

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

CARLOS EDUARDO GESSE

**DA LEGITIMIDADE PARA REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA
FASE PRÉ-PROCESSUAL E O NOVO PARADIGMA DO INQUÉRITO POLICIAL
NO CONTEXTO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

UBERLÂNDIA

2025

CARLOS EDUARDO GESSE

**DA LEGITIMIDADE PARA REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA
FASE PRÉ-PROCESSUAL E O NOVO PARADIGMA DO INQUÉRITO POLICIAL
NO CONTEXTO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada como
requisito para conclusão do Mestrado em
Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de
Oliveira Cunha

UBERLÂNDIA

2025

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

G392 2025	<p>Gesse, Carlos Eduardo, 1987- DA LEGITIMIDADE PARA REALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E O NOVO PARADIGMA DO INQUÉRITO POLICIAL NO CONTEXTO DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL [recurso eletrônico] / Carlos Eduardo Gesse. - 2025.</p> <p>Orientador: HELVÉCIO DAMIS DE OLIVEIRA CUNHA. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Pós-graduação em Direito. Modo de acesso: Internet. Disponível em: http://doi.org/10.14393/ufu.di.2025.68 Inclui bibliografia.</p> <p>1. Direito. I. CUNHA, HELVÉCIO DAMIS DE OLIVEIRA, 1975- , (Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 340</p>
--------------	---

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091
Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em
Direito

Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG,
CEP 38400-902

Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 229, PPGDI				
Data:	Vinte e seis de fevereiro de dois mil e vinte e cinco	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	12312DIR002				
Nome do Discente:	Carlos Eduardo Gesse				
Título do Trabalho:	Da legitimidade para realização da investigação defensiva na fase pré-processual e o novo paradigma do inquérito policial no contexto de um Processo Penal Constitucional				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Tutelas de Liberdade				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoras/es: Marcelo Ferreira Cordeiro - UNIUBE; Alexandre Walmott Borges - UFU; e Helvécio Damis de Oliveira Cunha - UFU - orientador do candidato.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato, agradeceu a presença do público, e concedeu ao discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, às/aos examinadoras/es, que passaram a arguir o candidato. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o candidato:

APROVADO.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as/os examinadoras/es e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas/os examinadoras/es e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pelo discente.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Walmott Borges, Professor(a) do Magistério Superior**, em 27/02/2025, às 10:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Helvecio Damis de Oliveira Cunha, Presidente**, em 27/02/2025, às 10:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Ferreira Cordeiro, Usuário Externo**, em 01/04/2025, às 17:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Eduardo Gesse, Usuário Externo**, em 03/04/2025, às 15:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **6135889** e o código CRC **25B60939**.

AGRADECIMENTOS

A jornada dessa pós-graduação stricto sensu (Mestrado em Direito) está quase no final e o sentimento que me toma nesse momento é de gratidão. Qualquer agradecimento que eu faça em poucas palavras não será o bastante para os aqui mencionados e para outros que eventualmente tenha esquecido de mencionar aqui.

De início, gostaria de agradecer à minha família.

Às minhas filhas, Anna e Malu, as quais me inspiram diariamente e me fazem querer ser melhor, despertando em mim a vontade obter mais qualificação e a vontade de adquirir conhecimento para que elas tenham orgulho de mim.

À minha eterna namorada Andressa que me apoia incondicionalmente e, durante o período de Mestrado, concentrou boa parte dos afazeres domésticos em sua alçada e, teve paciência e me deu a calma para que eu pudesse me concentrar no curso, frequentasse as aulas, realizasse as leituras, trabalhos, artigos e escrevesse a dissertação, mantendo a compreensão e amor mesmo diante da diminuição do tempo e do afeto despendido por mim em relação à família.

Ao meu pai Eduardo e à minha irmã Carolina, pois ambos são exemplo de profissionais do Direito e, tantas vezes leram meu trabalho e teceram críticas para que eu pudesse melhorar a redação do texto, corrigir as falhas argumentativas e, com certeza, me ajudaram a chegar ao fim desse curso.

Em seguida, gostaria de agradecer aos Mestres.

Ao meu professor e orientador, Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, o qual me ensinou sobre o direito penal de forma profunda e fácil, relacionando o direito com filmes e livros que facilitaram assimilação do conhecimento e também me orientou sem ceifar a minha liberdade para desenvolver o texto e, mais importante, suportou meus incômodos durante suas férias, à noite, aos finais de semana, sempre me tratando com muita atenção e presteza, me acalmando durante os momentos em que a ansiedade pelos prazos exíguos me atormentavam.

Aos professores da Universidade Federal de Uberlândia que tanto me acrescentaram durante o curso e, em especial, ao Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, o qual mostra que a transmissão do conhecimento pode ocorrer de forma leve, sem qualquer tipo de imposição e com humildade.

Ao professor e amigo, Dr. Raul Sérgio Rezende, o qual me ajudou na correção formal do trabalho sempre que precisei.

Por fim, mas não menos importante, gostaria de agradecer às amigas Sara e Marina Flávia que aumentaram seus afazeres para tornar minha vida mais fácil durante o curso e aos colegas de curso com quem troquei angústias, experiências e me transmitiram conhecimento.

RESUMO

O objetivo principal desta pesquisa é apurar a quem pertence a legitimidade para realização da Investigação Defensiva durante a fase pré-processual (investigatória), com ênfase para a investigação defensiva realizada no inquérito policial, forma mais comum de investigação preliminar das infrações penais. Nesse sentido foi feita uma análise de como deve ser uma investigação preliminar em consonância com os direitos fundamentais e de acordo com a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli e verificado o novo paradigma do inquérito policial, o qual deve ser visto como um instrumento a serviço da persecução penal para proporcionar justiça, devendo ser imparcial e com busca de elementos de informação para subsidiar os pronunciamentos da defesa, da acusação e até mesmo as decisões judiciais. O resultado da pesquisa foi de que a investigação preliminar deve ser conferida com exclusividade à polícia investigativa e concedido o poder requisitório de diligências para o Ministério Público, para a Defensoria Pública e para o advogado constituído do investigado e eventuais questionamentos sobre diligências protelatórias devem ser submetidas para decisão do Juiz de Garantias.

Palavras-chave: investigação defensiva; inquérito policial; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The main objective of this research is to ascertain who holds the legitimacy to conduct Defensive Investigation during the pre-procedural (investigative) phase, with a focus on defensive investigations carried out within police inquiries, the most common form of preliminary investigation of criminal offenses. In this context, an analysis was conducted on how a preliminary investigation should align with fundamental rights, based on Luigi Ferrajoli's theory of Penal Garantism. Additionally, the research examined the new paradigm of police inquiries, which should be regarded as an instrument serving criminal prosecution to ensure justice, functioning impartially and seeking informational elements to support the statements of the defense, the prosecution, and even judicial decisions. The research concluded that preliminary investigations should be exclusively entrusted to the investigative police, while granting the power to request investigative measures to the Public Prosecutor's Office, the Public Defender's Office, and the defense attorney of the investigated party. Any disputes over dilatory investigative measures should be submitted to the decision of the Guarantees Judge.

Keywords: defensive investigation; police inquiry; fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.....	13
2.1	A Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro e a Cizânia Entre os Direitos Fundamentais e a Legislação Brasileira Sobre a Persecução Penal	20
2.2	O Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli como teoria orientadora para um processo penal constitucional	28
2.3	O Sistema Acusatório Como Corolário de um Processo Penal Constitucional e a Figura do Juiz de Garantias	33
2.4	O princípio do devido processo legal e a devida investigação criminal	47
3	DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	65
3.1	Do Inquérito Policial e seu Novo Paradigma	71
3.2	A Investigação Criminal como Forma de Banir os Indesejáveis.....	95
4	DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA	109
4.1	As formas extraprocessuais de persecução penal e a importância da investigação defensiva.....	121
4.2	Legitimidade para realização da Investigação Defensiva	131
4.2.1	<i>Legitimidade para realização da Investigação Defensiva durante a Investigação Preliminar</i>	134
5	CONCLUSÃO	159
	<u>REFERÊNCIAS</u>	159

1 INTRODUÇÃO

O tema principal deste projeto de pesquisa é a investigação defensiva e o objetivo é averiguar quem detém a legitimidade para realização desta durante a fase pré-processual (investigatória) da persecução penal, com ênfase para a investigação defensiva realizada no bojo do inquérito policial, forma mais comum e utilizada no ordenamento jurídico brasileiro de investigação preliminar para as infrações penais.

Para isso, será feito um histórico do momento de elaboração e promulgação do atual código de processo penal brasileiro e será preciso analisar sua compatibilidade com a constituição federal de 1988.

É preciso estudar e compreender o processo penal de forma geral à luz dos direitos fundamentais, o que pode ser denominado de processo penal constitucional com a consequente análise de algumas regras e princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal como paridade de armas, ônus probatório, princípios do contraditório e da ampla defesa e tudo isso sob a ótica da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

Oportuno também expor os sistemas processuais mais tradicionais (acusatório, inquisitório e misto) e depois apresentar o sistema adversarial, o qual é utilizado no direito estadunidense, ordenamento em que as formas extraprocessuais de aplicação do direito penal são usadas amiúde e após isso, determinar qual o sistema adotado no Brasil e fazer uma relação com o juiz de garantias, figura recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, é preciso apresentar os contornos da investigação preliminar de forma geral, analisando o inquérito policial, principal forma de investigação preliminar utilizada no Brasil, em sua forma tradicional e apresentar seu novo paradigma, para que este seja compatibilizando com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal e com o sistema processual acusatório. Após essa análise dos institutos periféricos, poderemos entender a Investigação Defensiva e apurar a legitimidade para sua realização na fase investigatória.

Em relação às técnicas metodológicas, o método utilizado será prioritariamente qualitativo. A pesquisa é basicamente exploratória e bibliográfica.

De início a pesquisa buscará consultar material bibliográfico a respeito dos elementos para estabelecimento de um Processo Penal Constitucional, sua aplicação e possíveis avanços, analisando alguns julgados dos Tribunais Superiores.

Também pretende-se estudar o inquérito policial sob o enfoque da imparcialidade, tendo em vista que já há doutrinadores que rumam nesse sentido. Em seguida, estudar e compreender a investigação defensiva, seu âmbito de aplicação e possibilidades, tudo com a busca de

legislação de forma ampla (resolução da OAB sobre investigação defensiva, projeto do novo código de processo penal e etc), além de uma pesquisa jurisprudencial dos tribunais superiores e revisão bibliográfica doutrinária já existente.

Uma vez reunidos os dados necessários, a técnica utilizada no desenvolvimento da pesquisa será o método de abordagem será o dialético, pretendendo estabelecer como deve ser feita uma boa investigação preliminar, a legitimidade para realização desta para que sejam preservados direitos fundamentais do investigado e a paridade de armas no contexto de um Processo Penal Constitucional, para então se determinar quem deve realizar a investigação defensiva e quais seriam os órgãos com legitimidade para realização da investigação defensiva que mais se compatibiliza com o sistema acusatório e com os direitos fundamentais do investigado.

Em relação à distribuição específica dos capítulos, esta ocorrerá da forma descrita abaixo.

No primeiro capítulo, será preciso determinar como ocorreu a positivação dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal e como estes devem se relacionar com o Código de Processo Penal, expondo quais os direitos e garantias fundamentais imprescindíveis para a investigação preliminar, os quais funcionam como vetores axiológicos na interpretação das normas processuais penais.

Oportuno se faz ainda no primeiro capítulo expor a origem do Código de Processo Penal Brasileiro atual, averiguando o momento histórico e político em que foi elaborado e a influência que recebeu de outros ordenamentos jurídicos e de normas internacionais para expor como isso afetou a evolução da legislação processual penal nacional e demonstrar eventuais descompassos entre as normas processuais penais ainda vigentes no código de Processo Penal e as normas da Constituição da República de 1988, pontuando algum dos problemas resultantes desse descompasso e que permanecem até os dias atuais.

Na sequência, será feita uma exposição dos pontos mais relevantes, relacionados à investigação defensiva, do Garantismo Penal do professor Luigi Ferrajoli, pois esta teoria é adequada para formular a compatibilização entre os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988 e as normas constitucionais aplicáveis ao processo penal com as normas estampadas no atual Código de Processo Penal brasileiro, funcionando como verdadeiro ideal de sistema penal punitivo.

Serão expostos ainda no primeiro capítulo os três principais sistemas processuais utilizados pelos ordenamentos jurídicos - acusatório, inquisitório e misto, acrescentando um quarto sistema processual conhecido como sistema adversarial, o qual é utilizado no direito

estadunidense, país em que a investigação defensiva é utilizada em larga escala. Ainda nesse subcapítulo será feita uma exposição da relação entre o sistema acusatório e a figura do Juiz de Garantias, figura introduzida pela lei 13.964 de 2019, averiguando se foi benéfica ou maléfica a sua introdução para o ordenamento jurídico pátrio.

Finalizando o primeiro capítulo, será feita uma análise de alguns princípios e normas constitucionais aplicáveis à investigação criminal em espécie, tais como princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, paridade de armas e ônus da prova no processo penal, estabelecendo como estes devem ser aplicados durante a fase da investigação preliminar e ressaltando sua importância para a devida investigação criminal.

No segundo capítulo, o estudo será centrado na investigação preliminar e a importância de sua existência para que o processo penal seja mais democrático, abordando sua nomenclatura, funções e formas existentes.

Como a principal forma de investigação preliminar utilizada no Brasil é o inquérito policial, este será estudado de forma mais profunda que as outras formas de investigação preliminar, traçando sua origem, estrutura, natureza jurídica (processo administrativo, procedimento administrativo ou nem isso), funções, aplicação da teoria das nulidades e estabelecer um novo paradigma do inquérito policial que esteja de acordo com as normas constitucionais.

Para fechar o segundo capítulo é preciso traçar como o inquérito policial foi e ainda é utilizado como uma forma de banir os socialmente excluídos, traçando o perfil do indivíduo que é encarcerado no Brasil, baseando-se nos dados do Sisdepen e os crimes pelos quais esses indivíduos são encarcerados para que possa pensar em mudanças na legislação e em sua aplicação, visando que o processo penal seja mais igualitário, democrático e respeitador dos direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, é analisada a investigação defensiva, tema central do trabalho. Iniciar-se-á pelos contornos da investigação defensiva, como positivação legal precária, conceito, importância e existência em outros ordenamentos jurídicos.

Com as bases mínimas da investigação defensiva fincadas, será feita uma análise da importância desse instituto para a nova forma de persecução penal crescente em nosso país, a justiça penal negociada, isso em razão do aumento das formas de acordos extraprocessuais de persecução penal como transação penal, colaboração premiada e o acordo de não persecução penal e ampla possibilidade de aplicação para a grande maioria dos tipos penais existentes em nosso país.

Por último, deve ser analisada a legitimidade para realização da investigação defensiva, com análise das principais possibilidades de legitimados como Ministério Público, Polícias Civil e Federal, Defensoria Pública e Advogado Particular, aferindo os pontos positivos e negativos de atribuir a legitimidade para esses órgãos.

Após esse longo trajeto, será possível concluir o trabalho e estabelecer como deve ser realizada a investigação defensiva durante a fase pré-processual para que haja o aumento e respeito aos direitos fundamentais do investigado no contexto de um processo penal constitucional, estabelecendo os legitimados para sua realização e a forma adequada, evitando que a investigação defensiva sirva apenas como mais um meio de excluir os indesejáveis, sendo apenas mais uma forma de não aplicar a legislação penal de forma igualitária aos economicamente favorecidos.

2 DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O movimento histórico e filosófico do constitucionalismo, o qual traz em seu bojo consequências jurídicas e pode ser compreendido, de forma singela, como a existência de uma constituição nos Estados contendo a separação dos poderes e a previsão de direitos fundamentais com o objetivo de limitar o poder do Estado, sendo definido por J. J. Gomes Canotilho como:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo¹.

Esse movimento trouxe uma nova concepção da importância das constituições, colocando-as como legislações essenciais ao Estado e dentro dessas constituições havia a previsão de direitos fundamentais e a limitação ao poder estatal.

E, na mesma esteira, como decorrência do constitucionalismo, houve uma constitucionalização dos outros ramos do direito, com a respectiva expansão dos valores constitucionais para todo o ordenamento jurídico, inclusive para as normas infraconstitucionais e uma necessidade de se interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais de acordo com os princípios e normas estampados na constituição, obrigatória para todos os operadores do direito.

A constituição além de ganhar uma densidade normativa com o constitucionalismo, passou a influenciar e irradiar seus valores para o plano infraconstitucional, mudando também o paradigma interpretativo, obrigando que as normas infraconstitucionais estejam em consonância com os valores constitucionais de um determinado Estado. Assim leciona o professor Virgílio Afonso da Silva no excerto abaixo:

Quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. Mas essa irradiação é um processo e, como tal, pode se revestir de diversas formas e pode ser levada a cabo por diferentes atores².

Essas alterações do modelo de interpretação e também as mudanças normativas podem ocorrer por diversos meios. Os meios podem ser mais drásticos e rápidos ou podem ser mais

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 38.

lentos e com mudanças socialmente menos abruptas. Talvez, a forma mais rápida seria alterar toda a legislação de uma só vez, o que ocorreria no caso de uma evolução, por exemplo e seria de difícil elaboração e aplicação, além de poder causar um choque social pelas mudanças abruptas, gerando também a estranheza na interpretação dos operadores acostumados à forma antiga de compartimentação do direito.

De outro lado, a forma que parece ser mais fácil e que causa uma ruptura menos drástica do paradigma estabelecido antes do constitucionalismo, ocorre com reformas legislativas pontuais, o que é lento e muitas vezes falho pois, as alterações não conseguem alcançar todo o ordenamento, como um verdadeiro sistema, o que pode causar interpretações e aplicações contraditórias, sendo uma verdadeira colcha de retalhos. Assim expõe o professor Virgílio Afonso da Silva:

A mais efetiva e, ao menos em tese, a menos problemática forma de constitucionalização do direito é realizada por meio de reformas, pontuais ou globais, na legislação infraconstitucional. É parte da tarefa legislativa, adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realiza-la por meio da legislação. Mas, embora esse processo de constitucionalização seja o menos controvertido, não é ele necessariamente o mais rápido de todos. A lentidão com que os princípios da Constituição brasileira de 1988 e as tarefas que ela impõe são concretizados pela legislação ordinária é exemplo claro disso. Mas, ao contrário do que o lugar comum faz pensar, isso não é um problema de falta de “vontade política” do legislador brasileiro, mas uma característica inerente à lentidão do legislador para se adaptar a novos paradigmas. E isso em todo o Mundo³.

Em sequência, veio o movimento do neoconstitucionalismo, o qual gerou o aumento da importância da aplicação dos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos e encampou a ideia da centralidade da constituição dentro de um ordenamento jurídico.

Esse movimento conhecido como Neoconstitucionalismo, o qual ganhou relevo especialmente no período pós segunda guerra e que tem como característica principal o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo e que, subsidiariamente, ressaltou a normatividade das constituições e sua supremacia sobre as outras normas do ordenamento jurídico alteraram de sobremaneira a relação entre os ramos do direito, mudando a hierarquia entre esses ramos e influenciando inclusive na forma de atuação dos operadores do direito, os quais mudaram o modo de interpretar as normas, aplicando-as sempre tendo como mote os direitos fundamentais e a supremacia constitucional.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39-40.

Qualquer ramo do direito, atualmente, é discutido a partir de uma perspectiva constitucional. A constituição passou a ser reconhecida como norma fundamental de qualquer ordenamento e que traz valores basilares expressos em suas regras e princípios, como, exemplo máximo, a dignidade da pessoa humana.

O movimento do Neoconstitucionalismo alçou a Constituição Federal à posição de destaque, como principal diploma legal de todo o ordenamento jurídico. Mas não é só. Além disso, as regras e princípios constitucionais deixaram de ser apenas programáticos e ganharam efetividade, colocando o ser humano como protagonista de todo o ordenamento jurídico, a partir de uma ampla proteção aos direitos fundamentais, alterando as bases de toda a compreensão da hierarquia das normas e influenciando, por consequência, toda a aplicação do direito, a qual deve ser mais antropocêntrica e menos patrimonialista.

Nessa esteira já pontuou Marcelo Novelino:

Dentre as principais transformações resultantes da evolução histórica do constitucionalismo estão: I) o reconhecimento definitivo da normatividade da constituição e de todos os dispositivos nela contidos, independentemente de sua estrutura; II) o papel central atribuído à constituição, não apenas como estatuto organizatório-limitativo dos poderes públicos, mas também como mecanismo de resolução de conflitos das mais diversas áreas jurídicas; e III) a consagração de um extenso catálogo de direitos fundamentais e de uma pluralidade de valores e diretrizes políticas tornando mais frequentes as colisões entre direitos constitucionalmente protegidos⁴.

Apresentadas essas características básicas para compreensão do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, é possível afirmar que as normas processuais penais, as quais são infraconstitucionais, devem respeitar e serem interpretadas à luz da Constituição Federal, especialmente no que tange aos direitos fundamentais nela estampados. Caso essas normas infraconstitucionais sejam contrárias à constituição federal, podem ser consideradas não recepcionadas se forem anteriores à Constituição Federal e, mesmo que posteriores devem ser consideradas inconstitucionais e, de qualquer forma, não podem ser aplicadas.

Complementando as bases da importância do movimento do Neoconstitucionalismo para efetividade dos direitos fundamentais vale citar o professor Eduardo Cambi:

Em razão de se colocar em um nível hierarquicamente superior à legislação ordinária (princípio da supremacia da Constituição), acaba por prever um conjunto de direitos (fundamentais) que as leis não podem derrogar. Além de limitar o âmbito legislativo, como os direitos fundamentais se dirigem tanto na relação entre Estado-cidadão quanto na entre os cidadãos e a área reservada aos particulares e à autonomia privada.

⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 60.

Os Direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da origem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (eficácia irradiante dos direitos fundamentais).

Pode-se, pois, apontar como característica marcante do neoconstitucionalismo a onipresença da Constituição⁵.

Traçadas as bases mínimas para uma compreensão do que seja o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo e sua importância para os direitos fundamentais, sem adentrar profundamente nesse assunto, pois não é o objetivo primeiro desse trabalho, passa-se a discutir a ideia de um processo penal constitucional.

