interno não se justificasse.

Deve-se caminhar no sentido de uma maior eficácia do contraditório e do direito de defesa previstos no art. 5º, LV da Constituição da República. Tal dispositivo, no que tange ao inquérito policial, tem sido alvo de interpretações restritivas. Esse ponto deve ser (re)pensado. É notória a resistência no âmbito policial em respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, negando que o diploma processual penal deva adequar-se à Constituição, e não o contrário.

Importante destacar que algumas medidas estão sendo adotadas.

Em 12 de janeiro de 2016, entrou em vigor a Lei 13.245 que alterou o artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), *in verbis*:

Art. 1º: O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 7º

.....
XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

.....
XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (VETADO).

.....
§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em

andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR).

Art. 2º: Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de janeiro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF

Esta alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados, ainda que insuficiente, veio em boa hora. Primeiramente, porque permite que o defensor possa “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação”, os autos do procedimento. Antes, o inciso XIV do artigo 7º do referido Estatuto só contemplava que os autos fossem examinados “em qualquer repartição policial”. Esta mudança se mostra necessária em decorrência do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal que, por meio do julgamento, com repercussão geral, do RE 593727, pacificou a possibilidade de investigação direta pelo MP.

Outro ponto que deve ser destacado é que passa a ser direito do defensor “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta”. Aqui três aspectos devem ser analisados: primeiro, a atuação do defensor não se tornou obrigatória no inquérito policial, mas sim se procurou reforçar a possibilidade do defensor, constituído pelo investigado, de ter maior acesso ao trâmite procedimental e aos autos do respectivo procedimento.

Segundo aspecto e não menos importante, diz respeito à uma mudança de paradigma, pois até então sempre se entendeu -ao menos majoritariamente - que não haveria nulidade em sede de inquérito policial, haja vista que seria peça meramente de informação e, como tal, serviria apenas de base à denúncia. No entanto, a Lei nº 13.245/16 reconhece a possibilidade de se declarar nulidade absoluta em sede de inquérito quando não for concedida a devida permissão ao advogado para “assistir” os atos investigatórios que recaiam sobre o seu cliente.

E por último, a previsão expressa de responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável por prejudicar o direito de defesa possibilita uma maior efetividade das prerrogativas contempladas.

É possível notar que existe um movimento – ainda tímido – na busca por garantir a efetividade do direito de defesa. Só o tempo irá dizer se a condução do inquérito policial pelo MP será salutar, mas, experiências estrangeiras caminham neste sentido.

Ninguém espera um procedimento infalível. O erro faz parte da essência humana e nem mesmo a autoridade policial – ou o promotor de justiça -, por mais competente que seja, está isenta de equívocos e falsos juízos. No entanto, imprescindível a participação do advogado, dentro dos limites estabelecidos pela lei, na participação da defesa do investigado para que se busque a igualdade em um procedimento que pode ser conduzido por dois órgãos públicos, sendo que um deles será o titular de eventual ação penal. Neste sentido, é de grande importância que o inquérito policial seja desenvolvido sob a égide constitucional, respeitando os direitos e garantias fundamentais do imputado.

CONCLUSÃO

Existe um movimento crescente, principalmente nos países europeus, em permitir a condução da investigação preliminar por parte do Ministério Público.

Neste sentido já caminhava a jurisprudência brasileira, até que, dirimindo quaisquer dúvidas que ainda pudessem pairar, em 18/05/15, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito do tema com repercussão geral, julgou o Recurso Extraordinário nº 593.727 e reconheceu a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público.

Diante disso, alguns doutrinadores começaram a questionar a falta de igualdade entre as partes na fase preliminar, uma vez que o titular da ação penal pública passou a exercer também a função de condutor do procedimento investigatório, sendo criada, portanto, a figura do “promotor-investigador”. Por meio de uma interpretação extensiva do artigo 129 da Constituição da República, o promotor, além de requisitar diligências à Autoridade de Polícia Judiciária, ele mesmo pode investigar diretamente.