Para a existência de um processo penal constitucional, é imperativo ter em primeiro plano que os direitos fundamentais devem nortear a aplicação das normas processuais penais, ressaltando sempre que as normas constitucionais devem orientar a aplicação e interpretação das normas processuais penais.

Assim leciona o professor Antônio Scarance Fernandes:

O importante é *ler* as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive. Por isso, a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade⁶.

O processo penal constitucional pode ser definido como aquele processo em que os direitos fundamentais de todos os envolvidos são garantidos de forma efetiva. Um processo em que as normas constitucionais, principalmente os direitos fundamentais e, até mesmo as normas convencionais sobre direitos humanos, serão orientadoras da aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais. Isso é denominado como “Constitucionalização” por J. J. Gomes Canotilho:

Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos

⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 73-74.

⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 16-17.

direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”⁷.

Qualquer análise e aplicação do processo penal constitucional deve respeitar os direitos fundamentais, os quais são extremamente necessários para toda a humanidade e, a cada dia que passa, precisam ganhar mais força. Para ilustrar a importância dos direitos fundamentais, vale trazer à baila, uma definição de direitos fundamentais proposta por Luigi Ferrajoli:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de “direitos fundamentais”: são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir⁸.

E numa definição mais poética mas não menos teórica e que demonstra a importância dos direitos fundamentais, pode-se citar Uadi Lamego Bulos:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive⁹.

Frise-se que é quase pacífico que o princípio da dignidade da pessoa humana está no epicentro dos direitos fundamentais e de todo nosso ordenamento jurídico, talvez como a norma mais importante e que norteia todo o restante deste, funcionando como verdadeiro vetor axiológico de todas as outras normas. O professor Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana no trecho a seguir:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 372.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cardematori. Porto Alegre: Livradia do Advogado Editora, 2021, p. 9.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁰.

Diante de toda a importância dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso salientar que estes não podem funcionar apenas como ideais a serem buscados. Devem, na verdade, ter densidade normativa. Essa é a lição do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional o reconhecimento no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988¹¹.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais se fortaleceram após o fim da ditadura militar e boa parte dos direitos humanos reconhecidos em diplomas internacionais foram incorporados à Constituição Federal de 1988, recebendo assim a nomenclatura de direitos fundamentais.

Por isso, transcorridos mais de trinta anos da Constituição Federal, ainda é preciso pesquisar e repisar os direitos fundamentais para que estes sejam ampliados e se finquem como estruturas fundantes de todo o sistema jurídico brasileiro.

Analisar os direitos fundamentais durante de forma isolada pode ser muito produtivo para criar e sedimentar os conceitos teóricos, os contornos desses direitos, delineando-os e delimitando-os. No entanto, é preciso analisar os direitos fundamentais em conjunto com outros institutos e outros direitos para que aqueles possam ser realmente ampliados e aplicados de forma a gerar efetividade prática em outros institutos tais como no inquérito policial, na busca e apreensão, nas prisões cautelares, na execução de pena, na cadeia de custódia, no juiz de garantias, enfim no processo penal de forma geral em suas mais variadas fases, demonstrando a unidade e completude do ordenamento jurídico e possibilitando um real processo penal constitucional.

Estudar qualquer instituto previsto na legislação processual penal deve obrigatoriamente passar pelas normas constitucionais, especialmente pelos direitos fundamentais. A legislação

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 70.

¹¹ *Ibid.*, p. 71-72.

ordinária não pode ser uma ilha isolada, distante das outras normas, o que, por certo retiraria a unidade e completude do ordenamento jurídico.

Além da compatibilidade com a Constituição Federal, também deve ser feita uma compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos e observar todas as normas convencionais, garantindo-se assim da forma mais ampla possível, a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sejam pátrios ou incorporados nos termos do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal¹². Nesse sentido são os dizeres do professor Nereu José Giacomolli:

A dicotomia verticalidade e horizontalidade, normatividade constitucional e infraconstitucional, coatividade e zonas de consenso, no âmbito jurídico, em razão da nova configuração internacional e da universalização dos direitos humanos, há de ser perpassada por novas perspectivas de comunicação normativa e jurisdicional. A adequação das regras do processo penal, portanto, ultrapassa a mera adequação constitucional e adere à normatividade internacional, em perspectiva evolutiva das necessidades e possibilidades de realização e, sobretudo, de interdependência, em suma, na realização do devido processo, na perspectiva de um direito inserido na proteção humanitária internacional¹³.

E o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que devem ser incorporados e observados, especialmente quando estes forem mais favoráveis que a legislação interna de nosso país em razão do princípio *pro homine* aplicável aos direitos humanos.

Vale a pena citar que o Brasil expressamente se submeteu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 4º, da Constituição Federal¹⁴ e também a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme dizeres do professor Nereu José Giacomolli: “O Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa e obrigatória da CIDH, através do Decreto-Legislativo nº89, de 3.12.1998”¹⁵.

Dito isso, é preciso notar que a submissão à esses tratados sobre direito humanos e à jurisdição dessas cortes internacionais é obrigatória e, por isso, todos os agentes públicos devem respeitar essas normas convencionais. O devido processo penal é aquele que respeita as normas constitucionais, convencionais e legais. Conforme os ensinamentos do professor Nereu José Giacomolli:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2024.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*

¹⁵ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 8.

processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, do devido processo¹⁶.

Diante dessa imposição da compatibilidade constitucional e convencional por meio de um diálogo das fontes, será necessário o exame de alguns pontos fundamentais para compreensão do novo paradigma do inquérito policial e da investigação defensiva. E o professor Leonardo Marcondes Machado explicita a necessidade desse controle convencional e constitucional ser estendido à investigação preliminar:

Mas não é só. A instrução preliminar criminal, além de exigir conformação plena e urgente à Constituição, também deve passar por ajuste de convencionalidade, ou seja, de normatividade convencional. É preciso adequar a legislação interna às normas de Direito Internacional em relação às quais o Brasil firmou compromisso político e jurídico no sentido de sua concretização, principalmente aquelas voltadas à tutela de direitos humanos¹⁷.

Por óbvio, não será possível a análise de todas as normas constitucionais aplicáveis ao Processo Penal, pois o trabalho ficaria muito extenso e raso, e muitas dessas normas constitucionais ligadas ao processo penal apenas tangenciaram o tema principal da pesquisa que é o da investigação defensiva. Dessa forma, fez-se um recorte e houve uma escolha apenas das normas constitucionais que tenham uma ligação direta com o tema da presente pesquisa e também é preciso fazer uma análise de certa forma histórica do atual Código de Processo Penal para que se possa estabelecer os motivos da cizânia entre a constituição federal e as normas processuais penais, visando expor as inconsistências do atual sistema da fase preliminar (pré-processual) da persecução penal e estabelecer como deve se nortear o Processo Penal Constitucional.

2.1 A Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro e a Cizânia Entre os Direitos Fundamentais e a Legislação Brasileira Sobre a Persecução Penal

A nossa primeira Constituição remonta ao ano de 1824 e o primeiro Código de Processo Penal data de 1832, o qual vigorou até o final do ano de 1941.

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

¹⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. Paradigma da investigação criminal. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. 1. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183.

A legislação penal e processual penal brasileira atual foi elaborada na década de 40, do século passado. O Código Penal remonta ao ano de 1940 e o Código de Processo Penal data do ano de 1941, contudo, ambos os diplomas legais passaram a vigorar apenas a partir do dia 1º de janeiro de 1942.

O Brasil, na década de 40 do século XX, estava atravessando o período histórico conhecido como Era Vargas, uma ditadura civil instituída pelo então presidente Getúlio Vargas que se iniciou no ano de 1930 e terminou somente no ano de 1945 e, mundialmente, coincidiu em certo período com a 2ª Guerra Mundial, a qual perdurou entre os anos de 1939 e 1945.

A constituição vigente no Brasil era a de 1937, também conhecida como Constituição Polaca, uma vez que foi muito inspirada na Constituição da Polônia, estado dominado pelo nazismo. A constituição brasileira de 1937 foi outorgada e tinha nitidamente inspirações autoritárias conforme o documento em que foi espelhado.

E, evidentemente, a legislação penal e processual penal foi influenciada pela constituição que era extremamente autoritária, para não dizer fascista. Além disso, o Código de Processo Penal foi muito sugestionado também pelo Código de Processo Penal italiano, outro estado fascista.

Pode-se afirmar que toda a dogmática penal e processual de forma geral foi influenciada pelo direito alemão (Estado nazista) e direito italiano (Estado fascista). O direito alemão nos influenciou de forma sólida na parte geral do nosso Código Penal que adotou, por exemplo, a teoria finalista e no processo penal não foi diferente. No entanto, no processo penal, apesar da influência alemã que tinha uma primazia dos interesses do Estado sobre os interesses do indivíduo, a maior influência foi da legislação italiana.

A característica comum a ambos ordenamentos jurídicos, nazista e fascista, era que os interesses do Estado deveriam prevalecer sobre os interesses do indivíduo, ideia que inspirou todo Código de Processo Penal. E aqui, não se entenda interesses da coletividade como coincidentes com interesses do Estado. Na alemã nazista, no mais das vezes, os interesses do Estado eram, na verdade, o interesse do Führer, não importando o que seria melhor para a população ou para a coletividade em geral.

A própria exposição de motivos do código de processo penal brasileiro não deixa quaisquer dúvidas em relação a esta prevalência do Estado sobre o indivíduo no ordenamento jurídico brasileiro, nomeando direitos como “favores” e ainda deixa claro que não haverá o “favorecimento legal aos criminosos”, conforme trecho citado abaixo:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão

extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos¹⁸.

O legislador não faz qualquer cerimônia e cita expressamente o Ministro Rocco (Ministro da Justiça Italiano durante a segunda guerra mundial) e seus ideais na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Vale transcrever mais uma vez a exposição de motivos do código de processo penal:

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvorçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas¹⁹.”

No mesmo sentido dispõe o professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

Inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa de sua Exposição de Motivos.

[...] Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade²⁰.

O Código de Processo Penal de forma geral tem várias regras autoritárias como o artigo 21, o qual dispõe sobre a incomunicabilidade do preso indiciado e também prevê conceitos

¹⁸ SARAIVA JUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVA JUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva: processo penal e legislação complementar**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 7-8.

¹⁹ *Ibid.*, p. 8.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5-6.

jurídicos indeterminados para justificar tal violação de direitos individuais ou ainda o artigo 198, o qual possibilita que o silêncio do acusado poderá servir para formar a convicção do juiz.

Não bastasse isso, outros exemplos de regras autoritárias são as hipóteses de prisões para garantia da ordem pública, cuja definição é incerta e até mesmo a jurisprudência diverge sobre uma definição do conceito e a extensão da expressão ordem pública, ou ainda o instituto do interrogatório que, durante muito tempo, foi utilizado apenas como meio de prova.

O doutrinador alemão Carl Schmitt aponta a estrutura e a forma de utilização dos conceitos jurídicos indeterminados a serviço de um Estado autoritário:

As normatizações nas quais o Estado legiferante vincula a si e à sua aplicação da lei podem ser até muito estreitas e limitadas, mas, como uma vez afirmou Otto Maye, “o ilimitado que se encontra nos bastidores” acaba sempre repercutindo no Estado. Como consequência, a mera posse do poder estatal, para além de toda a normatividade, provoca uma *mais-valia política adicional* que somente surge para o poder meramente legal-normativista, uma *recompensa supralegal pela posse legal do poder* e pela obtenção da maioria. Em tempos normais e tranquilos, essa recompensa é relativamente previsível, em situações anormais, totalmente imprevisível e incalculável. Ela sempre apresenta três elementos. Em *primeiro* lugar, emana da exegese e da utilização concretas de conceitos indeterminados e discricionários, tais como “ordem e segurança pública”, “perigo”, “emergência”, “medidas necessárias”, “atos hostis contra o Estado e a Constituição”, “caráter pacífico”, “interesses vitais” etc. Tais conceitos, sem os quais nenhum Estado consegue viver, destacam-se por estarem diretamente vinculados a cada situação dada, por somente obterem seu conteúdo concreto por meio de aplicação e sua utilização concretas serem o único elemento decisivo em todas as épocas difíceis e importantes do ponto de vista político. Em *segundo* lugar, o detentor leal do poder estatal, em caso de dúvida, que sempre poderão ocorrer com esses conceitos indeterminados em situações politicamente difíceis, terá a presunção da legalidade em seu favor. Finalmente, em *terceiro* lugar, suas disposições, mesmo no caso de legalidade duvidosa, sempre deverão ser primeiramente executadas de imediato, ainda que prevejam possibilidades de reclamação e de proteção em conformidade com a Justiça²¹.

Esse trecho demonstra a força que pode ser utilizada pelo Estado contra o indivíduo e sua incapacidade de ação frente às técnicas já estabelecidas de uso da legislação para opressão. E tratando especificamente sobre o Código Rocco, legislação inspiradora de nosso Código de Processo Penal, leciona Luigi Ferrajoli:

A técnica do esvaziamento da estrita legalidade mediante a dissolução normativa do elemento objetivo do crime consiste no largo emprego operado pelo Código Rocco, e, depois, pela recente legislação de emergência, de uma língua voluntariamente genérica, vaga e rica de termos equívocos e valorativos, e cujas interpretações e aplicações não podem consistir em verificação de sentido e em denotação empírica em qualquer medida

²¹ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz. Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 33.

verificável e falsificável, mas em opções e em juízos de valor, sejam verdadeiros ou falsos. Disto resulta num tipo penal de conteúdo indeterminado e elástico, para cuja determinação é necessária a referência a elementos extrajurídicos de natureza substancial (moral, estética, política, sociológica ou antropológica) por meio de juízos discricionários não vinculados por critérios legais, mas que fazem referência inteiramente ao poder de disposição do juiz²².

E no mesmo rumo, se manifestando sobre a legislação brasileira, pontua Fauzi Hassan Chouke:

O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante. Nesse sentido é fácil concluir que para o Código em vigor, a balança entre as visões *ex parte principi* e *ex parte populi* pende para o primeiro flanco²³.

Outro exemplo muito marcante dessas normas processuais penais que são contrárias aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 era a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva de forma automática para crimes em que fosse cominada pena de reclusão igual ou superior a dez anos prevista na redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal em seu texto original. Mais uma vez vale citar trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente:

A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. [...] Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado²⁴.

E essas normas autoritárias e que estão em desacordo com o processo penal constitucional são, evidentemente, um resquício do Código Rocco, o qual suprimiu, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, conforme assinalou o professor Luigi Ferrajoli:

[...] o Código Rocco de 1930 repeliu “por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado”, liquidando-a como “uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos.”

²² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cardematori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 654.

²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

²⁴ SARAIVA JUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVA JUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva: processo penal e legislação complementar**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 8-12.

O princípio foi restabelecido pelo art. 27, par. 2.º, da Constituição republicana, ainda que na forma de “presunção de não-culpabilidade”. Todavia, sua desqualificação operada por mais de meio século pela doutrina processualista e o longo atraso na reforma de processo deixaram sua marca. O princípio de submissão à jurisdição resultou banalizado; e a presunção de inocência, ainda que reabilitada pela doutrina, restou esvaziada ou no mínimo enfraquecida em ambos os significados garantistas a ela associáveis: seja no sentido de “regra de tratamento do imputado”, que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal; ou no sentido de “regra de juízo”, que impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida²⁵.

Essas fórmulas indeterminadas e a supressão de direitos e garantias individuais são formas de aumentar o poder do Estado em face dos indivíduos, deixando a aplicação das normas mais elástica e subjetiva, facilitando perseguições de grupos determinados, especialmente as minorias, possibilitando o aumento dos abusos estatais por meio da violência institucional.

O fato evidenciado pela pesquisa desenvolvida é que há um evidente descompasso entre a Constituição Federal e a legislação penal e processual penal brasileira. Conforme assevera o professor Alexandre Morais da Rosa: “O CPP de 1941 e a CR/88 não convivem em harmonia”²⁶.

É possível perceber que a cizânia entre a legislação penal e processual penal infraconstitucional e a constituição federal torna o sistema da persecução penal extremamente conflituoso e ultrapassado, não representando mais os valores sociais atuais dominantes no Brasil.

Assim destacou o professor Fauzi Hassan Chouke:

O Estado, pela sua ótica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes. Pode-se dizer que o sistema instrumental penal é marcadamente dominado pelo conceito de segurança, que por certo não é algo hermeticamente fechado, mas sim fruto de um determinado processo histórico e que apresenta na outra ponta o confronto com as liberdades individuais, criando um quadro altamente conflituoso²⁷.

Diante dessa desconformidade entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal é evidente que, pela hierarquia das normas, a Constituição Federal deve prevalecer. No entanto, nem sempre a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais será fácil e nem sequer os conflitos aparentes das normas terão uma solução simples e única. Importante citar

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cardematori. Porto Alegre: Livradia do Advogado Editora, 2021, p. 507.

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. aum. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 32.

²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 p. 20.

nessa mesma direção os dizeres dos professores Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa:

O Código Penal de 1941, apesar de elaborado sob a égide do Governo Vargas, congressa uma estrutura normativa em plena sintonia com o modelo normativo processual penal liberal, muito embora apresente traços de uma orientação política e ideológica nacionalista.

No mesmo diapasão, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, o Código de Processo Penal sofreu uma série de modificações visando adequá-lo à nova realidade social; porém, essas alterações não têm sido capazes de lidar com novas tecnologias e temáticas mais complexas, relacionadas não só com a responsabilização penal da pessoa jurídica e dos entes coletivos, mas principalmente com a tutela penal de bens jurídicos (direitos ou interesses) de titularidade difusa, coletiva ou de titulares individuais homogêneos. A estrutura normativa penal atual codificada (Código Penal e Código de Processo Penal) é incapaz de tutelar adequadamente os novos direitos, essencialmente os relacionados com a solidariedade coletiva, a biotecnologia, os referentes às tecnologias da informação entre outros.

Assim, é necessário buscar a adequação e a sintonia entre o direito material penal (bens jurídico-penais) e o direito processual penal (procedimentos penais e processos penais). Esse divorciamento entre a tutela material penal e a tutela processual penal tem gerado no Brasil ao longo da história mais recente e até os dias atuais, um distanciamento do Direito Penal e do Direito Processual Penal dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º da CR/1988)²⁸.

E é de se ressaltar que, após a ditadura civil militar brasileira, ocorrida no período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não houve uma melhora instantânea e efetiva da persecução penal com a consequente aplicação dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de forma imediata e coletiva para todo o arcabouço utilizado para investigação preliminar e para o processo penal de forma geral.

Até os dias atuais, vários direitos fundamentais expressos na constituição brasileira são diuturnamente desrespeitados e muito disso está relacionado à falta de estudo acadêmico, especialmente sobre o inquérito policial e ao treinamento ineficiente que os aplicadores das normas recebem^{29 30}.

Deve-se, na verdade, aplicar a Constituição Federal e o Código de Processo Penal de forma harmônica, com o máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais, especialmente

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual coletivo**: a tutela dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 94-95.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 708-709.

³⁰ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 55-59.

durante a investigação policial, prisões cautelares e no processo penal, o qual pode gerar a aplicação de uma pena de privativa de liberdade, todas essas hipóteses mencionadas são situações em que o ser humano fica vulnerável diante da onipotência do Estado. Isso é essencial para a existência de um Processo Penal Constitucional.

E, nesse sentido, os operadores do direito não podem ser meros aplicadores acríticos das leis.

Por óbvio que a segurança pública, os interesses da sociedade e a inibição dos crimes, especialmente os mais graves como os julgados pelo Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida) ou os crimes hediondos são importantes e devem ser resguardados, contudo, sempre preservando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

E essa ponderação entre os interesses estatais e os interesses individuais não impossibilita a persecução penal, a investigação policial, a prisão em flagrante ou qualquer das modalidades de prisão cautelar previstas em lei e nem mesmo deve ser um empecilho para a marcha do processo penal. Lecionando sobre a aplicação das garantias constitucionais à investigação preliminar, vale transcrever trecho da obra do professor Fauzi Hassan Chouke:

A porta está aberta para que se passem a inserir dentro dessa fase as garantias constitucionais adequadas ao exercício da missão do Estado, levando-se em conta na análise das garantias aplicáveis à finalidade e natureza da peça investigatória, buscando harmonizar sua essência com os limites da invasão pelo Estado na liberdade individual³¹.

Tendo em vista que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e, isso não pode ser esquecido pelos agentes estatais em sua atuação, os direitos fundamentais sempre devem ser resguardados, não podendo ser relegados a um plano inferior ou subsidiário, nem mesmo na persecução penal de crimes com condutas abjetas, crimes hediondos e outros fatos de gravidade concreta. O enfoque sempre deve ser a preservação do indivíduo, ainda que, de outro lado, sejam resguardados os interesses da sociedade relacionados à segurança pública e aplicação das normais penais.

O processo penal não pode ser visto pelos aplicadores como um obstáculo à punição dos criminosos, mas sim como uma proteção a qualquer indivíduo que compõe a sociedade. Essa é a lição do professor Rogério Lauria Tucci:

O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas *aos criminosos*, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes. A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito

³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um *devido processo*. A gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade³².

É mister de qualquer agente estatal responsável ou envolvido na persecução penal, com ênfase para os magistrados, reinterpretar as normas retrógradas e desarmonicas à luz do texto constitucional para que o processo penal e toda a persecução penal deixem de ser tido como instrumento de punição a serviço dos anseios de vingança da sociedade. O objetivo da persecução penal deve ser aplicar as penas previstas na lei, quando cabíveis, no momento adequado e preservar os direitos dos envolvidos.

2.2 O Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli como teoria orientadora para um processo penal constitucional

A teoria do garantismo penal foi desenvolvida por Luigi Ferrajoli e sintetizada no livro *Direito e Razão*, obra lançada no ano de 1989. Nesse livro, o autor traça dez axiomas básicos que são as bases de sua teoria e funcionam como um modelo de aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal a ser buscado pelos Estados como uma forma de racionalizar e humanizar a aplicação de penas, especialmente das penas privativas de liberdade.

O cumprimento desses dez axiomas demonstra o avanço de um Estado em garantir os direitos fundamentais para seus cidadãos, funcionando como um termômetro para o desenvolvimento dos direitos fundamentais dentro do sistema penal estatal, medindo o grau de desenvolvimento do processo penal constitucional.

Luigi Ferrajoli, de forma muito consciente e realista, deixa evidente que dificilmente um sistema penal cumprirá todos os axiomas e que, na verdade, o cumprimento dos axiomas é um ideal a ser buscado, estando no mundo do dever ser. Nesse sentido leciona o criador da teoria, Luigi Ferrajoli:

Os *axiomas garantistas* – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema

³² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa³³.

É importante expor os dez axiomas para uma melhor compreensão da teoria do garantismo penal. O autor Luigi Ferrajoli expõe os dez axiomas e os nomeia:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex poenalis sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine injuria*
- A5 *Nulla injuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade³⁴.

Para a presente pesquisa, os axiomas aplicáveis de forma direta e mais importantes ao tema da investigação defensiva e também para o estudo de uma nova concepção do inquérito policial são os axiomas oito, nove e dez, uma vez que será preciso expor a importância do sistema acusatório para o processo penal, a legitimidade para produção das provas, o que está muito ligado à distribuição do ônus da prova e o princípio do contraditório e da ampla defesa, os quais serão objetos de estudo para compreensão dos institutos pesquisados, especialmente para uma análise da investigação defensiva.

A teoria do garantismo penal influenciou e ainda influencia de forma muito profunda toda interpretação das normas penais e processuais penais dos mais diversos ordenamentos jurídicos e, no Brasil, é muito debatida e estudada academicamente. Além disso, também vem sendo aplicada pela jurisprudência pátria nos Tribunais Superiores.

É preciso comentar alguns aspectos da teoria do garantismo penal, sob a perspectiva do autor do Garantismo Penal – Luigi Ferrajoli, para que haja sua devida compreensão e aplicação.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

³⁴ *Ibid.*, p. 91.

No Brasil, é comum ouvir críticas ao garantismo penal, especialmente por pessoas alheias ao Direito ou por operadores do direito alheios ao sistema penal e até mesmo por operadores do direito que atuam na persecução penal, mas que, aparentemente, nunca estudaram a teoria do garantismo penal de forma mais detida ou a estudaram e não a compreenderam.

O garantismo penal, em nosso país, muitas vezes é tratado, de forma equivocada, como um sinônimo de frouxidão do ordenamento jurídico relativo à persecução penal, como forma de superproteção aos cidadãos que estão em conflito com a lei, enfim, é visto como uma forma incoerente de impunidade³⁵ ou de negação da importância da vítima³⁶. Também é preciso estabelecer que a teoria do garantismo penal não é uma teoria abolicionista do direito penal.

Essa não é a ideia de Luigi Ferrajoli e ele deixa isso muito claro. A teoria do garantismo penal é exatamente o oposto do abolicionismo penal. O autor traça o garantismo penal justamente para legitimar o sistema penal e a aplicação de penas privativas de liberdade em contraposição ao posicionamento dos abolicionistas, os quais pretendem abolir a pena de prisão em qualquer hipótese. O autor, em seu livro *Direito e Razão*, inclusive expõe diversas críticas ao abolicionismo penal como a do excerto a seguir:

O paradoxo, na verdade, está expressamente nas doutrinas abolicionistas de inspiração progressista, vez que o direito penal representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva. O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista³⁷.

Para Luigi Ferrajoli, o sistema penal estatal seria a forma de conter a violência privada e esse controle seria feito por meio de uma persecução penal orientada por princípios penais democráticos, o que seria muito melhor do que a ausência de um sistema penal.

³⁵ PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de Souza. **Bandidolatria e democídio**: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil. São Luís, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

³⁶ COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Crítica ao garantismo penal hiperbólico monocular. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**, v. 22, n. 1, p. 148-165, 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n1/revista_v22_n1_148.pdf. Acesso em: 19 set. 2024.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 317.

A ausência de um sistema penal punitivo, na visão do autor, poderia gerar um caos social e arbítrios ainda maiores, mesmo que cometidos por indivíduos ou grupos privados, gerando um enorme retrocesso social.

A pena, especialmente a privativa de liberdade, seria uma violência institucional, um mal necessário e os axiomas da teoria do garantismo penal serviriam para orientar e racionalizar o sistema penal, funcionando como prescrições da estrita legalidade, uma fórmula para garantir a aplicação democrática do direito penal. O garantismo não é a anulação do direito penal e sim uma justificação do direito penal frente ao abolicionismo. Assim expõe Luigi Ferrajoli:

Os sistemas punitivos modernos se encaminham – graças às suas contaminações policiaescas e à quebra, mais ou menos excepcional, das suas formas garantistas – para uma transformação em sistemas de controle sempre mais informais e sempre menos penais, de tal modo que a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas ou garantias que o distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagens e disciplinares, é o verdadeiro problema penal da nossa época. Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial e imperfeito.

[...] Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas *garantias* se configuram, portanto, como outras *condições de justificação* do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes³⁸.

Ferrajoli rema contra o abolicionismo como já foi exposto e prega que o garantismo seja o exemplo de um direito penal mínimo contra os diversos sistemas de direito penal máximo presentes atualmente, em que a prevenção penal vigora como norteador, gerando diversos abusos e excessos mediante processos arbitrários, prisões de forma autoritária e, no mais das vezes, desnecessárias.

O autor deixa claro que a aplicação de um direito penal de forma excessiva pode ser tão maléfica ou até mesmo pior do que a inexistência de um sistema penal, pois a violência do sistema penal pode superar a violência dos delitos. E, não é difícil imaginar exemplos fictícios ou fatos reais atuais e corriqueiros em nosso país.

Imagine-se a tortura de cidadãos suspeitos de terem cometido crimes de furto por agentes estatais para que confessem seus crimes e devolvam os objetos subtraídos. O furto é um crime sem violência ou grave ameaça que não gera, em regra, graves prejuízos econômicos ou sociais. De outro lado, a tortura é um crime grave, hediondo em nosso ordenamento jurídico,

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 318.

e que usa de violência em seu modo de execução, tornando a conduta do agente estatal muito mais gravosa do que a do crime patrimonial em si.

Evidente que esse é um exemplo muito agudo, mas há diversos exemplos reais de violência policial extrema, os quais são noticiados diariamente como o da vítima Genivaldo de Jesus Santos, o qual foi morto dentro de uma viatura da polícia rodoviária federal por asfixia com gás lacrimogênio por conduzir uma motocicleta sem capacete, conduta que configura apenas infração administrativa³⁹ ou ainda o Caso Amarildo – pedreiro que foi torturado e morto dentro de uma Unidade de Polícia Pacificadora quando deveria ser interrogado numa investigação de um crime de tráfico de drogas e seu corpo nunca foi encontrado⁴⁰.

E, todos esses exemplos servem para ilustrar o que Ferrajoli quer expor ao ensinar que a conduta estatal pode ser mais violenta do que o crime a ser punido em si. Vale ainda citar o próprio autor sobre o tema:

Diferentemente das justificações utilitaristas, examinadas no capítulo precedente, que sustentam todos os modelos de direito penal máximo, o esquema justificativo aqui elaborado serve para embasar os modelos de direito penal mínimo, no tríplice sentido da máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva, a começar pelo inteiro sistema das medidas *extra delictum* e/ou *extra iudicium*. Tal se deve à sua atenção a um lado do problema penal normalmente negligenciado, qual seja o custo social das penas, e, de um modo geral, dos meios de prevenção dos delitos, que pode ser superior ao próprio custo das violências que estas têm como finalidade prevenir. A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina “justiça penal”, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos⁴¹.

Pode-se afirmar, portanto, pelo pesquisado, que o garantismo não é a ausência de um sistema penal e nem se enquadra como uma teoria penal abolicionista, uma vez que não quer o fim do direito penal ou da pena privativa de liberdade. No entanto, também não é a reprodução

³⁹ G1. Genivaldo dos Santos ficou mais de 11 minutos exposto a gases tóxicos dentro de viatura da PRF antes de morrer em Sergipe, diz perícia. *G1*, 09 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2022/10/09/genivaldo-dos-santos-ficou-mais-de-11-minutos-exposto-a-gases-toxicos-dentro-de-viatura-da-prf-antes-de-morrer-em-sergipe-diz-pericia.ghtml>. Acesso em: 05 set. 2024.

⁴⁰ G1. Caso Amarildo: 10 anos depois, seis PMs condenados seguem trabalhando na corporação; ninguém está preso. *G1*, Rio de Janeiro, 13 jul. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/07/13/caso-amarildo-10-anos-depois-seis-pms-condenados-seguem-trabalhando-na-corporacao-ninguem-esta-preso.ghtml>. Acesso em: 25 set. 2024.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 319.

falaciosa dos sistemas penais atuais, os quais muitas vezes mascaram os abusos estatais, as condutas estatais arbitrárias sobre o pretexto de estabelecer falsos direitos ou garantias que não são de fato proporcionadas aos cidadãos e muitas vezes são nomeadas como avanços. O próprio autor Luigi Ferrajoli define o Garantismo no trecho a seguir:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário⁴².

O garantismo pode não ser o sistema penal perfeito. Contudo, é o que temos de mais avançado no intuito de aplicar o direito penal de forma humanitária e com a preservação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, têm-se que a teoria do garantismo penal é essencial para a existência de um processo penal constitucional e se, não conseguimos cumpri-la de forma total, como reconhece o próprio autor da teoria, é certo que deve ser um modelo a ser perseguido pelo Estado e seus agentes.

As análises da presente pesquisa sobre o inquérito policial e acerca da investigação defensiva sempre partirão com base na ideia de processo penal constitucional e sob a perspectiva da teoria do garantismo penal, com o intuito de preservar todos os direitos e garantias fundamentais de quem está sofrendo os danos da persecução penal.

O real avanço do inquérito policial e o desenvolvimento da investigação defensiva somente serão frutíferos se forem mais cumpridores dos axiomas garantistas de Luigi Ferrajoli do que o modelo de investigação que existe atualmente. Caso contrário serão apenas retrocessos processuais maquiados.

2.3 O Sistema Acusatório Como Corolário de um Processo Penal Constitucional e a Figura do Juiz de Garantias

O processo, de forma geral, e o processo penal de forma ainda mais acentuada, deve funcionar como uma garantia para o cidadão de que haverá um respeito aos seus direitos

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 312.

fundamentais e que a persecução penal será igualitária para todos os réus. Para o cumprimento dessa igualdade, a sequência dos atos e a garantia dos direitos fundamentais estará definida na legislação de forma antecipada.

Além disso, o processo penal deve servir como uma forma de resolução de conflitos, evitando a autotutela ou as perseguições estatais.

Dessa forma, o processo penal, assim como a legislação, acompanha o desenvolvimento social. E, como a sociedade de forma geral, em regra, o processo penal evolui ao longo do tempo. Não seria diferente com a incorporação dos direitos individuais previsto na constituição federal aos institutos e às normas existentes no código de processo penal. Evidente que haverá momentos de retrocesso, de involução e que, nem sempre a incorporação e aplicação dos direitos individuais ocorrerá de forma imediata. Assim pontuou o professor Renato Silvestre Marinho: “Como se sabe, a incorporação dos preceitos democráticos da nova ordem constitucional pelo vetusto Código de Processo Penal e pela legislação ordinária vem ocorrendo de forma extremamente lenta e, por vezes, não linear, com avanços e retrocessos”⁴³.

No entanto, a ideia de um processo penal constitucional, garantidor de direitos, é que sempre o processo penal será uma forma de proteção ao indivíduo fraco perante a persecução penal exercida por um estado muito forte. Nesse sentido lecionam os doutrinadores Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo:

Nestas condições, por mais evidente que seja o crime, por mais perverso ou velhaco que nos pareça o criminoso, não lhe poderemos negar o exercício da proteção jurídica em todo o desenrolar do procedimento penal. Daí dizer-se: cada dispositivo do Código de Processo Penal constitui um verdadeiro escudo de proteção⁴⁴.

No entanto, o processo apesar de ter um procedimento, o qual irá estabelecer a sequência de atos a ser feita, pode ser mais democrático ou menos democrático, de acordo com o sistema processual penal em que está inserido e o nível de evolução social diante do contexto histórico momentâneo do ordenamento jurídico em que está inserido.

Existem três modelos básicos de sistema processual mais utilizados e conhecidos: o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto ou francês, os quais serão analisados abaixo. E há um quarto sistema processual, o qual é reconhecido por alguns doutrinadores e denominado de sistema adversarial. Este será exposto, pois julga-se importante

⁴³ MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 434., p. 434.

⁴⁴ TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 48-49

para o objeto dessa pesquisa demonstrar a influência desse sistema para os acordos extraprocessuais de não persecução penal, os quais tem uma maior aplicação da investigação defensiva na fase pré-processual e para o instituto da investigação defensiva como um todo.

Evidentemente, os sistemas não são aplicados de forma totalmente pura e, dificilmente um sistema reunirá todas as características e não tomará emprestada uma ou algumas características de outro sistema em razão da influência social, política e histórica em que a legislação processual penal e também porque os ordenamentos jurídicos podem estar em estado de evolução ou involução. Nesse sentido se manifestaram os professores Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares:

Em síntese, para além da concepção de que os sistemas processuais penais representariam tipos fechados e determinados no curso da história, deve-se ter a serena compreensão de que tais sistemas são sempre permeados e infiltrados pelo contexto político, social e constitucional⁴⁵.

Até mesmo para definir qual é o sistema adotado por um ordenamento jurídico, existem vários critérios. Acredita-se que a melhor forma de definição da escolha do modelo de sistema processual está centrada, essencialmente, na gestão da prova. Nesse sentido os dizeres do Professor Nelson Jacinto de Miranda Coutinho: “[...] é a gestão da prova e a forma pela qual ela é realizada que identifica o princípio unificador. Os demais elementos, que de um sistema podem ser emprestados ao outro, devem ser considerados, todos, secundários”⁴⁶.

Assim, o principal e melhor elemento definidor de um sistema processual é a separação entre quem produz as provas, notadamente as partes e, quem fará o julgamento com fundamento nessas provas produzidas, especialmente os magistrados. Dessa forma, a imparcialidade do julgador e a sua não interferência ou contato anterior com as provas são fatores de grande importância para definir o sistema processual adotado.

Após, a demonstração do critério que julga-se mais adequado na escolha do sistema processual, é oportuno apresentar cada um dos sistemas processuais.

Iniciar-se-á pelo sistema adversarial, o qual não tem muita ressonância em nosso ordenamento jurídico, mas que vem sendo introduzido em nosso sistema de forma velada diante do crescimento dos acordos extraprocessuais de não persecução penal.

⁴⁵ LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção doutrinas essenciais; v. 6), p. 268.

⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

Esse sistema tem origem inglesa conforme aponta o professor Renato Stanzola Vieira: “[...] foi na Inglaterra que nasceu o modelo adversarial de processo”⁴⁷ e tem como característica principal, o protagonismo das partes na gestão da prova e uma passividade do juiz, sendo ambas as partes tidas como partes igualitárias nessa produção da prova.

É com base nesse sistema adversarial que a investigação defensiva se desenvolveu de forma mais vultosa, especialmente no processo estadunidense pelos acordos penais extraprocessuais firmados entre acusação e defesa com ampla produção probatória desenvolvida pelas partes e uma visão de igualdade processual entre os interlocutores do processo. Nesse rumo aponta Renato Stanzola Vieira:

Conceitos e realidades inconfundíveis fazem com que os sistemas acusatório e adversarial não sejam tomados como intercambiáveis e impedem que se veja relação entre eles algo similar às relações de gênero (acusatório) e espécie (adversarial). A distinção é, atualmente, ainda mais importante ao se ter em conta a radicalização de alguma medida de disponibilidade do processo – *plea negotiation* –, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Essa característica, não inata ao sistema adversarial, é de todo incogitável no sistema acusatório⁴⁸.

E o autor continua:

O sistema adversarial se preocupa com a relação entre as partes. Ele dá a elas o protagonismo na obtenção e na apresentação das provas que puderem obter para, então, terem a expectativa (ou a perspectiva, na linguagem de James Goldschmidt) de uma sentença favorável (na primeira hipótese) ou desfavorável. (na segunda)⁴⁹.

As críticas a esse sistema, de forma bem sintética, são duas. A primeira crítica é que se o sistema adversarial é incompatível com o sistema acusatório, não poderia ser aplicado no processo penal brasileiro, nem mesmo em fases pré-processuais como a investigação, como vem sendo aplicado de fato no Brasil, e isso tornaria alguns acordos extraprocessuais incompatíveis com o sistema processual adotado expressamente por nosso legislador. A segunda crítica, e essa deve ser feita de forma mais severa, é que o sistema adversarial é baseado na igualdade das partes. Evidentemente, na realidade social brasileira, não há igualdade entre a acusação e defesa. Não há igualdade econômica entre as partes, não há igualdade nem ao menos de direitos previstos na legislação, considerando que o Ministério Público tem a prerrogativa de investigar e de requisição e, de outra banda, a defesa não tem esses direitos previstos em lei de forma expressa nem mesmo quando a defesa é realizada pela Defensoria Pública. Dessa

⁴⁷ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 148.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 154.

forma, o fundamento para aplicação do sistema adversarial inexistente em nosso ordenamento jurídico. Essas diferenças sociológicas e da lógica do próprio modelo de processo penal, dificultam e tornam a aplicação do sistema adversarial e dos acordos processuais decorrentes desse sistema algo muito contraditório com o sistema acusatório. Nos dizeres do professor Nereu José Giacomolli:

O sistema processual penal adversarial há de ser compreendido, de início, com o princípio da oportunidade no exercício da ação penal, diferentemente dos países de origem e influência romano-germânica, cujo princípio é o da legalidade desde a investigação, passando pelo exercício da ação processual penal (obrigatoriedade do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, salvo as exceções previstas em lei – Lei 9.099/95, v.g.). Decorrente disso verifica-se na ampla disponibilidade que possui o órgão acusador oficial, atuando como parte acusatória. Por outro lado, a defesa poderá renunciar a direitos fundamentais, aceitar a imposição de uma sanção criminal através da *plea bargaining*, declarando-se culpado, além de deixar de exercer a sua defesa (*nolo contendere*), com o objetivo de obter alguns benefícios. A acusação e defesa atuam numa perspectiva de disputa, de embate, mas com mútua confiança e transparência durante o desenrolar do processo, mormente na produção da prova⁵⁰.

O sistema brasileiro de investigação e o processo penal de forma geral é muito diferente do sistema estadunidense adversarial, especialmente em relação à investigação preliminar. No Brasil, a investigação deve ser neutra e nos Estados Unidos é exatamente o oposto. O professor Daniel Zaclis dissertando sobre o tema, leciona:

[...] Na realidade, o que se afirma é que numa visão de instrumentalidade do procedimento caracterizada pela neutralidade, imperioso que uma das funções das investigações seja a tomada de medidas aptas a demonstrarem a desnecessidade de instauração da instância penal. É preciso lembrar que no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, as partes não desenvolvem sua própria investigação para, ao final, realizar o *disclosure* das informações coletadas. Há, entre nós, uma autoridade central que preside a apuração do fato, sendo que os interessados ficam à mercê das diligências determinadas por tal órgão estatal⁵¹.

Vê-se, pelo exposto, que o sistema adversarial não é o mais adequado com o exposto na Constituição Federal e na legislação processual penal de forma geral.

O segundo sistema a ser exposto é o inquisitorial. Há divergências sobre a origem do sistema inquisitorial. Para Luigi Ferrajoli, o sistema inquisitorial tem sua origem na Roma Imperial:

⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵¹ ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 205.

Não ao acaso as primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma Imperial com os procedimentos de ofício *para os delicta publica*, a começar pelos *crimina laesae majestatis* de subversão e conspiração, em que se presume ofendido um direto interesse do príncipe e a parte ofendida se identifica com o Estado⁵².

Já para outros doutrinadores, como Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, a origem do sistema inquisitório seria apenas com o processo canônico utilizado durante a Inquisição da igreja católica⁵³.

Nada obstante a discordância em relação à origem do sistema inquisitorial, não há divergências em relação às características de tal sistema⁵⁴. O sistema inquisitorial é marcado por uma onipresença do juiz na gestão da prova, notadamente com diversos poderes instrutórios, se apropriando da função das partes – acusação e defesa, causando uma confusão nas funções processuais das partes, debilitando, por conseguinte, a imparcialidade do juiz, a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa. O juiz, muitas vezes, figura como acusador além de julgador. O princípio da verdade real é posto como um fim que autoriza os amplos poderes instrutórios do julgador. O processo é sigiloso e, em regra, escrito.

Por evidente que todas as características mencionadas, com ênfase para os amplos poderes instrutórios do juiz e sua confusão com a acusação, geram um desequilíbrio processual, causando um abatimento da função defensiva, sendo esta apenas uma defesa aparente.

No mais das vezes, esse sistema está muito ligado a ordenamentos jurídicos autoritários em que os direitos fundamentais são constantemente desrespeitados e o investigado é tratado apenas como um objeto de direitos. Nosso ordenamento jurídico ainda apresenta diversos traços de um sistema inquisitorial como, por exemplo, alguns poderes instrutórios previstos para o juiz, apesar deste não ser o modelo inquisitório adotado pelo legislador em nosso país.

O terceiro modelo de sistema processual é o misto ou francês. Como diz o próprio nome, o sistema misto é uma junção do sistema inquisitório com o sistema acusatório. Haveria uma primeira parte do processo em que vigora a inquisitorialidade e um segundo momento que teria estrutura acusatória. Esse sistema tem origem no código napoleônico de 1808, conforme leciona Luigi Ferrajoli:

Já o código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”, que foi o assim denominado “processo misto”, com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 520.

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 38-39.

⁵⁴ Para aprofundamento sobre a questão histórica dos sistemas inquisitivo e acusatório ler: SAAD, Marta;

acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase⁵⁵.

Esse sistema chegou a ser adotado no Código de Processo Criminal Brasileiro de 1841 e foi abandonado, em tese, pelo código de processo penal de 1941 e, posteriormente de forma mais efetiva pela Constituição Federal de 1988. Nos dizeres de Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo:

Não impera mais o sistema misto do nosso Código de Processo Criminal de 1841, que subordinava a formação da culpa mais ao processo inquisitório do que ao acusatório, deixando o plenário da acusação, defesa, provas e julgamento, toda a amplitude do processo acusatório⁵⁶.