Neste cenário, começou a ganhar força a discussão sobre a investigação criminal defensiva como forma de contrabalançar a atuação de dois órgãos públicos com todo o aparato estatal.

A partir de uma análise do procedimento investigatório brasileiro e de experiências estrangeiras – Estados Unidos e Itália – buscou-se estabelecer as peculiaridades de cada modelo.

Após enfrentar a possibilidade de um novo modelo de investigação para que haja igualdade na fase preliminar, chegou-se a conclusão de que, ao invés de “importar” a investigação criminal defensiva – procedimento paralelo à investigação pública em que o defensor não possui poder de polícia -, mais salutar seria dar efetividade ao exercício do direito de defesa na primeira fase da persecução penal, em atenção ao artigo 5º, LV da Constituição da República.

Há um gradativo aumento das atribuições do Ministério Público e, até mesmo os defensores da investigação defensiva, entendem que este seria o melhor órgão para conduzir o procedimento investigatório, uma vez que a sua atuação, na fase preliminar, não se dá com parcialidade, mas sim pautada na justiça e se, em linhas gerais, o promotor é o destinatário do inquérito policial, ninguém melhor do que o próprio *parquet* para delimitar o que deve ser objeto de investigação. Se a inserção do modelo de investigação defensiva seria justificável para contrabalançar a condução do procedimento pelo Ministério Público e, restou

demonstrado que este órgão – apesar de argumentos contrários - é o mais adequado para exercer tal função, não há que se falar em violação da paridade de armas.

Apesar disso, ficou demonstrado que o modelo de investigação criminal brasileiro é falho e precisa ser (re)pensado, principalmente, para contemplar uma maior possibilidade de participação do defensor na investigação pública.

Em busca de uma igualdade na fase preliminar, algumas sugestões foram trazidas, são elas:

a) Definir se a Polícia Judiciária atuará sob delegação do Ministério Público, porque, em regra, é desta forma que se dá a atuação nos sistemas em a investigação preliminar está a cargo do promotor. É necessário que a polícia judiciária esteja a serviço do MP, com clara subordinação funcional (ainda que não orgânica). Dois órgãos atuando em conjunto e sem subordinação pode trazer mais problemas do que soluções;

b) A inserção da figura do juiz das garantias em nosso ordenamento jurídico. Este magistrado não investiga, muito menos julga na fase processual, até porque a prevenção deve excluir a competência pelo comprometimento da imparcialidade. No Brasil, de modo extremamente oposto, está estruturado o processo penal brasileiro, já que aqui a prevenção é um critério definidor da competência, e não uma causa de exclusão, como ocorre no Direito europeu;

c) Necessidade de exclusão física das peças do inquérito policial. Ainda que se diga que os atos do inquérito não podem ser objeto de valoração para justificar uma condenação (como o faz, simbolicamente, o art. 155 do CPP), existe um grave perigo de contaminação do julgador, que deriva do fato de o procedimento acompanhar a acusação e integrar os autos do processo;

d) Incidência de um contraditório mínimo – um contraditório pleno, como defendido por alguns, acabaria por encobrir eventual fato delitivo - e eficácia do exercício do direito de defesa, conforme expressa previsão do art. 5º, LV da Constituição da República. Tal dispositivo, no que tange ao inquérito policial, tem sido alvo de interpretações restritivas. É notória a resistência no âmbito policial em respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, negando que o diploma processual penal deva adequar-se à Constituição, e não o contrário.

No dia 12 de janeiro de 2016, entrou em vigor a Lei 13.245 que, em linhas gerais, permite que o defensor tenha acesso aos autos do procedimento investigatório não só em repartições policiais, em atenção à possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público; prevê a possibilidade de o advogado assistir seus clientes, sob pena de nulidade absoluta – não há que se falar em obrigatoriedade do defensor na fase preliminar -; e dispõe sobre a possibilidade de responsabilização criminal para quem criar óbices ao direito de defesa.