Apesar da investigação, no Brasil, ser feita prioritariamente por meio do inquérito policial e o seu formato é reconhecidamente inquisitorial, é preciso ressaltar que essa fase é pré-processual, diferindo do sistema misto ou francês em que as duas fases são processuais e, por isso, a doutrina majoritária brasileira dispõe que o sistema brasileiro é o acusatório. No entanto, há vozes dissonantes que reconhecem que o Brasil adotou o sistema acusatório com resquícios inquisitoriais⁵⁷ ou autores que afirmavam que o Brasil havia adotado o sistema misto como, por exemplo, o professor Guilherme de Souza Nucci:

Em nossas obras de processo penal, defendíamos a existência, no Brasil, do sistema misto, embora a Constituição Federal apontasse para princípios do sistema acusatório. Assim fazíamos porque inúmeros dispositivos do CPP permitiam ao magistrado colher a prova diretamente – aliás, ainda há os que assim preveem – podendo-se citar como exemplo o art. 156 do CPP⁵⁸.

O quarto modelo de sistema processual a ser apresentado é o acusatório o qual, por sua vez, tem sua origem na Grécia e em Roma na sua fase republicana, consoante ensinamento, mais uma vez, de Luigi Ferrajoli:

É pacífico que o processo penal da Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da consequente natureza arbitral tanto do juiz como do júri⁵⁹.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 521-522.

⁵⁶ TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 89.

⁵⁷ *Ibid.* p. 89.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: lei 13.964, de 24.12.2019**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁵⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 520.

Diametralmente oposto ao sistema inquisitorial, o sistema acusatório é marcado pela equidistância do juiz em relação às partes. As funções processuais são bem definidas, diferenciando-se acusação, defesa e julgador, com uma gestão da prova bem definida. Dessa forma, garantir-se-á a imparcialidade do juiz e a paridade de armas para uma preservação do contraditório de forma efetiva. Os juízes não ostentam poderes instrutórios, sendo apenas o destinatário da prova. A verdade real perde força em detrimento da verdade possível, sendo destaque as provas produzidas pelas partes. Esses elementos geram uma maior igualdade entre acusação e defesa. O processo é, em regra público e regido pela oralidade, facilitando a publicidade e a participação e fiscalização de qualquer cidadão.

Por fim, como característica marcante do sistema acusatório, o investigado é tratado como um sujeito de direitos e, para isso, a investigação também deve ser imparcial e sem destinatário certo, servindo para subsidiar ambas as partes.

O sistema acusatório é o mais apropriado e que mais se coaduna com um Estado Democráticos de Direito, posicionamento também firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4414, no ano de 2012⁶⁰.

Apresentados os quatro sistemas, podemos afirmar que o Brasil adotou o sistema acusatório. No entanto, em razão da democracia brasileira ser relativamente nova e também pelo fato de a legislação processual penal não estar em absoluta consonância com as normas constitucionais, muitas vezes algumas normas infraconstitucionais entram em conflito com a Constituição Federal e também com o princípio acusatório e, por isso, são necessárias algumas adaptações ou reinterpretações das normas.

O legislador pátrio, por meio da lei 13.964 de 2019, a qual ficou conhecida como pacote anticrime, tentando resolver tal problema, trouxe expressamente a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, conforme disposição do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, vedando a iniciativa do juiz na fase investigatória ou a usurpação dos poderes instrutórios da acusação durante a fase processual⁶¹. Essa inovação legislativa, além de deixar expressa a adoção do sistema acusatório, o que é muito benéfico, causou uma série de mudanças tácitas no Código de Processo Penal.

⁶⁰ “O princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5º, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal” (ADI 4414, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012).

⁶¹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

Diante dessa alteração legislativa, fica evidente que qualquer dos poderes instrutórios do juiz previstos no código de processo penal foram tacitamente revogados.

Dessa forma, estão revogados poderes como o sequestro de bens determinado pelo juiz *ex officio* (artigo 127 do CPP), determinação de realização de exame de corpo de delito pelo juiz *ex officio* (artigo 168 do CPP), possibilidade de requisição judicial para a instauração de inquérito policial ao delegado de polícia (artigo 5º do CPP), possibilidade de determinação pelo juiz *ex officio* de produção antecipada de provas (artigos 156, 209, 225, 234, 242, todos do CPP) e, por fim, talvez a mais importante revogação seja a do artigo 385 do CPP, o qual permitia ao juiz a condenação do réu mesmo com o pedido de absolvição requerido pelo Ministério Público⁶².

Todas essas mudanças privilegiam a paridade de armas e a manutenção da equidistância do juiz em relação às partes. No entanto, a mudança central trazida pela lei 13.964 de 2019, para a adoção efetiva de um processo penal inserido no sistema acusatório e a melhora da investigação preliminar, é a figura do Juiz de Garantias.

A figura do juiz de garantias introduzida no Brasil, pela lei 13.964 de 2019, não é a de um juiz instrutor como previsto nos ordenamentos jurídicos espanhol, argentino ou francês⁶³. O juiz de garantias brasileiro não será o gestor da prova, não comandará a investigação e nem fará quaisquer diligências ou terá iniciativa na atividade probatória.

O juiz de garantias, como previsto no pacote anticrime, será um juiz responsável pelo controle da legalidade durante a investigação criminal, em qualquer modalidade de procedimento, não importando quem é o responsável pela condução da investigação. O juiz de garantias será o responsável pelo controle da legalidade inclusive nos procedimentos investigatórios criminais conduzidos pelo ministério público. Nos dizeres do professor Paulo Henrique Aranda Fuller:

Ao juiz de garantias, portanto, não incumbe a função (direção) de investigação criminal mas o *controle da sua legalidade*: os atos de investigação e a formalização dos elementos de informação continuam sob a atribuição da polícia (federal e civil) e do Ministério Público⁶⁴.

⁶² BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

⁶³ CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório: o modelo brasileiro. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 492-493.

⁶⁴ FULLER, Paulo Henrique de Aranda *et al.* **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 96-97.

O juiz de garantias deverá ser inerte e somente atuar quando houver uma competência prevista e mediante provocação das partes, restringindo-se às hipóteses legais, as quais já foram previstas pelo artigo 3º-B do Código de Processo Penal, redação trazida pela lei 13.964 de 2019 - Pacote Anticrime⁶⁵.

Basicamente o juiz receberá as comunicações das prisões em flagrante, ficará responsável pela audiência de custódia, zelará pelos direitos do indivíduo preso e decidirá todas as questões com reserva de jurisdição como interceptação telefônica, pedidos de prisão cautelar, busca e apreensão domiciliar, quebra do sigilo, julgará os habeas corpus e também deverá controlar a legalidade dos acordos extraprocessuais propostos pelo Ministério Público como colaboração premiada ou acordo de não persecução penal, sendo essa última competência de extrema importância diante das alterações legislativas e aumento significativo do número dos acordos extraprocessuais de não persecução penal.

Pela redação legal, a competência do Juiz de Garantias tem fim com o recebimento da denúncia ou queixa conforme previsão do artigo 3º-C, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal⁶⁶, deixando evidente que a função do Juiz de Garantias é o controle da legalidade durante a investigação criminal, não tendo qualquer atuação na fase processual mesmo que relacionada à atividade probatória realizada já na fase judicial.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de sua composição plenária, julgou a questão do Juiz de Garantias no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade de nº 6298/DF, nº 6299/DF, nº 6300/DF e nº 6305/DF, tendo como relator o ministro Luiz Fux. A Corte julgou inconstitucional a redação do artigo 3º-B, inciso XIV do Código de Processo Penal e deu interpretação conforme à constituição, estabelecendo que a competência do juiz de garantias se encerra com o oferecimento da denúncia⁶⁷.

Pela redação original, o juiz que acompanhou toda a investigação faria o ato inaugural do processo que é o recebimento da denúncia e essa decisão, por óbvio, estaria influenciada por tudo que o julgador acompanhou durante as investigações, podendo comprometer sua imparcialidade. A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal privilegiou a

⁶⁵ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 24/08/2023. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206298%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 24 abr. 2024.

imparcialidade do julgador, tendo em vista que um juiz diverso daquele que atuou na fase investigatória, atuará na fase judicial, o que gera um maior respeito ao sistema acusatório. A fase processual inteira ficará sob a batuta de um juiz desde o ato inaugural até a sentença.

Outra inovação muito positiva para a fase pré-processual e que milita para a preservação do sistema acusatório é o não apensamento dos autos da investigação criminal ao processo judicial, impedindo que o magistrado responsável pela fase judicial tenha acesso à investigação e, com isso, possa ter sua imparcialidade comprometida. Essa mudança está prevista no artigo 3º-C, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal⁶⁸. Os autos, após tal inovação, ficariam arquivados na secretaria do Juízo à disposição da acusação e da defesa.

Essa mesma sistemática de divisão entre as fases da persecução penal com o objetivo de manter o distanciamento probatório e a imparcialidade do juiz é adotada no Chile, conforme ensina o professor Daniel Zaclis:

Apenas a título ilustrativo, o Processo Penal chileno mantém esse distanciamento probatório entre as duas fases da persecução criminal de modo que os elementos coligidos em momento pré-processual não são utilizados durante a instrução. Além disso, o magistrado que julgará o caso não toma conhecimento das evidências trazidas na fase preliminar, o que permite a “não-contaminação” por esses elementos para que possa formar sua livre convicção⁶⁹.

Dessa forma, as provas que embasariam a condenação ou absolvição seriam basicamente as provas judiciais e, não mais os elementos informativos produzidos durante a investigação criminal, com exceção das provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis. Isso também forçaria a acusação a realmente produzir provas na fase judicial, especialmente no que tange à prova testemunhal, não sendo mais possível repisar somente o feito durante a investigação preliminar. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Tribunal Pleno, decidiu a questão do Juiz de Garantias no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade de nº 6298/DF, nº 6299/DF, nº 6300/DF e nº 6305/DF e que teve como relator o ministro Luiz Fux, declarando a inconstitucionalidade com redução de texto do artigo 3º-C, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal e deu interpretação conforme à constituição, estabelecendo que os

⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

⁶⁹ ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 209-210.

autos da investigação serão encaminhados ao juiz competente para a instrução e julgamento processual⁷⁰.

Nesse ponto, a decisão do Supremo Tribunal Federal não privilegiou a imparcialidade do julgador, tendo em vista que este poderá manusear, utilizar e fundamentar sua decisão, mesmo que não isoladamente, em elementos produzidos durante a investigação e constantes do caderno investigatório.

É preciso destacar que as inovações legislativas receberam muitas críticas, ressaltando-se as críticas foram em relação a necessidade do aumento do número de juízes, os custos financeiros gerados para esse aumento de magistrados e também sobre a estrutura compatível necessária.

Essas críticas não parecem muito válidas. Ora, os magistrados já são responsáveis pelo controle da legalidade durante a investigação criminal e as inovações legislativas não trouxeram novas competências para o Poder Judiciário. A única diferença é que num mesmo caso haverá a necessidade de atuação de, no mínimo, dois juízes, um sendo responsável pela fase pré-processual e outro responsável pela fase processual. Contudo, não haverá de fato um aumento da carga de trabalho. Os atos investigatórios e os atos processuais continuam os mesmos.

Assim, nas comarcas em que há dois juízes ou mais, esse problema será de fácil resolução. O juiz que atuar na fase investigatória não poderá atuar na fase judicial do mesmo processo, encaminhando os autos ao seu colega de comarca. Nas comarcas de vara única, esse problema pode ser resolvido com o processo eletrônico, o qual já vem sendo implantado na maioria dos tribunais estaduais brasileiros. O juiz de uma comarca próxima ficará responsável pelo controle da legalidade na investigação criminal e o juiz local será o responsável pela fase judicial. Isso não gerará custos adicionais extraordinários, a não ser o da implementação do processo eletrônico.

A grande crítica pertinente e que geraria muitos custos seria em relação à audiência de custódia, a qual deverá obrigatoriamente ser presencial, diante da vedação de sua realização por videoconferência, conforme disposição do artigo 3º-B, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal⁷¹.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade nº6298**. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 24/08/2023. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206298%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 24 abr. 2024.

⁷¹ *Ibid.*

Contudo, diante da pandemia do vírus da Covid-19, as audiências judiciais não ocorreram de forma presencial, sendo que praticamente todas foram realizadas por videoconferência e percebeu-se que isso não retira ou diminui a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos investigados e, na verdade, facilita que os indivíduos presos possam estar presentes nos atos processuais, diante da falta de estrutura do Estado brasileiro para custear a escolta das pessoas privadas da liberdade, encaminhando-as às audiências presenciais, evitando-se redesignação de audiências e atrasos processuais.

Além disso, o juiz pode determinar que o preso seja encaminhando a sua presença a qualquer momento, conforme previsão do artigo 3º-B, inciso III, do Código de Processo Penal⁷², caso duvide da lisura das pessoas responsáveis por realizar a audiência de custódia por videoconferência ou por acreditar que o preso esteja sofrendo algum tipo de coação ou violência. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da realização da audiência de custódia por videoconferência, autorizou que esta ocorra excepcionalmente por videoconferência⁷³.

Pode-se afirmar pelo pesquisado que as inovações trazidas pela lei 13.964 de 2019 em relação à introdução da figura do Juiz de Garantias no ordenamento jurídico brasileiro foram muito benéficas para a adoção efetiva do sistema acusatório. Nesse sentido, pontou o professor Guilherme de Souza Nucci:

[...] a criação do *Juiz de garantias* nos coloca na estrada do sistema acusatório mais purificado. Muito há por fazer, visto que o magistrado da instrução ainda possui amplos poderes para conduzir a colheita da prova, inclusive fazendo sua decisão prevalecer acima dos requerimentos das partes. Eis o motivo pelo qual temos sustentado a integral revisão do CPP de 1941. Os retalhos legislativos não fazem bem à harmonização do sistema: o juiz de garantias veio abrir espaço, mas não fechou a porta da atuação judicial de ofício durante a instrução. Podemos avaliar que o sistema processual penal brasileiro passa a ser acusatório, porém, impuro⁷⁴.

A adoção de um sistema acusatório é essencial para o estabelecimento de um processo penal constitucional com preservação dos direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos e, para isso, o Juiz de Garantias se torna uma figura central, como preservador dos princípios do contraditório e, conseqüentemente, do devido processo legal os quais são pilares para preservação da dignidade da pessoa humana.

⁷² BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: lei 13.964, de 24.12.2019. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 45.

Em relação à fase investigativa, apesar dos avanços já apontados acima em razão da introdução da figura do Juiz de Garantias em nosso ordenamento jurídico, a esmagadora maioria da doutrina a aponta como uma fase estritamente inquisitorial uma vez que não há contraditório ou ampla defesa. No entanto, já há doutrinadores apontando que a fase inquisitorial existente no inquérito policial deve se harmonizar com a Constituição Federal e a denominam de sistema inquisitorial-constitucional ou ainda denominam o sistema existente no inquérito policial como apuratório, tendo em vista que o inquérito teria a função de filtro processual, devendo produzir elementos para a defesa e para acusação. Nesse sentido leciona o professor Eujécio Coutrim Lima Filho:

Mesmo com os avanços legais que asseguram a participação da defesa no inquérito policial, não se fala em caráter acusatório. Não implica dizer que é arbitrário ou que não cabem direitos ao investigado. A ausência de poder requisitório do advogado na fase investigatória intensifica a continuidade da característica inquisitorial do inquérito. Igualmente, a eficácia da Polícia Judiciária em grande parte está ligada ao fator surpresa, se o encontro de fontes de prova estivesse condicionado à anterior participação da defesa, o sucesso da investigação restaria substancialmente comprometido. Entretanto, ainda que de forma atenuada, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser aplicados ao inquérito policial. O bom senso recomenda que se encontre um meio termo de forma a otimizar, o máximo possível, as garantias constitucionais. Por essas razões é adequado falar em modelo inquisitivo-constitucional ou até mesmo apuratório (como preferem alguns). Entretanto, pela clássica organização oriunda dos sistemas não adversariais, tem-se a razoabilidade em entender o inquérito como um procedimento inquisitivo, mas, simultaneamente assecuratório, não arbitrário⁷⁵.

A adoção de um sistema acusatório puro ainda não ocorreu de forma efetiva na fase processual e muito menos na fase investigativa pré-processual, conforme exposto acima. No entanto, é preciso continuar essa busca pela implementação do sistema acusatório e consequente melhoria do sistema da persecução penal com uma preservação maior dos direitos fundamentais. Nesse sentido lecionam os professores Eduardo Samoel Fonseca e Ricardo Mamoru Ueno:

Em outras palavras, a legitimação do Estado (juiz) está assentada na intangibilidade dos direitos fundamentais e não na vontade de uma maioria (política), cabendo a restrição de direitos e liberdades apenas em situações remotas – já que constituem a regra no Estado Democrático de Direito, e não a exceção –, o que demandaria a exata observância do devido processo legal,

⁷⁵ LIMA FILHO, Eujécio Coutrim. Inquérito policial: superação do modelo inquisitivo medieval. In: BRENE, Cleyson (org.). **Por que as polícias fracassam?** Leme: Mizuno, 2024, p. 58.

respeitando-se a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e todas as garantias a um processo acusatório de viés democrático⁷⁶.

E, nessa esteira, a investigação imparcial e com a preservação dos direitos fundamentais dos investigados é imperativa para que haja uma maior aplicação do sistema acusatório dentro das possibilidades efetivas do sistema da persecução penal brasileira com objetivo final de respeitar o processo penal constitucional. Por isso, é necessário compreender a aplicação dos direitos fundamentais durante a investigação criminal.

2.4 O princípio do devido processo legal e a devida investigação criminal

Já se afirmou no início desse trabalho que a dignidade da pessoa humana é o vetor axiológico e a principal norma de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo orientar a aplicação e interpretação de todas as outras normas. Todavia, a dignidade da pessoa humana tem um evidente conteúdo material.

O devido processo legal, de outro lado, tem cunho processual, sendo um desdobramento da dignidade da pessoa humana. O devido processo legal, dessa forma, pode ser apontado como a norma de cunho processual mais importante de todo o ordenamento jurídico.

Somente por meio do cumprimento do devido processo legal e de seus desdobramentos é que a persecução penal pode ser exercida de forma a preservar a dignidade da pessoa humana.

Muitos doutrinadores inclusive apontam ambos os princípios, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, como metanormas, princípios regentes, princípios governantes, entre outras nomenclaturas, que demonstram a importância ímpar desses princípios. Nesse sentido vale mencionar trecho de obra do professor Guilherme de Souza Nucci:

O Direito Penal e o Processo Penal estruturam-se sob as bases de inúmeros princípios constitucionais e infraconstitucionais, porém, parece-nos essencial destacar dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado Democrático de Direito.

Olhares especiais devem voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja no ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração de inocência ou culpa, está cumprindo, na parte penal e

⁷⁶ FONSECA, Eduardo Samoel; UENO, Ricardo Mamoru. O contraditório (mitigado) na investigação preliminar: uma característica do estado democrático de direito? *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 228.

processual penal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, *democrático*⁷⁷.

A origem do princípio do devido processo legal está na Magna Carta, documento inglês do ano de 1215, e que tem como autor o rei João Sem Terra. Estava insculpido no artigo 39 da Magna Carta o princípio do devido processo legal⁷⁸.

O devido processo legal, a princípio, funcionou como uma proteção, uma garantia concedida apenas aos nobres contra os autoritarismos do rei, não havendo acesso à população em geral.

Sobre a nomenclatura do referido princípio, a priori, o princípio do devido processo legal ficou conhecido como “*law*” ou “*lay of the land*”. Após a expansão do princípio para as colônias estadunidenses e sua incorporação à respectiva constituição, houve um significativo desenvolvimento e aplicação tanto na doutrina quanto na jurisprudência e o princípio passou a ser nomeado como “*due process of law*”, a qual é a nomenclatura mais conhecida internacionalmente até os dias atuais⁷⁹.

E o desenvolvimento do devido processo legal levou a uma expansão de sua abrangência. O devido processo legal, atualmente, pode ser entendido não mais apenas como uma regra de julgamento conduzido pela autoridade competente e com procedimentos processuais preestabelecidos. O devido processo legal substancial tem como desdobramentos outros princípios processuais como imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade, paridade de armas e até mesmo normas de cunho material como legalidade, taxatividade, intervenção mínima e fragmentariedade.

Em relação ao escopo da presente pesquisa, o devido processo legal é importante de forma geral e mediata. No entanto, é muito importante compreender parte de seus desdobramentos de forma mais específica como o direito à uma devida investigação criminal e os princípios necessários para o cumprimento desse mister como o princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da paridade de armas e a atribuição do ônus da prova no processo penal.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

⁷⁸ “No free man shall be seized or imprisoned, or tripped of his rights os possessions, or outlawed oi exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, ou send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or bay the law of the land.”. Trecho disponível em: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

⁷⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

O direito a uma devida investigação criminal como desdobramento do devido processo legal é muitas vezes relegado à um segundo plano ou tangenciado. No entanto, por mais que a investigação criminal, em geral, seja feita de forma pré-processual, é preciso que esta respeite os direitos e garantias fundamentais para o cumprimento de fato do devido processo legal em todas as fases da persecução penal e, assim, possa haver um processo penal constitucional real.

Não se pode permitir que a investigação criminal seja feita de forma abusiva, sem respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tornando o processo penal apenas um simulacro para a justificação de punições autoritárias e perseguições estatais com uma aparente legalidade respeitada na fase processual da persecução penal. Nesse sentido são os dizeres de Guilherme de Souza Nucci:

Investigar um crime – existência e autoria – é dever incontestado do Estado. Por meio de vários órgãos, assim que acontece uma infração penal, cabe-lhe atuar com firmeza e rigor. O principal desses organismos, inclusive por força constitucional, é a polícia judiciária. Cumpre ao delegado (civil ou federal) instaurar o inquérito policial e providenciar a apuração do fato, até encontrar elementos suficientes que apontem à tipicidade e, na sequência, ao seu autor. O princípio regente do devido processo legal, como já mencionado, abrange a coletânea de princípios penais e processuais penais, devendo ser integralmente seguido para que se possa obter uma punição justa.

Aponta-se, em grande parte, a sua incidência sobre o processo-crime, mas olvida-se a sua relevância para a fase da investigação policial⁸⁰.

Evidentemente, nem sempre será possível o cumprimento de todos os direitos e garantias fundamentais durante a investigação criminal sob pena de torná-la inócua. É de se ter em mira que nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto e em caso de conflito entre dois direitos fundamentais, estes devem ser ponderados e conciliados para sua aplicação. Isso também deve ser feito durante a investigação criminal. Contudo, não é por isso que possa se permitir o desrespeito a todos os direitos e garantias individuais durante a investigação ou aceitar a não aplicação dos direitos fundamentais possíveis na fase pré-processual.

Devem ser aplicados os direitos e garantias fundamentais possíveis de forma ampla durante toda a investigação criminal e as limitações de aplicação desses direitos devem ser justificadas e baseadas em outros princípios constitucionais ou em outros direitos ou garantias fundamentais.

Não há motivos para que não haja respeito ao contraditório, a ampla defesa, aos princípios da publicidade, da taxatividade, da anterioridade ou da legalidade durante a

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

investigação preliminar. A questão é que, muitas vezes, os direitos precisarão ser limitados ou ter sua aplicação postergada para a que a investigação seja útil e eficiente.

É certo que deve haver publicidade durante a persecução penal, especialmente durante o processo penal. No entanto, não há qualquer questionamento quando essa publicidade no processo penal é restringida em casos de crimes contra a dignidade sexual. Não há questionamentos também que qualquer espécie de prova judicial deve ser submetida ao contraditório. Contudo, ninguém refuta a existência da utilização das provas irrepetíveis, mesmo que nessa espécie de prova, o contraditório seja diferido. E a mesma ideia vale para medidas cautelares, interceptação telefônica e outros meios de prova ou de obtenção de prova que deixariam de ter eficiência caso houvesse um contraditório real imediato.

Da mesma forma deveria ocorrer com a investigação criminal. Deve-se aplicar o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a paridade de armas e todos os direitos e garantias fundamentais possíveis, mesmo que de forma mitigada ou postergada. Isso estaria em consonância maior com um processo penal constitucional. A investigação criminal preservadora dos direitos fundamentais é fundamental para o processo penal constitucional. Não é crível que a investigação criminal com desrespeito aos direitos fundamentais se torne, num passe de mágica, num processo penal constitucional.

Uma investigação criminal violadora dos direitos fundamentais se transformará obrigatoriamente em um processo penal injusto para não dizer ilegal ou inconstitucional.

Nesse sentido vale expor alguns dos princípios decorrentes do devido processo legal, notadamente, os mais relevantes e que devem ser aplicados durante a fase pré-processual da investigação.

Iniciar-se-á pelo princípio do contraditório, o qual transmite uma ideia de bilateralidade, de dialeticidade da atuação das partes nos processos e também nas investigações criminais. Esse princípio foi conceituado pelo professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida como:

O contraditório é, pois, em resumo, *ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*. A contrariedade é ação das partes. Tem suas raízes naturais no conflito de interesses e se manifesta processualmente na representação desse conflito diante do juiz⁸¹.

Acredita-se que os dois elementos acima apontados numa definição mais clássica – ciência bilateral dos atos e a possibilidade de contrariá-los, ao quais são elencados por vários

⁸¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

doutrinadores, mudando somente a nomenclatura, não são suficientes e, por isso, elenca-se um terceiro elemento que é a capacidade de influenciar o julgador.

Assim, pode-se afirmar que o princípio do contraditório está fundado em três elementos básicos, os quais devem ser cumpridos em ordem lógica para a real existência do contraditório.

O primeiro elemento básico para possibilitar o contraditório é a informação. Durante a fase processual, o indivíduo deve ser informado dos atos processuais praticados no processo. Na lição do professor Joaquim Canuto Mendes Almeida sobre o dever de informação: “A necessidade de citação, de notificação e de intimação das partes é, assim, salientemo-lo bem, a primeira nota concreta de procedimento contraditório”⁸².

Em relação à fase pré-processual, o investigado também deve ser cientificado de que há uma investigação em seu desfavor e dos elementos já produzidos no bojo desse caderno apuratório. Esse é o único elemento do princípio do contraditório que pode ser restringido, privando, momentaneamente, o indivíduo de seus direitos fundamentais durante a confecção da diligência, e postergado a ciência dos atos investigatórios durante essa fase investigatória pré-processual, somente com a justificativa de garantir a eficiência da investigação em atos que necessitem do sigilo tais como na interceptação telefônica ou nas buscas e apreensões. Essa restrição temporal não gerará qualquer inconstitucionalidade, tendo em vista que o indivíduo não será privado de tal direito fundamental, havendo apenas uma restrição momentânea.

Além disso, dessa forma é garantida à segurança pública da coletividade sem privar o indivíduo do direito de informação para o exercício do contraditório. Noticiar qualquer ato investigatório imediatamente ou antecipadamente geraria graves prejuízos ao direito à segurança pública. Nesse sentido já se posicionou o professor Renato Silvestre Marinho ao tratar da necessidade de ciência dos atos investigatórios ao investigado e a seu defensor técnico:

Além disso, sempre que houver violação ou risco de violação direta a direito fundamental (liberdade de locomoção, intimidade e propriedade, p. ex.), o investigado também deve estar obrigatoriamente assistido pela defesa técnica. Não há como se conceber uma persecução penal democrática quando um indivíduo submetido a violação ou mitigação de um direito fundamental não possuir a assistência de um profissional tecnicamente habilitado para a defesa de seus direitos.

Assim, antes da decretação da quebra do sigilo bancário ou fiscal, por exemplo, deve o juiz intimar o indivíduo afetado para se manifestar através de sua defesa técnica, de modo a exercer o contraditório e influenciar a decisão judicial.

Nos casos em que a prévia ciência do investigado e a seu defensor puder resultar em ineficácia da medida (interceptação telefônica e telemática, busca e apreensão, p.ex.), a intimação deve ser realizada tão logo seja completada a

⁸² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

diligência investigatória, possibilitando ao defensor conhecer e, eventualmente, reagir através dos meios jurídicos adequados. Parece ser esta a lógica adotada, por exemplo pela Lei nº 12.403/2011, que criou o §3º do art.282 do CPP para estabelecer o contraditório prévio como regra para a decretação de medidas cautelares, ressalvados os casos de urgência ou de perigo ou ineficácia da medida⁸³.

Os professores Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna dissertando sobre medidas cautelares tem um posicionamento muito parecido e lecionam:

Não raramente, para o êxito de tais medidas, o contraditório necessariamente deverá ser postergado, não havendo falar, nessas hipóteses, em qualquer inconstitucionalidade, já que o momento adequado será oportunizado referido direito. Com isso, não há falar em violação ao princípio do contraditório, sendo proporcional postergar a ciência da parte contrária a respeito da medida decretada, pois do contrário sua efetividade estaria comprometida. Assim, apenas se protraí a exigência da ciência e participação da parte contrária para outro momento o que não significa a completa eliminação de tal direito⁸⁴.

Acredita-se que a mesma sistemática exposta no excerto acima possa também ser utilizada para todos os atos da investigação criminal.

No entanto, esse não é o posicionamento dos professores Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna em relação aos elementos de informação produzidos durante a investigação preliminar. Eles apontam diversos argumentos para não aplicação contraditório à investigação criminal como: 1) a Constituição somente trazer a obrigatoriedade do contraditório para os processos, sendo desnecessária em procedimentos; 2) ausência de acusação na investigação tendo em vista que o indivíduo é objeto de uma investigação e não sujeito de um processo; 3) instrumentalidade da acusação; e 4) inquisitorialidade do inquérito policial⁸⁵.

No mesmo sentido é a defesa do professor Antônio Scarance Fernandes:

Só se exige a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigatória. É o que se extrai do art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Ao mencionar o contraditório, impõe seja observado em processo judicial ou administrativo, não estando aí abrangido o inquérito policial, o qual constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo⁸⁶.

Discorda-se desse posicionamento tendo em vista que quanto mais os direitos fundamentais sejam aplicados durante toda a persecução penal, inclusive na fase pré-

⁸³ MARINHO, Renato Silvestre. Presença do Defensor na Investigação Preliminar: Incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 443.

⁸⁴ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 172-177.

⁸⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 67.

processual, mais esta será democrática e justa. Nessa toada são os dizeres do professor Guilherme de Souza Nucci:

Há princípios e regras, constantes do art. 5º da Constituição Federal, considerados não prevalentes, como ocorre com o contraditório. É certo que este princípio é aplicável tanto à acusação quanto à defesa, mas não se pode perder de vista sua inserção em ambiente de direitos e garantias humanas fundamentais, ou seja, constitui parte dos instrumentos defensivos do indivíduo contra a força estatal.

Garante-se o contraditório para a obtenção de um processo justo e ético⁸⁷.

No mesmo sentido é o posicionamento do professor Rogério Lauria Tucci, o qual defende expressamente a aplicação do princípio do contraditório à investigação criminal⁸⁸.

Além disso, enfrentando os argumentos expostos pelos autores que defendem a não aplicação do contraditório à investigação preliminar, é preciso anotar que o fato da Constituição Federal não prever a obrigatoriedade do contraditório em procedimentos, prevendo-o somente para processos de qualquer espécie, não deslegitima ou impossibilita sua aplicação também aos procedimentos extrajudiciais.

O contraditório somente robustece a investigação criminal. Dizer que não há acusação ou até mesmo que não há litígio durante a investigação e, por isso, o contraditório não seria aplicável aos procedimentos apuratórios é algo um tanto falacioso, uma vez que a investigação tem diversos atos deletérios ao indivíduo e, estes atos, se feitos de forma açodada ou sem fundamento, como a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a identificação criminal ou a busca e apreensão, institutos que podem não ser considerados acusação, mas, com certeza, geram consequências graves e que ensejam a apresentação de defesa. Seria absurdo privar o indivíduo de exercer o contraditório nesses momentos alegando apenas que não há acusação ou litígio na investigação.

Acrescente-se que se a investigação é instrumental, é preciso ter em mente que esta serve não só à acusação mas também tem utilidade para subsidiar a defesa e o julgador, possibilitando inclusive o arquivamento do procedimento ou ainda para que o juiz possa fundamentar a absolvição sumária do investigado. Além disso, conforme previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal, a decisão judicial pode ser fundamentada em elementos produzidos durante a investigação⁸⁹. Referido artigo somente impõe a limitação de que a

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 402.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159-162.

⁸⁹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

decisão não pode se basear, exclusivamente, nos elementos colhidos durante a investigação. Dessa forma, considerando que os elementos colhidos durante a investigação podem amparar uma decisão judicial, mesmo que de forma não exclusiva, é adequado que tais elementos sejam submetidos ao contraditório. E, por fim, a inquisitorialidade da investigação criminal, por si só, não impossibilita o contraditório quando haja possibilidade de compatibilidade entre ambos.

Assim, no mais das vezes, crê-se que, quando não haja a instauração do procedimento em estado flagrancial, o melhor é que o investigado seja informado da investigação apenas quando houver um indiciamento em seu desfavor, ou seja, uma concentração dos atos investigatórios sobre esse indivíduo que é apontado como provável autor da conduta criminosa ou ainda quando esse indivíduo for intimado para ser interrogado e, não necessariamente no início da investigação até mesmo pelo fato de que são necessárias diligências iniciais para apontamento de uma autoria provável. Não faria muito sentido já comunicar a existência de uma investigação quando não há qualquer elemento indiciário ou quando há fracos elementos sobre a provável autoria.

O primeiro elemento – informação é o que possibilita a existência do segundo elemento – contradição. Ora, não há nenhum sentido em informar o indivíduo que há uma investigação ou um processo em tramitação em que este é envolvido se não houver a possibilidade desse indivíduo em contradizer a imputação, as provas ou os elementos de informação já produzidos.

Essa oportunidade para contradição deve ser real, demandando que o responsável pela investigação ou magistrado responsável pelo processo conceda prazos, meios investigativos como nomeação de peritos e todo o suporte necessário para que os envolvidos possam contradizer a imputação que lhes é feita.

O terceiro elemento é a possibilidade de influência do julgador. De nada adiantaria a informação e a possibilidade de contradição sem que a resposta apresentada pelo indivíduo ou pela parte fosse, de fato, apta a influenciar a decisão do julgador. Nessa hipótese, sem a possibilidade de influência, haveria apenas um contraditório aparente. Assim leciona o professor André Luiz Nicolitt: “Não basta que as partes falem no processo, é preciso que elas sejam ouvidas”⁹⁰.

Esse tripé informação, contradição e influência é imprescindível para o princípio do contraditório. Qualquer falha desses elementos gerará um contraditório deficiente. E,

⁹⁰ NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

importante lembrar que todos são aplicáveis durante a investigação, especialmente a contradição e a influência. Somente a informação é que poderá ser postergada gerando o que é denominado de contraditório diferido.

Como corolário lógico do princípio do contraditório, surge o princípio da paridade de armas. Não há como dizer que há contraditório equilibrado e efetivo se uma das partes se sobrepõe à outra. As partes devem estar em igualdade de condições materiais e processuais, ostentando os mesmos poderes instrutórios processuais para possibilitar o exercício de fato do contraditório.

A paridade de armas é que possibilita o contraditório e não o inverso e, aquela se fundamenta na ideia central de igualdade entre as partes, além de trazer algumas bases mínimas para sua existência durante toda a persecução penal. O professor Renato Stanzola Vieira, dissertando sobre o Tribunal Penal Internacional de Ruanda e o Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia, ensina as bases mínimas da paridade de armas:

De toda forma, os dois tribunais (Ruanda e Iugoslávia) especificam o princípio da igualdade de armas em questões afetas ao regime de provas na medida em que colocam *no mesmo pé* a acusação e a defesa.

Os principais aspectos perceptíveis a partir das regras de prova que cada um deles tem e que podem ser lembrados como indicativos da paridade de armas são: vedação às vantagens probatórias da acusação (ICTY, regra 41 e 66; ICTR regras 66 a 68); direito de defesa por advogado na fase investigativa (ICTY, regra 42; ICTR, regra 45); direito de audiência pública (ICTY e ICTR, regra 78); direito do acusado de testar a prova acusatória e apresentar suas próprias testemunhas (ICTY e ICTR, regra 85); presunção de inocência (ICTY e ICTR, regra 87) e direito de se proteger contra a autoincriminação (ICTY e ICTR, regra 90)⁹¹.

Destaca-se do exposto acima, a importância da vedação às vantagens da acusação e o direito de defesa técnica durante a investigação, os quais estão diretamente relacionados à fase investigativa, deixando evidente que a paridade de armas deve estar presente inclusive na fase investigativa pré-processual.

A chance de contradizer as informações, os elementos de prova e tudo que foi produzido no processo e na investigação, deve estar presente desde o primeiro momento em que há uma definição da autoria de uma possível infração penal com o intuito de dar a igualdade das partes e possibilitar o contraditório real. Assim escreve o professor Renato Stanzola Vieira:

Paridade de armas no processo penal é a igual distribuição durante o processo penal – desde a sua fase pré-judicial até a executiva aos envolvidos que defendem interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de

⁹¹ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 190-191.

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

Sempre que houver contraposição de interesses no processo penal na medida do justificável a partir da igualdade de aptidão para que a acusação e a defesa explorem todos os argumentos possíveis para o convencimento de suas razões perante um órgão imparcial⁹².

A paridade de armas, baseada na igualdade, possibilitará o exercício do princípio do contraditório e ambos reunidos resultarão na faculdade de exercício da ampla defesa do investigado, próximo princípio igualmente aplicável à investigação preliminar.

A ampla defesa, apesar de estar prevista na Constituição Federal no mesmo inciso que o princípio do contraditório, com este não pode ser confundido⁹³. O contraditório já foi devidamente exposto acima. Agora se faz apropriado apresentar a ampla defesa e como esta pode ou deveria ser aplicada na fase investigativa da persecução penal.

O direito de defesa está umbilicalmente ligado ao direito natural, especialmente ao direito natural de liberdade. O direito de defesa é inato ao ser humano, instintivo e pode ser observado até mesmo em outras espécies de animais.

A defesa nada mais é do que a busca pela sobrevivência. E, como tal, deve ser exercida da forma mais ampla possível, seja na forma física como em sociedades primitivas ou de forma mais elaborada dentro de um ordenamento jurídico como, por exemplo, quando o legislador estabelece excludentes de ilicitude tais como a legítima defesa e o estado de necessidade, institutos que representam nada mais do que formas instintivas de autotutela com o fim de garantir a vida ou integridade física própria ou de terceiro respaldadas em normas jurídicas.

Do mesmo modo ocorre com a defesa processual ou pré-processual durante a persecução penal. É apenas o ser humano exercendo seu direito natural de busca pela sobrevivência e pelas melhores condições de vida, um meio de não ser encarcerado, de não sofrer uma sanção imposta pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, não há qualquer motivo para que não haja ampla defesa durante a investigação preliminar tendo em vista os direitos que podem ser restringidos durante uma investigação tais como a liberdade, a intimidade e a propriedade. Tampouco há motivos para restrição da ampla defesa durante a investigação preliminar. A ampla defesa deve ser facultada ao indivíduo desde o momento em que este seja apontado como autor do delito.

⁹² VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 236.

⁹³ “Artigo 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Trecho disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2024.

De acordo com o artigo 8º, nº 2, alínea “d” do Pacto de San José da Costa Rica dispõe: “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;”⁹⁴. Ficam evidentes dois elementos de acordo com a redação dessa norma exposta acima, a autodefesa e a defesa técnica exercida por um defensor.

A doutrina, do mesmo modo, elenca esses dois elementos mencionados acima para existência da ampla defesa, a autodefesa e a defesa técnica. Nesse sentido ensinam os professores Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna conforme excerto abaixo:

Inerente ao contraditório é a ampla defesa. Por esse princípio, as partes ou os interessados na administração da justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à autodefesa quanto a defesa técnica por um advogado habilitado e, também, o direito a não ser prejudicado em seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações⁹⁵.

A autodefesa é aquela exercida pelo indivíduo, direito disponível, constituindo verdadeira faculdade do indivíduo o seu exercício ou não, sendo impossível obrigar qualquer indivíduo a se defender, pois violaria seu próprio direito de liberdade. A autodefesa independe de um defensor constituído e compreende o direito de presença do indivíduo nos atos investigatórios ou processuais e o direito de se defender pessoalmente de qualquer ato praticado em seu desfavor. A autodefesa deve ser disponibilizada ao indivíduo para qualquer ato que lhe possa trazer prejuízo.

A defesa técnica, de outro lado, é a exercida por um profissional técnico habilitado para exercer tal múnus, notadamente advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil ou defensores públicos. E essa defesa técnica deve ser eficiente e de qualidade técnica apropriada, devendo o juiz zelar pela efetiva defesa do indivíduo. A defesa técnica é obrigatória e sequer pode ser deficiente, sob pena de gerar nulidade dos atos processuais praticados sem a devida qualidade técnica. Nesse sentido dispõem os artigos 185, 261 e 497, inciso V, todos do Código de Processo Penal e a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal⁹⁶.

⁹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 28 maio 2024, p. 1.

⁹⁵ BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

⁹⁶ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.
Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Evidentemente, a ideia de defesa compreende a contraposição à um ataque, a possibilidade, ainda que mínima, de aplicação de uma eventual sanção, o cerceamento de um direito. Não haverá defesa sem que haja, no mínimo, a possível restrição ou violação de um direito. A defesa, caso não houvesse a parte contraposta, não seria de fato uma defesa. Para que ela exista, é necessária uma contraposição, algo que possa configurar algo semelhante à um ataque, como um elemento de informação, um indício que seja, em desfavor do indivíduo pois, em caso contrário, essa defesa careceria de interesse de agir.

Dessa forma, para que um indivíduo possa exercer a defesa na fase da investigação, a qual tem uma função apuratória e preservadora, além da investigativa, obrigatoriamente deve existir uma indicação de que o indivíduo seja o possível ou provável autor do delito. Deve haver um indiciamento, o qual é ato privativo do Delegado de Polícia em que mediante um despacho fundamentado concentra as investigações sobre um indivíduo e o indica como provável autor dos fatos investigados conforme explica o professor André Augusto Mendes Machado: “É inegável que o indiciamento é um ato de extrema relevância para o imputado, pois é a partir dele que o sujeito passivo torna-se detentor de direitos e deveres no inquérito policial”⁹⁷.

Ou, no mínimo, deve haver um interrogatório ou até mesmo um depoimento na condição de testemunha que possa produzir elementos em desfavor do depoente e possa torná-lo um possível investigado. O professor Renato Silvestre Marinho, analisando o PL nº 8.045 de 2010 (Projeto do Novo Código de Processo Penal), disserta:

Segundo o projeto, “para todos os efeitos legais, caracteriza-se a condição jurídica de ‘investigado’ a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação”⁹⁸.

E, além disso, deve haver alguma atividade investigativa já confeccionada, ou seja, atividade investigatória que já teve seu procedimento finalizado que ligue o indivíduo ao fato

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Art.497, inciso V do CPP: V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;

Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu.”

⁹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 93.

⁹⁸ MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 440.

criminoso, seja a oitiva de testemunhas, a juntada de um documento, foto, vídeo ou até mesmo uma mera portaria inaugural apontado o indivíduo como possível autor da infração penal. Nesse sentido, andou muito bem o Supremo Tribunal Federal ao estabelecer a Súmula Vinculante nº 14, a qual dispõe:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa⁹⁹.

No mesmo rumo, o legislador já editou a lei 13.245 de 2016, a qual alterou o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, acrescentando o inciso XXI ao artigo 7º do referido diploma legal, dispositivo legal que possibilitou que os advogados assistam seus clientes durante a investigação apresentando, inclusive, razões e quesitos em relação aos interrogatórios ou depoimentos sob pena de nulidade absoluta¹⁰⁰.

Isso deixa evidente a faculdade do indivíduo para exercer o seu direito de defesa técnica durante a investigação e que o legislador inclusive já superou a ideia de que não há ampla defesa ou contraditório no inquérito policial e também que o desrespeito aos procedimentos durante a investigação policial não geraria nulidades em razão do inquérito policial ser inquisitorial. O professor Renato Silvestre Marinho dissertando sobre as mudanças trazidas pela lei 13.245 de 2016 expõe:

A segunda e mais importante mudança se deu com a inclusão do inciso XXI, que estabeleceu *o direito do defensor a assistir a seu cliente durante toda a fase preliminar*, sendo que, quando se cuidar especificamente do interrogatório ou depoimento de qualquer pessoa (co-investigados, testemunhas, peritos etc.), a negativa a tal direito acarreta a nulidade direta ou indiretamente. No mesmo inciso, cuidou-se de assegurar ao defensor, pela primeira vez, não apenas o *direito de presença*, mas igualmente o *direito de participação ativa* na investigação, com a possibilidade de apresentação de razões e de formulação de quesitos.