É possível perceber que o advento desta Lei veio ao encontro da busca de uma igualdade entre acusação e defesa na fase pré-processual e, se ainda não é o suficiente, o espaço para o novo está aberto.

A “importação” da investigação criminal defensiva para tornar equânime o procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público não parece ser o caminho a seguir, porque o problema não está no “inquisidor”, mas sim no próprio procedimento inquisitório.

Como demonstrado, mais interessante seria (re)pensar o modelo de inquérito policial à luz do texto constitucional e disciplinar, por meio legislativo próprio, as hipóteses e a forma de atuação por parte do Ministério Público.

Assim, o direito de defesa no inquérito policial deve ser visto como garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização do direito constitucional de igualdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol.1 , 1959.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

AMODIO, Ennio. *Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo Código de Processo Penal*. Trad. Paulo Zomer. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. N. 25, jan./mar. 1999.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 137, abr. 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN, 2000.

BRASIL, CPC. CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

BRASIL, CPP. CÓDIGO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

BRASIL, CRFB/1988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. La Publicidad del Proceso Penal, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, vol. 2, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual penal*. Campinas: Peritas, vol. 2, 2001.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

COSTA, Paula Bajer Fernandes Marins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática de processo administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 85-86.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 91.

DISPONÍVEL em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3362-A-inconstitucionalidade-da-resolucao-n-13-do-conselho-nacional-do-Ministerio-Publico>.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FOLGADO, Antônio Nobre. *Breves Notas Sobre o Processo Penal Italiano*. Artigo publicado na Revista da Associação Paulista do Ministério Público, ano IV, nº 35, outubro-novembro.

GOLDSCHMIDT, James. *La Imparcialidad como Principio Básico Del Proceso*, *Revista de Derecho Procesal, Madrid*, n. 2, 1950.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La introducción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos Estructurales a la Luz del Derecho Comparado*. In.: COLOMER, Juan-Luis Gómez; CUSSAC, José-LLuis González (Coord.). *La Reforma de la Justicia Penal – Estudios em Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castelló de la Plana: Universidad Jaume I, 1996.

GUARNIERI, Giuseppe. *Las Partes en el Proceso Penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

HENRIQUES, M. Leal. *Procedimento disciplinar: função pública, outros estatutos, regimes de férias, faltas e licenças*. 5. Ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2007.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América 1963.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução penal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. 4. ed. ver. Atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2002.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

MALAN, Diogo Rudge. *Investigação defensiva no processo penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 96, 2012.

MALAN, Diogo., MIRZA, Flávio., coordenadores. *Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativa*, Lumen Juris, 2014.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona: Europa-América, 1951.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES PITOMBO, Sergio Marcos. *O Indiciamento como Ato de Polícia Judiciária*, Revista dos Tribunais, n. 577, nov. 1983.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. – 12. ed. ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. Ed. São Paulo: RT, 2011.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no Processo Penal*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

PEREIRA, Armando. *O processo administrativo e o direito de petição*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1962.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Considerações iniciais sobre a Lei 11.690/08. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 188, jul. 2008.

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

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 4. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SAMAHA, Joel. *Criminal Procedure*. 4. ed. Belmont: Wadsworth, 1998.

SCARANCE, Antonio Fernandes. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovani; ZAPPALÀ, Enzo. *Elementi di diritto processuale penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

SOUZA, Carlos Laet de. *Da investigação policial e da instrução criminal provisória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 21, jan-mar.1998.

SOUZA, José Barcelos de. *Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa*. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>>.

SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e Prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do Inquérito Policial. In.: TOVO, Paulo Claudio (Coord.). *Estudos de Direito Processual Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Indiciamento e qualificação indireta*. Revistas dos Tribunais, n. 571, maio 1983.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. 2 ed., Buenos Aires: Lerner, , 2 t., v. 1, 1969.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal. Do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (Faculdade de São Paulo). 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O pomar e as pragas*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 188, jul. 2008.