Trata-se, por certo, do início de verdadeira mudança de paradigma no âmbito da investigação preliminar brasileira. Finalmente resta estabelecido um regime jurídico que não considera o advogado como um mero obstáculo ao sucesso da persecução penal, mas sim como importante profissional que concretiza a defesa técnica, atuante para a garantia de direitos fundamentais a um “sujeito de direitos”, não a um “objeto”.

⁹⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula vinculante 14-STF**. Manaus: Buscador Dizer o Direito, 2024. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c922de9e01c8a8a4684f6c3471130e4c>. Acesso em: 20 maio 2024.

¹⁰⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm. Acesso em: 21 maio 2024.

Ao mesmo tempo, verifica-se, ao menos nesta matéria, a superação do antigo chavão no sentido de que “as nulidades da investigação não contaminam a ação penal”, tantas vezes repetido irrefletidamente na tentativa de legitimar as mais variadas arbitrariedades¹⁰¹.

Acredita-se ainda que a oitiva do investigado antes da conclusão da investigação preliminar é imperativa para que o indivíduo possa exercer a autodefesa. Esse exercício da autodefesa somente deveria ser mitigado diante do investigado estar foragido ou ainda quando manifestar de forma expressa ou tácita que não deseja apresentar sua versão durante a investigação, por exemplo, quando devidamente intimado deixar de comparecer ao ato.

O professor João Victor Esteves Meirelles, com fulcro no artigo 41 da Carta de Direitos da União Europeia, defende que a oitiva do investigado antes da exordial acusatória, ou seja, durante a investigação preliminar é um direito fundamental subjetivo do acusado, conforme o excerto abaixo:

A despeito do ordenamento jurídico pátrio não prever de forma expressa que o interrogatório em sede de investigação seja um direito fundamental, resta evidente que este ato, assim como no ordenamento dos países que compõem a União Europeia, trata-se de um direito fundamental subjetivo do averiguado, que não pode ser dispensado sem fundamentação, no qual deve ser dado acesso ao conteúdo da investigação¹⁰².

O segundo elemento da ampla defesa que deveria estar presente durante a investigação preliminar é a obrigatoriedade da notícia da conclusão da investigação à defesa técnica para que possa exercer o direito de defesa do investigado e esteja em paridade de armas com a acusação, a qual é a destinatária natural do caderno apuratório. Dessa forma, além de enviar a o inquérito policial ao ministério público, o responsável pela investigação deveria enviar uma cópia da investigação ao defensor constituído ou à defensoria pública, caso não haja um defensor constituído. Assim, com a obrigatoriedade do interrogatório (autodefesa) e remessa do caderno apuratório ao defensor (defesa técnica) estariam preenchidos os dois elementos formadores da ampla defesa de forma mínima.

Pelo exposto, é possível afirmar que a autodefesa não pode ser limitada durante a investigação criminal, devendo ser possibilitada, incentivada e exercida de forma ampla a cumprir o mandamento constitucional, somente podendo ser limitada pela vontade do próprio indivíduo, quando este não quiser exercer o seu direito de autodefesa ou ainda quando a conduta

¹⁰¹ MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 438-439.

¹⁰² MEIRELLES, João Victor Esteves. A obrigatoriedade de realização do interrogatório antes do oferecimento da exordial acusatória na seara penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 314.

do indivíduo ao se defender configurar uma infração penal como, por exemplo a infração penal prevista no artigo 312 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁰³, ou ainda o crime de Coação no Curso do Processo previsto no artigo 344 do Código Penal¹⁰⁴.

Por fim, é preciso verificar a distribuição do ônus da prova no processo penal para entender a importância de uma investigação que colha elementos informativos de forma imparcial com o intuito de subsidiar a acusação e defesa cumprindo dessa forma a paridade de armas e, compreender que a ideia da distribuição do ônus da prova no processo penal influenciou a concepção mais clássica de inquérito policial como um procedimento investigativo inquisitório destinado apenas a subsidiar apenas a acusação, o que está em contraposição à ideia de um processo penal constitucional.

O ônus da prova pode ser definido como o encargo, a incumbência da parte de provar sua alegação para que tenha êxito ao final da lide processual. Não pode ser considerado dever ou obrigação tendo em vista que seu descumprimento não gerará qualquer sanção. A obrigação, uma vez descumprida, pode gerar uma sanção ou uma execução forçada e isso não pode ocorrer de forma alguma com o ônus probatório. O ônus deve ser considerado como a chance de provar algo para que sua tese seja acolhida pelo julgador. Assim, a parte que não se desincumbir de seu ônus estará perdendo a chance de influenciar o julgador em sua decisão, mas nunca haverá sanção ao réu ou à acusação caso não o faça. O que há de mais próximo à uma sanção, caso a parte não exercite a sua incumbência de provar algo, é a tese da outra parte prosperar.

Na sistemática processual penal, o ônus da prova, em razão dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, deve ser todo da acusação. A acusação deve trazer todo o subsídio probatório da versão narrada na peça acusatória. Caso assim não o faça, não terá se desincumbido de seu ônus probatório e a dúvida ou a falha será apreciada em favor do réu.

Não é mais possível defender o posicionamento ainda existente na doutrina, baseado numa interpretação literal do artigo 156 do Código de Processo Penal e com influência da sistemática do processo civil, de que caberia ao réu o ônus de provar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, como sustenta o professor Adalberto José Q. T. de Camargo

¹⁰³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

¹⁰⁴ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

Aranha: “Ao acionado penalmente, em favor de quem milita a presunção relativa de inocência, cabe o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos”¹⁰⁵.

No processo penal, a sistemática de que cabe a quem alega o ônus da prova não se harmoniza com a presunção de inocência e com o princípio do *in dubio pro reo* tendo em vista que a dúvida milita em favor da versão apresentada pelo réu.

Com muito mais razão diante do valor que está em jogo – a liberdade, não se pode presumir qualquer prova ou aplicar qualquer sanção ao indivíduo caso este permaneça inerte, por exemplo, utilizando de seu direito ao silêncio como uma estratégia processual. Isso significa que, sequer as provas ou elementos de informação relativos a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos como a prescrição, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade alegadas pelo indivíduo devem recair sobre a defesa. E tal sistemática deve valer, inclusive, para a fase pré-processual.

Ora, se o indivíduo é inocente até que haja uma condenação com trânsito em julgado em seu desfavor e que qualquer dúvida milita em seu benefício, gerando a absolvição do indivíduo, não cabe obrigar o réu ou o investigado o dever de produzir qualquer elemento de informação ou prova. Assim leciona o professor Aury Lopes Júnior:

É importante recordar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Infelizmente, é comum nos depararmos com sentenças e acórdãos que fazem uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse de provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente. É um erro. Não existe uma “distribuição”, senão que a carga probatória está inteiramente nas mãos do Ministério Público.

O que podemos conceber, indo além da noção inicial de situação jurídica, é uma assunção de riscos. Significa dizer que à luz da epistemologia da incerteza que marca a atividade processual e o fato de a sentença ser um ato de convencimento (como explicaremos a seu tempo), a não produção de elementos de convicção para o julgamento favorável ao seu interesse faz com que o réu acabe potencializando o risco de uma sentença desfavorável. Não há uma carga para a defesa, mas sim um risco. Logo, coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa.

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. No processo penal, a atribuição da carga probatória está nas mãos do acusador, não havendo carga para a defesa e tampouco possibilidade de o juiz auxiliar o MP a liberar-se dela (recusa ao ativismo judicial).

¹⁰⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13.

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável¹⁰⁶.

Evidentemente, se a acusação conseguir comprovar a autoria e materialidade de um delito e a defesa alegar uma excludente de ilicitude, por exemplo, caberá a acusação demonstrar a ausência da excludente de ilicitude de forma objetiva, tendo em vista que dados subjetivos são de difícil valoração. Assim, quando houver uma alegação de que o indivíduo agiu com culpa e não de forma dolosa, serão os dados objetivos que respaldarão a tese defensiva ou a tese acusatória, uma vez que não é possível ingressar no âmago do indivíduo apontado como autor do delito para verificar se este agiu com dolo ou culpa.

A ideia de que o ônus da prova é prioritariamente ou exclusivamente da acusação, não havendo distribuição do ônus da prova, gera uma confusão doutrinária e até mesmo jurisprudencial.

Essa confusão consiste na ideia de que a investigação preliminar somente serve para subsidiar a acusação. Presume-se, portanto, que, se é a acusação que tem que provar a autoria, materialidade e as circunstâncias do crime, qualquer elemento deve ser produzido e pensado unicamente para subsidiar a acusação, devendo-se esquecer eventuais elementos que favoreçam a defesa e que possa amparar eventuais teses defensivas.

Os elementos que podem subsidiar a defesa são relegados para uma esfera inferior. Isso deturpa toda a ideia apuratória da investigação preliminar. Sob essa perspectiva, a investigação realmente é inquisitória, tornando-a monocular e parcial, servindo apenas para subsidiar a acusação e tratando o indivíduo como um “objeto” a ser investigado, o que não se coaduna com o processo penal constitucional.

O ônus probatório a cargo da acusação não significa que o indivíduo não possa colaborar ou se disponibilizar a produzir elementos em sua defesa, aumentando suas chances de êxito no processo. Muito menos que tal indivíduo possa buscar elementos que amparem sua versão ou contrariem a tese ministerial.

A possibilidade do indivíduo de produzir elementos de informação ou provas deve lhe ser garantida como forma de exercer o contraditório e a ampla defesa por meio da paridade de armas durante toda a persecução penal, inclusive na fase pré-processual.

¹⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book, p. 378.

Não é a pretensão desse trabalho esgotar a estrutura de um processo penal constitucional. No entanto, acredita-se que já foram expostos os contornos essenciais à pesquisa do instituto da investigação defensiva.

Pelo pesquisado, é oportuno dizer que a investigação preliminar pré-processual é muito relevante e que esta deve ser feita em consonância com os direitos fundamentais para que seja respeitado o processo penal constitucional.

No próximo capítulo é importante estudar as formas de investigação preliminar, especialmente o inquérito policial de maneira mais detida, para analisar os problemas atuais existentes em referido instituto e procurar avanços possíveis.

3 DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Num conceito próprio, elaborado para esse trabalho, a investigação preliminar pode ser conceituada como: conjunto de atos, diligências, perícias e a coleta de informações realizadas durante a fase pré-processual da persecução penal e que tem por objetivo apurar se um fato apontado como criminoso é realmente um fato típico, comprovando sua materialidade e esclarecendo a autoria dessa possível infração penal, estabelecendo ainda as circunstâncias que orlam o fato criminoso, sempre preservando os direitos fundamentais dos envolvidos, especialmente daqueles apontados como autores do delito cometido, em tese.

Essas diligências servem para subsidiar as partes, acusação e defesa em seus pronunciamentos durante as fases extrajudicial ou judicial e também podem fundamentar as decisões do julgador sobre medidas cautelares com reserva de jurisdição como arresto, sequestro, prisões cautelares e até mesmo amparar uma eventual condenação, desde que essas diligências realizadas na investigação preliminar não sejam as únicas existentes no processo, conforme previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁰⁷.

Traçado esse conceito próprio do que seja a apuração preliminar com elementos julgados essenciais, faz-se oportuno trazer um conceito doutrinário atual para poder observar similitudes e diferenças conceituais. Abaixo está expresso o conceito do professor Sandro Lúcio Dezan:

A investigação criminal pode ser definida como a busca da elucidação dos fatos criminais, comportando o exame da verdade jurídica e razoável, aceitável como verdade real, sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas, envoltas da autoria e da materialidade da infração penal. Reflete a necessidade de pesquisa da verdade real e dos meios de poder prová-la em juízo, materializando, assim, o instrumento estatal aplicado à perquirição ativa da verdade criminal, com características, *preservadora* (obstativas de acusações infundadas) e *preparatória dos meios de prova* (com resposta cautelar imediata do Estado), como reflexo complementar da concepção de *realização da justiça penal*¹⁰⁸.

Prefere-se não utilizar a ideia expressa no conceito acima de busca da verdade real, tendo em vista que acredita-se que não é possível estabelecer a verdade real a partir de uma reconstrução do passado e, por isso, optou-se por reformular o conceito. Além disso, acrescentou-se a finalidade de todas as investigações que é justamente subsidiar todas as partes

¹⁰⁷ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 agosto 2024.

¹⁰⁸ DEZAN, Sandro Lucio. Prólogo sobre a investigação criminal e sua teoria comum. O inquérito policial como fase do processo criminal. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (org.). **Temas atuais de polícia judiciária**. 2. ed. rev. aum. atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 28

do processo em seus pronunciamentos judiciais e extrajudiciais e ressaltou-se a importância da preservação dos direitos fundamentais dos envolvidos na apuração preliminar.

Para os professores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, a investigação preliminar pode ser conceituada como:

Concluindo, a partir da análise de definições legais, podemos conceituar a investigação preliminar como *o conjunto de atividade realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a parti de uma notícia-crime ou atividade de ofício, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)*¹⁰⁹.

Para o professor André Augusto Mendes Machado, o conceito de investigação preliminar é:

Nesse passo, 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 a finalidade de reunir elementos materiais relacionados ao possível ilícito penal¹¹⁰.

Foram expostos apenas alguns conceitos considerados mais completos, modernos e em mais consonância com este trabalho. Mesmo com essa pequena quantidade de conceitos, vê-se a diversidade deles e a divergência das características apresentadas por cada autor.

Fato é que a investigação preliminar precisa ser muito bem compreendida e estudada, uma vez que a maioria dos processos penais brasileiros são precedidos de uma investigação preliminar e isso é salutar para preservação dos direitos fundamentais. E, opinando pela importância da investigação preliminar, expõe o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

A instrução preliminar é uma “instituição indispensável à justiça penal”. Seu primeiro benefício é “proteger o inculcado”. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidas a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo que não gera graves presunções. E assim se forma o processo preparatório, como base do juízo de primeiro grau¹¹¹.

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90-91.

¹¹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

¹¹¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 11.

Acrescente-se que boa parte das provas produzidas em juízo são apenas uma ratificação do que é confeccionado durante as apurações realizadas na fase pré-processual. Além disso, uma apuração preliminar feita de forma cuidadosa pode evitar processos temerários, açodados ou sem a justa causa necessária.

Nesse sentido são os dizeres do professor Renato Silvestre Marinho:

O produto final da investigação servirá, inicialmente, para formar a *opinio delicti* do acusador (Ministério Público ou vítima), fundamentar pedidos e decretos de medidas cautelares, e para legitimar o início ou não de uma ação penal. Sob uma perspectiva democrática, pode-se dizer que a investigação preliminar surge como um primeiro instrumento de contenção e limitação ao poder punitivo penal, evitando-se acusações arbitrárias, temerárias e infundadas.

Necessário observar, todavia, que no sistema processual brasileiro, os elementos colhidos na investigação permanecem com elevado valor probatório durante toda a ação penal, servindo de referência para o desenvolvimento de toda a instrução probatória, sendo possível, inclusive, fundamentar uma sentença condenatória unicamente em tais elementos, desde que sejam cautelares, não repetíveis ou antecipados. Afigura-se, pois, inegável a relevância da investigação preliminar o *status libertatis* do indivíduo, em qualquer fase da persecução penal¹¹².

Há inúmeras formas de realização da investigação preliminar que podem ser conduzidas por diversos órgãos, como por exemplo a polícia civil ou polícia federal quando realizam o inquérito policial, o PIC – Procedimento Investigatório Criminal confeccionado pelo Ministério Público; o Inquérito Policial Militar para apurar crimes militares, o qual é realizado por oficiais da polícia militar e também os procedimentos dirigidos pelo COAF e as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Fato é que sempre houve uma forma de investigação preliminar no processo penal brasileiro. Assim expõe a professora Marta Saad:

A persecução penal prévia e suas variantes, tais como o sistema, a denominação, os atos e a forma dos atos que a compõem, o órgão que a executa, o grau de cognição, a menor ou maior possibilidade de participação do sujeito, diferem no tempo e no espaço.

Sempre houve, no direito brasileiro, alguma forma de apuração preliminar ou prévia, constituindo a primeira fase da persecução penal¹¹³.

¹¹² MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 430.

¹¹³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

Existem também os processos administrativos instaurados pela Receita Federal e pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entre outros, os quais não são propriamente uma investigação preliminar, mas que podem servir para fundamentar uma denúncia e manifestações posteriores do Ministério Público, os pronunciamentos da defesa e o julgamento do magistrado em um processo penal em que são apuradas infrações penais tributárias, financeiras ou contra a ordem econômica.

Enumerando as diversas formas de investigação preliminar em nosso ordenamento jurídico e destacando que o inquérito policial é a principal delas, leciona o professor Renato Silvestre Marinho:

Antes praticamente reservada às Polícia Civil e Federal, em Inquéritos Policiais (I.P.), hoje é cada vez mais comum a investigação criminal em órgãos como o Ministério Público – através de Procedimentos Investigatórios Criminais (P.I.C.) – e as câmaras legislativas – por meio de Comissões Parlamentares de Inquéritos (C.P.I.).

Há, ainda, diversos tipos de investigações e procedimentos que, embora não possuam natureza propriamente criminal, podem ter como objeto fatos que apresentam relevância penal e, ao final, servir de suporte imediato ao oferecimento de uma denúncia criminal. São exemplos o inquérito civil (I.C.), o procedimento administrativo disciplinar (P.A.D.), o procedimento tributário administrativo (P.T.A.) e os procedimentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), do Banco Central do Brasil (BACEN), dos Tribunais de Contas estaduais (TCE) e da União (TCU.)¹¹⁴.

Demonstradas as formas da investigação preliminar, é pertinente estabelecer sua nomenclatura e nessa seara há diversas variações, tais como investigação preliminar, investigação prévia, instrução preliminar ou apuração preliminar.

Prefere-se o uso do subjetivo apuração ou investigação ao termo instrução. Apuração ou investigação traduz uma ideia de busca por algo que ainda não está definido, um exame para descobrir a veracidade de uma informação, uma busca dos fatos e de elementos para reconstruir da forma possível um eventual fato criminoso que ocorreu no passado e amparar as versões apresentadas pelos envolvidos. Instrução, de outro lado, é a nomenclatura utilizada para a coleta de provas realizada durante a fase processual. Assim, ao utilizar apuração ou investigação, evita-se a confusão com a produção de provas na fase processual, a qual é denominada de instrução.

¹¹⁴ MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 431.

Em relação ao momento em que ocorre, a maioria da doutrina utiliza um adjetivo (preliminar ou prévia), para demonstrar que essa apuração ocorre em um momento pré-processual.

É muito apropriado esse adjetivo indicativo do momento em que ocorre a apuração para deixar bem evidente que ainda não há um réu, não existe uma definição da autoria e reforçar que é uma fase anterior ao processo em que o indivíduo que pode ser apontado como possível autor da infração penal deve ostentar todos os direitos fundamentais, especialmente, a presunção de inocência durante essa fase apuratória.

Os professores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jabocsen Gloeckner preferem o vocábulo instrução mas expõem a necessidade de acrescentar o adjetivo preliminar conforme expõem no excerto abaixo:

Ao vocábulo instrução devemos acrescentar outro – preliminar – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo preliminar vem do latim – prefixo *pre* (antes) e *liminaris* (algo que antecede, de porta, de entrada) – deixando em evidência seu caráter de “porta de entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas.

Contudo, no Brasil, é tradicional o emprego de *investigação criminal*. A doutrina brasileira prefere utilizar investigação, reservando *instrução* para a fase processual. A nosso juízo, o termo *instrução* pode ser utilizado, desde que acompanhado do adjetivo *preliminar*, evitando, assim qualquer confusão com a instrução definitiva, realizada na fase processual¹¹⁵.

É importante consignar ainda a natureza jurídica da investigação preliminar. Esta pode ser variável de acordo com o órgão que realizará os atos e pela variação de formas aplicáveis em sua realização.

Atualmente, há uma discussão doutrinária no sentido de verificar se a investigação preliminar seria procedimento administrativo pré-processual ou procedimento judicial pré-processual a depender do órgão que o conduz, conforme lecionam os professores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner¹¹⁶. Seria procedimento administrativo pré-processual quando feito em órgão que não pertence ao Poder Judiciário e seria procedimento judicial pré-processual quando realizado por órgão interno do Poder Judiciário.

¹¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 91-95.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há órgãos judiciais com atribuição para realização da investigação preliminar. Dessa forma, as formas de investigação preliminar no Brasil seriam todas procedimentos ou processos administrativos pré-processuais.

Ocorre que, há diversas formas de realização da investigação preliminar e, para boa parte dos meios não há questionamento de que seja um processo administrativo como os processos administrativos do CADE, dos Tribunais de Contas da União ou dos Estados ou os processos administrativos confeccionados pela Receita Federal. A maior divergência surge em relação ao inquérito policial, o qual é a principal forma de realização da investigação preliminar. Entende-se que o inquérito policial também é um processo administrativo extrajudicial. No entanto, julga-se mais apropriada a discussão se o inquérito policial é processo administrativo ou apenas procedimento no capítulo relativo ao inquérito policial.

Dessa forma, entende-se que a investigação preliminar no Brasil, deve ser considerada como um processo administrativo extrajudicial, independente da forma ou órgão que a realize.

Obrigar que a investigação preliminar seja um processo administrativo trará maiores garantias ao indivíduo tendo em vista que, dessa forma, seria obrigatória a incidência do contraditório, da ampla defesa, duração razoável do processo e proibição da utilização de provas ilícitas, mesmo em casos de processos administrativos pré-processuais em razão dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal. O amparo ao indivíduo será maior caso seja obrigatória que as investigações preliminares sejam feitas por meio de um processo administrativo.

Pertinente, por fim, analisar a função da investigação preliminar no contexto de um processo penal constitucional.

Nesse aspecto, é de se ressaltar que a função da investigação preliminar não pode ser apenas a de reunir elementos que possam subsidiar a acusação com o intuito de fundamentar a denúncia, peça inaugural do processo penal.

Isso seria esquecer que o indivíduo que está sendo investigado, é um sujeito de direitos. Não se pode permitir que os envolvidos na fase extrajudicial da persecução penal sejam tratados apenas como objetos de direitos sem que seus direitos fundamentais sejam tutelados de forma efetiva.

Os envolvidos na investigação preliminar devem ser tratados como sujeitos de direitos e, por isso, as funções da investigação preliminar devem ser duas: apuratória e preservadora.

A investigação preliminar deve ter como função inicial a apuração dos fatos e suas circunstâncias. No entanto, a segunda função – preservadora -, é o diferencial de um modelo constitucional e acusatório de investigação preliminar. A investigação preliminar deve ter por

função preservar todos os direitos fundamentais dos envolvidos, especialmente daquele indivíduo apontado como possível autor da infração penal, evitando-se qualquer violência dos seus direitos fundamentais.

E, numa análise de qual das funções deve preponderar é possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que a função preservadora deve estar num patamar acima da função apuratória. A apuração dos fatos, por óbvio, deve ocorrer. No entanto, sempre que a apuração esbarrar com um direito fundamental do indivíduo, a apuração deve sucumbir.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a investigação preliminar é essencial para resguardar a ideia de um processo penal constitucional baseado na teoria do garantismo penal e, por isso, seu estudo não pode ser desprezado. Assim já se manifestaram os autores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner como no texto abaixo:

Por que analisar a investigação preliminar?

Porque o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista. Ela é uma peça fundamental para o processo penal e, no Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado (inquérito policial), tem sido relegada a um segundo plano¹¹⁷.

No entanto, é preciso repensar a investigação preliminar, em especial, o inquérito policial, aplicando uma visão garantista, partindo sempre dos direitos e garantias fundamentais para pautar todo o instituto e a atuação dos agentes públicos.

Apresentados os aspectos considerados fundamentais para compreensão geral de quaisquer das modalidades de investigação preliminar, faz-se oportuno analisar de maneira mais detida, o inquérito policial, o qual é a forma mais comum entre as investigações preliminares.

3.1 Do Inquérito Policial e seu Novo Paradigma

No Brasil, apesar de haver várias possibilidades de realização da investigação preliminar, a forma mais utilizada para realização dessa investigação é o inquérito policial, instituto que está previsto entre os artigos 4º e 23 Código de Processo Penal. Nesse sentido, lecionou o professor André Augusto Mendes Machado: “O inquérito policial, desde a sua

¹¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23.

positivação inaugural no direito brasileiro na segunda metade do século XIX, continua a ser o principal modelo legal de apuração de fatos criminosos”¹¹⁸.

A nomenclatura “Inquérito Policial” foi utilizada pela primeira vez no Decreto Regulamentar n.º 4.824 de 22 de novembro de 1871, apesar de sua utilização de maneira informal para apuração de infrações penais pelos Delegados e Subdelegados de polícia¹¹⁹.

A professora Marta Saad expõe o funcionamento do inquérito policial em sua origem:

Contudo, foi o Decreto 4.824/1871 que regulou a aplicação da Lei 2.033/1871, dedicando s Seção 3ª do Capítulo 3º ao inquérito policial. O decreto determina que os chefes, delegados e subdelegados de polícia deveriam, logo que lhes chegasse a notícia de algum crime, proceder às diligências necessárias à verificação deste (art. 38), por meio do exame de corpo de delito direto, exames e buscas para apreensão de instrumentos e documentos, inquirição de testemunhas, perguntas ao réu e ao ofendido e tudo o mais que pudessem ser útil ao esclarecimento do fato. (art.39). Dizia, ainda, que, se aparecesse a autoridade judiciária competente para a formação da culpa e investigasse o criminoso, a autoridade policial se limitaria a auxiliá-la, seja agindo ex officio, seja atendendo às requisições formuladas pela autoridade judiciária ou requeridas pelo promotor público (art. 40). Se a autoridade judiciária competente não comparecesse logo ou não instaurasse imediatamente o processo de formação da culpa, a autoridade policial deveria proceder ao inquérito policial (art. 41), consistente em todas as diligências necessárias ao descobrimento do fato criminoso, suas circunstâncias e seus autores, co-autores ou cúmplices, devendo ser reduzido a escrito (art. 42)¹²⁰.

O modelo atual de inquérito policial está previsto desde a introdução do Código de Processo Penal de 1941 em sua redação original, e não foi alvo de alterações significativas. Em razão da origem autoritária do Código de Processo Penal, a qual já foi exposta nesse trabalho, o inquérito policial funcionou, a princípio, como instrumento de dominação social em que eram aplicadas diversas normas autoritárias e que era visto apenas como um instrumento a serviço da acusação para buscar elementos informativos com o objetivo exclusivo de conseguir condenações, muitas vezes tratando o investigado como um objeto de direitos e dificultando ou impossibilitando a defesa.

Até os dias atuais, o inquérito policial ainda é o palco de perseguições e abusos. Contudo, essa situação melhorou após a promulgação da Constituição Federal e do aumento da aplicação dos direitos fundamentais.

Historicamente, poucos anos depois da promulgação do Código de Processo Penal, o Brasil passou por uma ditadura civil militar entre os anos de 1964 e 1985 e o já existente viés

¹¹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

¹¹⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Obra em processo penal**. Organização e notas de Maria Eugênia Gil. Prefácio de Antônio Sérgio Altieri de Moares Pitombo. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 347.

¹²⁰ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-53.

autoritário do processo penal e também do inquérito policial, proveniente da fase histórica de sua elaboração e promulgação, se consolidou e aumentou durante esse período ditatorial com ajuda das instituições policiais.

E é de se ressaltar que em razão da função de perseguidor, torturador e abusador exercida pelos corpos policiais durante toda a ditadura civil militar e que se replicou após o término desse período histórico, influenciando a cultura policial até os dias atuais, a investigação preliminar de forma geral e, em especial o inquérito policial, não foram objeto de discussões acadêmicas de forma vultosa e nem foram alvo do estudo necessário para o desenvolvimento e aprimoramento da fase pré-processual do processo penal.

No entanto, a falta de estudo sobre as instituições policiais e sua atuação administrativa ou como auxiliar do Poder Judiciário não é algo restrito ao Brasil. Sobre a falta de estudo sobre o que se denominada de direito policial, ensina Luigi Ferrajoli:

[...] O direito de polícia, porque direito inferior, ou pior, não direito, representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos. Manifesta-se, todavia, nessa matéria, uma espécie de esquizofrenia da ciência jurídica: tão atenta aos limites entre direito penal e administrativo, com respeito às contravenções e aos outros direitos de bagatela e, até mesmo, virtuosamente preocupada com as possíveis diminuições de garantias que se seguem à despenalização, quanto desatenta ou não responsabilizada com respeito ao grande universo das medidas policiais e administrativas da liberdade pessoal.

É difícil compreender esta negligência intelectual sem uma reflexão mais geral do ponto de vista político e sociológico da natureza jurídica. Parece-me que se pode individualizar, sumariamente, ao menos três razões. A primeira é uma bizarra hierarquia nobiliárquica estabelecida a partir do direito romano entre as diversas ordens e ramos dos estudos jurídicos: antes de todos o direito civil, depois o direito público, depois o penal e apenas por último o direito e a praxe de polícia, quase a dizer que, quanto mais o direito é contaminado pela violência e nele é difícil e incerta a legitimação, tanto menos será meritório de estudo e de reflexão teórica e axiológica. A segunda razão é um tipo de consciência cativa, e consiste no fato de que a polícia obsta pela sua natureza as bem delineadas formas constitucionais do Estado de direito – do princípio da legalidade à divisão dos poderes e à inviolabilidade dos direitos fundamentais – e não se apresentam de acordo com as doutrinas liberais democráticas dos fundamentos políticos do Estado moderno, dos quais assim revela as margens da inefetividade. Ao final, aquela transcuração é um sinal não reflexionado, mas inconfundível dos tratamentos de classe denominada cultura jurídica como daquela política: as medidas de polícia, especialmente aquela de prevenção e de ordem pública são, de fato, destinadas de forma prevalente aos que não se encontraram no exercício do poder e aos marginalizados – subtrabalhadores, prostitutas, vagabundos, ociosos, desocupados, subocupados, imigrantes e similares – de forma que o seu estudo resulta também por sua vez marginalizado dos tradicionais interesses acadêmicos. Por esta razão as medidas de polícia não se apresentam, a

diferença das medidas penais, nas estatísticas judiciárias e nas informações sociológicas, e não menos na reflexão teórica na análise doutrinária¹²¹.

Essa falta de discussão acadêmica gerou uma estagnação do inquérito policial e sua consequente defasagem em relação aos avanços normativos de outras áreas do direito e mesmo em relação ao processo penal, o que ajudou a produzir toda uma cultura retrógrada e até um acovardamento dos operadores do direito, os quais deixaram de raciocinar e empregar a codificação penal e processual penal em consonância com a Constituição Federal, especialmente, quando seria para conferir direitos aos investigados.

A constitucionalização do direito policial está ocorrendo de forma mais lenta do que nos outros ramos do direito e esse descompasso gera problemas interpretativos e antinomias aparentes.

E essa falta de estudo repercutiu inclusive na atividade prática e na cultura policial conforme expõe a professora Marta Saad:

A fase de investigação preliminar foi durante muito tempo esquecida pela doutrina. Poucos eram os trabalhos que se voltavam a analisar a primeira fase da persecução penal, sua importância, dificuldade e desafios. Isso, claro, repercutiu na própria prática da atividade, negligenciada e pouco prestigiada¹²².

Outro fator importante é a cultura policial vigente, fundada em hierarquia e disciplina severas que se assemelha com o militarismo que visa combater um inimigo e não fornecer segurança pública para a população. O investigado é tratado como um inimigo e não como um sujeito de direitos, titular de direitos fundamentais que pode ou não ser autor de um crime e que a função da polícia seria investigá-lo e não o acusar ou tratá-lo como condenado de plano.

Muito dessa compreensão do processo penal ocorre pelos próprios policiais estarem submetidos a essa cultura policial inquisitória, em que o papel do delegado de polícia e dos outros policiais seria de um justiceiro à mando da acusação com o objetivo de combater inimigos e não de apurar fatos.

É preciso alterar toda essa cultura inquisitorial. É imperioso que o inquérito policial seja pesquisado na academia e desenvolvido para que se torne um instrumento de persecução penal imparcial, democrática e constitucional.

Nesse sentido, é oportuno verificar o posicionamento tradicional da doutrina sobre o inquérito policial.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 708-709.

¹²² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 19.

O professor Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua Inquérito Policial como: “Inquérito Policial é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”¹²³.

E esses conceitos mais tradicionais em que o inquérito policial somente tem um viés inquisitório e com o fim exclusivo de subsidiar a acusação continuam sendo reproduzidos e são bem comuns até para doutrinadores mais modernos como, por exemplo, o conceito exposto por Renato Brasileiro de Lima:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação de fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo¹²⁴.

Os conceitos não trazem elementos importantes para o avanço do inquérito policial e nem para proporcionar sua compatibilidade com a Constituição Federal como a adequação do inquérito policial ao sistema processual acusatório, a discussão da natureza do inquérito policial, estabelecendo se este é um procedimento ou um processo administrativo. Também não há qualquer menção à função preservadora do caderno investigatório. E, por fim, a função apuratória é vista apenas com a finalidade de amparar a acusação, não havendo qualquer preocupação com subsidiar a defesa ou o julgador, deixando à margem qualquer preocupação com a imparcialidade que uma investigação deve ostentar para ser apuratória e preservadora ao mesmo tempo.

No que tange às funções do inquérito policial, preservadora e apuratória, não há como dissociá-las. O inquérito policial sempre deve ser conduzido com o a função de apurar o fato tido como criminoso, sem perder de vista a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos.

Dissertando sobre as funções do inquérito policial ensina a professora Marta Saad:

Imprescindível, portanto, a existência das duas fases no procedimento da persecução penal, a primeira delas dita persecução ou instrução, preliminar ou prévia, apresentando dupla função ou objetivo. O primeiro deles preservador, diminuindo, ou minimizando, acusações infundadas, temerárias e até

¹²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1. p. 198.

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 105.

caluniosas e evitando o custo de acusações inúteis. O segundo, preparatório, acautelando eventuais meios de prova¹²⁵.

Os direitos fundamentais de qualquer indivíduo que seja investigado, devem ser tutelados. Como dito no capítulo anterior, a função preservadora é justamente o diferencial da investigação criminal sob a perspectiva do Processo Penal Constitucional.

A função preservadora evitará abusos durante a investigação realizada dentro do inquérito policial. Além disso, funcionará como um verdadeiro filtro processual para barrar ações penais sem fundamento, o que geraria custos financeiros ao Estado e também evitaria o etiquetamento social dos processados, os malefícios que um processo penal pode gerar para um indivíduo.

A verdade é que a investigação e o processo já são, por si só, uma punição ao indivíduo.

E essa punição é ainda pior quando feita para um inocente, o qual não deveria ser punido de qualquer forma. Nos dizeres dos professores Ricardo Jacobsen Gloeckner e Aury Lopes Júnior: “Não é possível processar sem punir, tampouco punir sem processar”¹²⁶.

O professor Guilherme Madeira tem um exemplo muito ilustrativo do estigma social que um processo penal mesmo com absolvição poderia gerar para uma pessoa:

Ora, o processo penal é sancionatório em si mesmo, isso significa que o simples fato de alguém ser processado já traz para si uma mácula que o acompanhará para o restante de sua vida.

Normalmente, esta afirmação costuma causar perplexidade entre os estudantes, por isso proponho pequeno exercício mental para comprovar essa tese. Contudo, para que seja efetivo este exercício, o leitor deverá ser absolutamente honesto em sua resposta ao final.

Imagine o leito que esteja procurando uma babá para sua filha. Nenhuma babá parece agradar. Ora sua esposa não gosta dela, ora sua filha, o preço do salário está alto demais. Eis que surge uma babá perfeita. Salário bom, suas filhas e esposa adoram a babá, mas você fica desconfiado.

Acaba conseguindo ter acesso à folha de antecedentes desta babá e descobre que ela já foi processada por maus tratos contra criança, porém foi absolvida. A pergunta que faço ao leitor é: você contrataria essa babá?¹²⁷.

Em relação especificamente à função apuratória, esta deve ser feita com imparcialidade. A falta de imparcialidade existente no inquérito policial, pode ser uma consequência da falsa premissa de que a polícia está a serviço exclusivo da acusação. Aliás, essa sensação é algo comum e presente até mesmo no imaginário da população em geral e está inserta na cultura dos

¹²⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

¹²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

¹²⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 332.

próprios servidores dos corpos policiais. Nesse sentido são os dizeres dos professores Ricardo Jacobsen Gloeckner e Aury Lopes Júnior:

Nos sistemas de *instrução a cargo do promotor ou da polícia*, toda atividade realizada tem como destinatário imediato o acusador. Por isso, existe uma forte tendência de buscar a todo custo “municar” o titular da ação penal fazendo com que a instrução *seja uma via de mão única*. Nesse caso, pode-se afirmar que a instrução serve, em sentido estrito, quase que exclusivamente à acusação, pois se preocupa basicamente em buscar os elementos de cargo, fechando os olhos para os de descargo. Na prática, o material serve muito pouco à defesa¹²⁸.

Outra possível causa dessa falsa premissa de que o inquérito policial deva servir exclusivamente à acusação, pode ser a função simbólica do inquérito policial.

É inegável que a investigação preliminar conduzida pela polícia investigativa, diferentemente das outras modalidades de investigação preliminar, é tida como uma resposta imediata e direta ao crime, evitando a sensação de impunidade das condutas criminosas, o que contribui para acalmar a população, a qual acredita que a polícia investigava deva proporcionar justiça e não somente segurança pública diante de uma conduta criminosa que gerou desassossego e sentimento de insegurança.

Nesse sentido, uma função acessória da prisão cautelar durante a investigação, seria gerar uma sensação de segurança pública na população, o que não pode ser aceito. A liberdade num Estado Democrático de Direito é a regra e a prisão cautelar deve ser aplicada apenas de forma excepcional, de acordo com as hipóteses legais. A presunção de inocência e os valores constitucionais não impedem a possibilidade de uma prisão cautelar, contudo esta não pode ser feita a qualquer custo e sem previsão legal.

Para gerar essa sensação de segurança pública, a polícia faz o que os professores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner denominam de “espetacularização da prisão”. Nesse sentido, vale citar o excerto abaixo:

Há nitidamente uma confusão entre a política de segurança pública e a função investigatória, que não raras vezes se imiscuem no procedimento investigatório. A autoridade policial é levada a tratar o investigado como objeto de tutela da segurança pública, esquecendo-se de que durante o inquérito policial busca-se exclusivamente o apontamento de subsídios suficientes para, em juízo de probabilidade, superar a presunção de inocência e autorizar o juiz ao recebimento da denúncia. À autoridade policial não incumbe reforçar o sentimento de “segurança” coletiva, seja tratando obter provas a todo o custo – e, aqui, a utilização de tortura bem como do instituto

¹²⁸ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97-98.

da delação premiada corroboram o alegado -, seja espetacularizando a prisão¹²⁹.

E essa espetacularização que culmina na preferência de atendimento de casos específicos se acentua nas ocorrências que têm relevância midiática ou de fatos com grande interesse social.

Importante consignar que essa não é a função da polícia investigativa, a qual deveria apenas apurar os fatos criminosos sem dar preferência para casos que possam ter relevância midiática ou comoção social. No entanto, não é raro que os casos que possam gerar repercussão são priorizados.

A espetacularização da prisão contribui para que o delegado de polícia responsável adote um viés inquisitório e dê preferência para os elementos de prova que possam amparar a representação por prisões cautelares e consequente deferimento das medidas cautelares pelo Poder Judiciário.

Acrescente-se que, muitas vezes, esses delegados de polícia que realizam muitas operações e prisões, mesmo que de forma enviesada, são reconhecidos por essas prisões diante da cultura institucional inquisitorial e até mesmo promovidos por merecimento, o que reflete na questão salarial.

E um aspecto interessante para coibir essa espetacularização das prisões e o próprio viés inquisitório da função da polícia investigativa, seria que a polícia não mais detivesse legitimidade para representar por prisões cautelares, especialmente a prisão temporária e a prisão preventiva. Restaria apenas a possibilidade de a polícia investigativa realizar a prisão em flagrante.

A prisão em flagrante não interfere nessa espetacularização e nem na imparcialidade, uma vez que a prisão é o ato inicial que vai gerar a instauração do inquérito policial. E, além disso, a prisão em flagrante é facultada a qualquer do povo, sendo a polícia investigativa responsável por formalizar essa prisão.

O ideal seria apenas que o delegado de polícia responsável pela prisão em flagrante não fosse o mesmo delegado de polícia com atribuição para conduzir o restante da investigação. Dessa forma, a imparcialidade da equipe de investigação estaria mais bem amparada.

Contudo, o mesmo não ocorre nos casos da prisão temporária e da prisão preventiva. É preciso analisar cada uma delas para uma melhor compreensão dos motivos de não haver razão

¹²⁹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130.

para conferir legitimidade aos delegados de polícia representarem por essas modalidades de prisões cautelares.

A prisão temporária somente pode ser decretada durante a fase investigatória e substituiu a antiga prisão para averiguação, a qual não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 em razão da previsão do artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, dispositivo que vedou a prisão que não esteja em flagrante delito ou que não seja proveniente de uma ordem escrita e fundamentada do juiz competente¹³⁰.

O professor Guilherme de Souza Nucci faz um breve histórico da prisão para averiguação no trecho abaixo:

Antes da Constituição Federal de 1988, adotava-se, em meio à investigação policial, a chamada prisão para averiguação, representada pelo encaminhamento à força do suspeito à delegacia, visando-se à apuração da materialidade ou autoria de um delito. Cometido um crime grave, focava-se um suspeito e, para amealhar provas, dando-se alguma segurança às testemunhas do fato, prendia-se o indivíduo para averiguar o ocorrido, fazendo-o sem mandado judicial, nem tampouco a concretização do flagrante. Tratava-se de uma medida cautelar informal, mas admitida por parcela considerável da doutrina e da jurisprudência, sob a justificativa de agir a autoridade sob o manto do poder de polícia do Estado¹³¹.

Atualmente, essa conduta configuraria crime de abuso de autoridade caso fosse praticada por um agente estatal, de forma muito acertada, a propósito.

No entanto, o fim da prisão temporária é o mesmo da prisão para averiguação, qual seja, melhorar a investigação angariando elementos de prova que necessitem da participação do investigado. Nesse sentido, pontua o professor Guilherme de Souza Nucci: “Inaugura-se a fase da prisão temporária, cuja meta é assegurar a produtividade e a eficácia da investigação criminal”¹³².

O primeiro requisito legal para concessão da prisão temporária, conforme o artigo 1º, inciso I, da Lei de Prisão Temporária é: “I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”¹³³.

Veja-se que é uma prisão que somente pode ocorrer durante a fase investigatória e tem como característica a imprescindibilidade para a investigação. Contudo, qual seria a diligência

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2024.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a lei 12.402/2011. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-63.

¹³² *Ibid.*, p. 63.

¹³³ BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 11 dez. 2024.

policial que necessitaria da prisão do investigado para sua realização diante do direito de não produzir provas contra si mesmo? A resposta é simples, não há de fato qualquer diligência que necessite da prisão do suspeito para que possa ser realizada sem violar o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Ora, o investigado pode permanecer calado e não pode ser conduzido coercitivamente para ser ouvido. Nesse sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395¹³⁴.

Não há obrigatoriedade legal do suspeito fornecer sangue ou DNA, realizar exames e nem mesmo pode ser compelido a participar ativamente de qualquer diligência como reprodução simulada dos fatos ou reconhecimento de pessoas.

A professora Marta Saad aponta a dificuldade de se estabelecer quando a participação do investigado seria passiva e, portanto, permitida e quando seria ativa. A autora afirma que mesmo a participação passiva poderia violar o direito de não autoincriminação do investigado. Vale transcrever trecho da obra da professora Marta Saad:

Ademais, em diversas situações, há dificuldade prática em apartar qualitativamente a colaboração meramente passiva da cooperação ativa na obtenção da prova: “de fato, a distinção entre provas que necessitam de colaboração ativa ou passiva nem sempre é clara e taxativa. Por outro lado, a auto-incriminação não deixa de existir simplesmente porque o acusado se submete passivamente à produção de uma prova, embora contra sua vontade. Enfim, o critério referido não resolve definitivamente o problema em face da incidência do *nemo tenetur se detegere*.”

Desse modo, o acusado não pode ser compelido a participar de reconhecimento (art. 6º, VI, c.c. os arts. 229 e 230 do CPP), reprodução simulada dos fatos ou reconstituição (art. 7º do CPP), a fornecer material para a realização de exames periciais que exigem intervenções corporais (exame de sangue, teste de alcoolemia, de DNA), a fornecer material escrito para realização de exame grafotécnico, e “sendo a recusa um direito, obviamente não pode ao mesmo tempo ser considerada delito”¹³⁵.

Não há diligências que necessitem da presença do investigado caso este não queira participar e, muito menos diligências que tenham como requisito a prisão do indivíduo por determinado período.

E, muitas vezes, diante da lei não prever que para a decretação da prisão temporária seria necessária a comprovação de indícios de autoria, esta modalidade de prisão é utilizada

¹³⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Inconstitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f74a54f39b3123ad272ca0a06e7463f>. Acesso em: 12 dez. 2024.

¹³⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 302-304.

quando o suspeito está presente na delegacia, ocasião em que já está ocorrendo o interrogatório ou outra diligência e a prisão é feita apenas como uma resposta à sociedade.

Nesses casos, a prisão será feita apenas para conter os anseios sociais de vingança ou para gerar a sensação de segurança pública. Esta prisão, no mais das vezes, vem acompanhada de uma espetacularização que funciona como uma satisfação à sociedade. Nos dizeres do professor Guilherme de Souza Nucci:

Outra ilegalidade patente, que ocorre na prática, é a concretização da prisão antes da expedição do mandado (§5º). Por vezes, o suspeito já se encontra detido, quando, então a autoridade policial busca o juízo para consolidar, via mandado, tal situação. Trata-se, em nosso entendimento, de constrangimento ilegal. Em procedimento ideal, não pode o juiz validar tal prisão¹³⁶.

Acredita-se, portanto, que a prisão temporária, da forma como prevista, é inconstitucional por violar o direito de não produzir provas contra si mesmo, o qual é um desdobramento do direito ao silêncio previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal¹³⁷.

A prisão não deve ser feita para investigar. Considerando os valores constitucionais estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o princípio da presunção de inocência, a lógica deve ser exatamente o oposto da ideia da prisão temporária. Deve-se investigar para possibilitar uma eventual prisão cautelar e somente quando presentes os requisitos legais, diante de uma necessidade extrema.

É preciso agora discutir a prisão preventiva. Esta, de outra banda, não parece que padeça do mesmo vício de inconstitucionalidade da prisão temporária, a qual é pensada para realizar a investigação e, portanto, desrespeita a presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

A presunção de inocência, apesar de ser um princípio constitucional, não tem o condão de exterminar a possibilidade qualquer modalidade de prisão cautelar e, por isso, acredita-se que a prisão preventiva é possível desde que se enquadre nas hipóteses legais.

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar utilizada, em regra, durante a fase processual com o objetivo de garantir a finalidade da persecução penal, seja para preservar a regularidade da instrução criminal sem coação de testemunhas, a aplicação da lei penal para os casos em que os investigados possa estar foragido ou para evitar que a atividade criminosa objeto da investigação ou do processo continue existindo nas hipóteses de garantia da ordem pública ou da ordem econômica. Nesse sentido se posicionou o professor Guilherme de Souza

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a lei 12.402/2011. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66-67.

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2024.

Nucci: “Denomina-se prisão preventiva a medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal”¹³⁸.

E a prisão preventiva recebeu algumas alterações promovidas pela lei 13.964 de 2019 que podem ser considerados avanços para diminuir os excessos praticados na decretação de referida medida cautelar pessoal.

Nessa toada, o legislador acrescentou dois novos dispositivos ao Código de Processo Penal, o primeiro sobre a necessidade da contemporaneidade dos fatos que ensejaram a prisão preventiva ao decreto da prisão, conforme previsão do artigo 315, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal e também vale mencionar a proibição da decretação da prisão preventiva como antecipação do cumprimento de pena ou de forma automática em razão do recebimento da denúncia pelo disposto no artigo 313, parágrafo 2º do Código de Processo Penal¹³⁹.

Vê-se que, preferencialmente, em razão de sua função ser a garantia da finalidade útil do processo, a prisão preventiva deve ser utilizada durante a fase processual, o que já denota que a legitimidade para requerê-la é prioritariamente do Ministério Público, como titular da ação penal e parte responsável pela acusação, ou ainda do assistente de acusação de forma subsidiária.

O momento, por si só, já afasta sobremaneira a legitimidade da polícia investigativa para representar pela prisão preventiva e restaria apenas algumas exceções.

Caso a prisão preventiva ocorra durante o momento adequado - fase processual -, não há motivos para conferir legitimidade para a polícia investigativa representar pela prisão preventiva uma vez que a investigação e a participação policial na persecução penal já findou, não devendo a autoridade policial intervir na fase processual.

A decretação da prisão preventiva na fase processual também tem como consequência benéfica, evitar que a prisão cautelar seja utilizada como uma forma de coação para realização de acordos extraprocessuais como, por exemplo, o acordo de não persecução penal ou a colaboração premiada, tendo em vista que o momento para realização dessas fases extraprocessuais de persecução penal já foi ultrapassado.

No entanto, é preciso ressaltar que não há legitimidade da polícia investigativa para representar pela prisão preventiva nem sequer para os casos em que essa medida cautelar

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a lei 12.402/2011. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 85.

¹³⁹ SARAIVA JUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVA JUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva**: processo penal e legislação complementar. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

pessoal ocorra durante a fase investigativa em razão dos requisitos legais necessários para concessão da prisão preventiva.

Os requisitos da prisão preventiva, conforme o professor Guilherme de Souza Nucci são:

Manteve-se o instituto da prisão preventiva, praticamente, intacto. Os seus requisitos não se alteraram. Continua-se a demandar, ao menos, três fatores para sua decretação: a) prova da existência do crime (materialidade) + b) indício suficiente de autoria (razoáveis indicações, pela prova colhida até então, de ser o indiciado ou réu o seu autor) + c) elementos variável: c.1) garantia da ordem pública; ou c.2) garantia da ordem econômica; ou c.3) conveniência da instrução criminal; ou c.4) garantia da aplicação da lei penal¹⁴⁰.

Urge frisar que os requisitos para a decretação de uma prisão preventiva, quais sejam, indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime (materialidade), são justamente o fim da investigação policial e que ambas formam o que a doutrina denominada de “justa causa” para a ação penal e, quando presentes os três requisitos genéricos da ação e a justa causa, já existe a possibilidade do oferecimento da denúncia a ser feita pelo *parquet*. Nesse sentido, vale citar o professor Edilson Mougenot Bonfim:

Além das três condições genéricas abordadas, mencionou-se a existência de um quarto elemento, constituído pela justa causa para o ajuizamento da ação penal. A justa causa – identificada por parte da doutrina como uma condição autônoma – consiste na obrigatoriedade de que exista no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito¹⁴¹.

E da mesma forma se pronunciou o professor Afrânio Silva Jardim:

[...] torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade¹⁴².

Considerando que os requisitos necessários para autorização da prisão preventiva e os requisitos para o membro do Ministério Público efetuar uma denúncia são coincidentes, é evidente que o trabalho da polícia investigativa já está concluído e, portanto, esta não deveria

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: de acordo com a lei 12.402/2011*. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

¹⁴¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

¹⁴² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97.

ostentar legitimidade para representar pela prisão cautelar, cabendo legitimidade exclusiva ao Ministério Público para representar por essa modalidade de prisão cautelar.

A representação da prisão preventiva pela polícia após angariar os indícios de autoria e a prova da materialidade, teria como funções apenas espetacularizar a prisão após a conclusão das investigações ou então gerar sensação de segurança pública para a população. Ambas as hipóteses não devem ser aceitas.

Espetacularizar a prisão é a pior das duas funções tendo em vista que é apenas uma forma de autopromoção pessoal do responsável pela investigação ou da instituição, sem qualquer fim benéfico para a persecução penal ou para pacificar a sociedade.

Gerar segurança pública para a população não pode ser tida como função da investigação preliminar e muito menos uma função apta para justificar uma prisão cautelar e, com muito menos razão, justificar uma prisão espetacularizada. As reais funções do inquérito policial são – apuratória e preservadora -, e ambas necessitam da imparcialidade, qualidade intrínseca para uma boa investigação.

A imparcialidade é algo imperativo para qualquer investigação preliminar. O professor Daniel Zaclis nomeia a mesma característica (imparcialidade) de neutralidade e expõe o posicionamento tradicional da doutrina sobre o inquérito policial e a importância da neutralidade/imparcialidade:

Constitui lugar comum, nos estudos dedicados ao Processo Penal, a ideia de que a investigação preliminar tenha como função precípua a busca de elementos informativos para o oferecimento de acusação criminal. Ainda que dispensável de acordo com a nossa legislação, a fase pré-processual é tida por grande parte da doutrina, e encampada pela jurisprudência, como instrumento direcionado a coligir provas da materialidade da ocorrência do ilícito e indícios de autoria.

Em virtude desta concepção simplista do tema, deixa-se de lado uma característica de monumental relevância das investigações preliminares, qual seja. A Sua indispensável neutralidade. O substantivo “neutralidade” designa a “condição daquele que se abstém de tomar partido” ou o “caráter ou qualidade do que é imparcial.” Com efeito, o inquérito policial – ou qualquer procedimento pré-processual criminal – não pode se revestir de interesses apenas acusatórios, operando como exclusivo aparato preparatório para o ajuizamento de instância criminal¹⁴³.

A investigação somente é salutar se esta estiver sem um fim predeterminado. A investigação com um fim já definido, com uma visão monocular, não é de fato uma investigação.

¹⁴³ ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 199.

A investigação parcial terá um resultado falseado, cujo deslinde processual, sem o desenvolvimento lógico com fundamento probatório embasado, será certamente uma absolvição ou uma condenação errônea. Portanto, o inquérito policial deve ser totalmente imparcial para cumprir suas funções apuratória e preservadora, em consonância com os valores constitucionalmente estabelecidos.

O inquérito policial, num sistema acusatório, deve ser visto como um instrumento da persecução penal que tem por fim possibilitar o exercício futuro da jurisdição de forma justa e igualitária, servindo à todas as partes, quais sejam, investigado e seu patrono, ministério público exercendo a acusação e o juiz para subsidiar seu julgamento.

É preciso discutir também qual a natureza jurídica do inquérito policial e se este é um procedimento ou um processo administrativo, pois isso alterará significativamente a obrigatoriedade de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante sua tramitação.

Para o professor Antônio Scarance Fernandes, o inquérito policial não é sequer um procedimento pois não teria uma sequência de atos definida em lei.

[...] 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 observada¹⁴⁴.

Ousa-se discordar do professor Antônio Scarance Fernandes, pois há regulamentação legal da maioria dos atos investigatórios de forma minuciosa, inclusive.

O inquérito tem início quando o fato não se encontra em estado flagrancial, cujas hipóteses estão previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal¹⁴⁵, por meio de uma portaria e termina com a apresentação de um relatório final.

No entanto, é um erro acreditar que somente a portaria e o relatório seriam atos obrigatórios e com momentos determinados. Várias diligências são expostas nos artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal¹⁴⁶, as quais devem ser realizadas e o resultado de todos esses atos será reduzido a termo e rubricado pela Autoridade Policial.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 67.

¹⁴⁵ SARAIVA JUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVA JUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva: processo penal e legislação complementar**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

¹⁴⁶ SARAIVA JUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVA JUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva: processo penal e legislação complementar**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Além disso, as perícias realizadas durante a investigação como, por exemplo, os exames de corpo de delito que são considerados provas irrepetíveis, e todos os outros vestígios coletados devem seguir o rito da cadeia de custódia, a qual foi introduzida pela n.º 13.964 de 2019¹⁴⁷, com o fim de respeitar o Princípio da Mesmidade, ou seja, possibilitar que os elementos coletados durante a investigação sejam os mesmos até o final do processo e se mantenham conforme coletados na origem, proporcionando a fiscalização pelas partes de tudo quanto foi realizado.

Acrescente-se que se o crime está em estado flagrancial, deve respeitar o rito previsto para os autos de prisão em flagrante delito, o qual é minucioso e a sequência de atos é bem rígida, conforme previsão dos artigos 301 até 310 do Código de Processo Penal¹⁴⁸, rito este que estabelece, inclusive, a sequência das oitivas, sendo a oitiva do investigado a última, para que ele possa exercer o seu direito de autodefesa a contento. E, desrespeitada qualquer das formalidades previstas no Código de Processo Penal, a consequência será o relaxamento da prisão em flagrante.

Mas não é só. A Lei n.º 13.245 de 2016¹⁴⁹, a qual alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil no capítulo da investigação, acrescentando o inciso XXI ao artigo 7º, cuja redação confere o direito do advogado apresentar questões e razões durante o interrogatório em sede policial, e acrescentou que o descumprimento de tal direito irá gerar a nulidade absoluta do ato.

A legislação atual pode não ser a ideal mas possibilita dizer que há uma sequência de atos definida, todos os atos de coleta, produção e armazenamento dos elementos de prova devem ser formalizados de forma escrita, ou seja, há um rito e formalidades que não podem ser desrespeitadas e que permitem a fiscalização pelas partes.

É oportuno mencionar ainda que o prazo para conclusão do inquérito policial é exíguo, seja aquele instaurado por meio de um auto de prisão em flagrante delito, seja para aquele que é instaurado por meio de uma portaria e só não há uma especificação legal mais detalhada do procedimento pois há apenas a previsão de um único tipo de procedimento para a esmagadora maioria dos crimes que sejam objetos da investigação realizada por meio de um inquérito

¹⁴⁷ BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁴⁸ SARAIVA JUR *op. cit.*

¹⁴⁹ BRASIL, *op. cit.*

¹⁴⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. Disponível em: <https://normas.oab.org.br/provimentos/2018/12/provimento-no-188-2018/>. Acesso em: 10 out. 2024.

policial e, por isso, o legislador preferiu não estabelecer uma ordem extremamente rígida da sequência dos atos e das diligências que devem ser realizados.

Dessa forma, muitas vezes os atos serão realizados de forma concomitante e outras vezes, será necessária a inversão dos atos.

E como todos os atos investigatórios devem ser refeitos em sede judicial, essa sequência de atos não precisa de uma rigidez absoluta.

Contudo, isso não possibilita afirmar que o inquérito policial não é sequer um procedimento.

Pode-se afirmar que o inquérito policial não é um limbo jurídico, e não é sustentável que não seja nem processo e nem procedimento. Há regulamentação legal suficiente para afirmar que o inquérito policial é, no mínimo, um procedimento.

Ante o exposto, a discussão deve se restringir a averiguar se o inquérito policial é processo ou procedimento.

Não há uma definição legal do que seja um procedimento. Um procedimento seria apenas uma sequência de atos visando um fim. O professor Daniel Amorim Assumpção Neves define procedimento como:

O procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final. Costuma-se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento é formal, significando essa sucessão de atos com um objetivo final¹⁵⁰.

Diante desse conceito de procedimento, é possível afirmar que o procedimento é um elemento que compõe o processo.

A definição de processo é mais tortuosa e depende da teoria que será adotada. Por isso, será expresso um conceito de processo próprio para este trabalho que traz algumas características que se julgam pertinentes e devem estar presentes num processo democrático.

O processo pode ser conceituado como o instrumento que, mediante um procedimento preestabelecido em lei, com a garantia da aplicação do contraditório organiza a relação processual entre as partes e possibilita o exercício da jurisdição pelo Estado.

No processo penal, o fim do processo é materialização da persecução penal.

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 100.

Assim, temos como elementos obrigatórios do processo, o procedimento, o contraditório, o estabelecimento da relação processual e o fato de que o processo é instrumental.

A natureza instrumental decorre do fato de que o inquérito policial não é um fim em si mesmo, servindo para produzir elementos de provas com o fim de amparar um eventual e futuro processo penal e subsidiar as manifestações das partes e do julgador.

O procedimento, acredita-se que existe pelos motivos expostos acima.

A relação processual é estabelecida pela participação das partes que podem se manifestar e fiscalizar a realização do procedimento, havendo nulidade se não for respeitada a participação dos envolvidos.

Restaria apenas discutir se o contraditório deve integrar ou não o inquérito policial e esse elemento é o que definirá se o caderno investigatório policial deve ser considerado procedimento ou processo administrativo.

Conforme já exposto no capítulo anterior, sustenta-se que deve haver contraditório na investigação preliminar e que a aplicação do princípio do contraditório deve ser obrigatória à investigação preliminar e ao inquérito policial, podendo apenas ser postergada em alguns casos em que possa tornar inócua as apurações e as diligências.

Defende-se também que deve ser aplicada a Teoria das Nulidades à investigação preliminar. Assim, a forma prevista em lei é imperativa e não pode ser desrespeitada sob pena de nulidade daquele ato e dos subsequentes que tenham uma ligação com o originário que será declarado nulo.

Dito isso, acredita-se que todos os elementos necessários para que o inquérito policial se enquadre como um processo estão preenchidos.

Por óbvio, será um processo administrativo e demandará que os elementos de prova produzidos nesse processo administrativo sejam refeitos durante o processo judicial para que se permita uma eventual condenação a ser efetuada pelo Poder Judiciário.

O fato de o inquérito policial ser um processo administrativo não é incompatível com a previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁵¹, a qual impede que o juiz forme sua convicção apenas com base na investigação.

O professor Henrique Hoffmann ao conceituar o inquérito policial, se filia a corrente de que este tem natureza de processo administrativo, conforme o excerto abaixo:

¹⁵¹ SARAIVA JUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei n°. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVA JUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva: processo penal e legislação complementar**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Em outras palavras, inquérito policial consiste no processo administrativo apuratório levado a efeito pela polícia judiciária, sob presidência do delegado de polícia natural; em que se busca a produção de elementos informativos e probatórios acerca da materialidade e autoria da infração penal, admitindo que o investigado tenha ciência dos atos investigativos após a sua conclusão e se defenda da imputação; indispensável para evitar acusações infundadas, servindo como filtro processual; e que tem a finalidade de buscar a verdade, amparando a acusação ao fornecer substrato mínimo para a ação penal ou auxiliando a própria defesa ao documentar elementos em favor do investigado que possibilitem o arquivamento, sempre resguardando direitos fundamentais dos envolvidos¹⁵².

Engana-se, no entanto, quem acredita que considerar o inquérito policial como um processo administrativo é algo novo, uma nova perspectiva. O professor Manoel Pedro Pimentel já considerava que o inquérito policial tem natureza de processo administrativo na década de 70 do século XX:

*[...]não é uma simples peça informativa como sustentam alguns autores. Mais do que isso, é um processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para a investigação. Não se trata, portanto, de um procedimento estático, em que o delegado de polícia se limita a recolher os dados que, eventualmente, cheguem ao seu conhecimento*¹⁵³.

E vale trazer à baila um outro argumento para subsidiar que o inquérito policial é um processo administrativo.

Não é possível conceber que um mero procedimento extrajudicial sem a obrigatoriedade de aplicação da ampla defesa ou do contraditório possa gerar a limitação de tantos direitos como pode acontecer durante a investigação materializada no bojo do inquérito policial.

No inquérito policial pode ocorrer a limitação da liberdade de indivíduos por meio de prisões cautelares, a limitação do direito de propriedade por meio de arresto ou sequestro, a limitação da inviolabilidade de domicílio por meio de uma busca e apreensão, invasão da privacidade e intimidade por meio de uma interceptação telefônica, todos esses direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal.

E esse mesmo procedimento administrativo necessita de um ato complexo que demanda a manifestação do Ministério Público e a intervenção do Poder Judiciário para ser arquivado. E esse arquivamento, a depender da fundamentação, pode gerar coisa julgada material, impedindo

¹⁵² HOFFMANN, Henrique. Moderno conceito do inquérito policial. In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. 1. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 27.

¹⁵³ PIMENTEL, Manoel Pedro. Advocacia criminal - teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 3. *apud* PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Obra em processo penal**. São Paulo: Singular, 2018, p. 148.

novas ações penais e até mesmo ações de natureza civil ou administrativa. Nesse sentido são as lições do professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo sobre a decisão de arquivamento:

10. A força e o efeito do ato decisório de arquivamento de inquérito policial, consoante o apresentado, encaminha para a conclusão de que:

- a) no instante em que o *juiz penal*, a pedido fundamentado do *Ministério Público*, decide por arquivar, ele *se faz sumariamente*, proferindo *sentença*;
- b) se a *sentença* diz com o mérito da causa penal, é *definitiva*, operando *coisa julgada formal e material*, arredando qualquer *desarquivamento*;
- c) a *sentença*, entretanto, se *não* alcança o mérito da demanda, consiste em *ato decisório terminativo* e somente produz *coisa julgada formal*;
- d) na derradeira hipótese (c), a *sentença* vale, tão só, *rebus sic stantibus* e emergindo *outros*, bem como *relevantes meios de prova* do fato e/ou da autoria, deve o *inquérito* ser *desarquivado*, podendo propiciar *denúncia*.

Em contrário, exsurge violação à liberdade individual, nascente em mero *arbítrio acusatório*¹⁵⁴.

A título de exemplo, pense-se em um inquérito policial arquivado sob a fundamentação de inexistência do fato. Isso gerará consequências nas esferas cível, criminal e administrativa, impedindo qualquer tipo de processo posterior para rediscutir os mesmos fatos.

É preciso noticiar que a sistemática de arquivamento do inquérito policial sofreu sensível alteração em razão da alteração da redação do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal operada pela Lei n.º 13.964 de 2019¹⁵⁵, a qual determinou que o inquérito policial seria arquivado pelo Ministério Público sem o crivo do Judiciário.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal em julgamento do Tribunal Pleno, decidiu a questão da inovação da forma de arquivamento do inquérito policial no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6298/DF, nº 6299/DF, nº 6300/DF e nº 6305/DF e que tiveram como relator o ministro Luiz Fux, e deu interpretação conforme à Constituição Federal ao dispositivo, decidindo que o Ministério Público ainda deve encaminhar sua manifestação opinando pelo arquivamento do Inquérito Policial ao Poder Judiciário e que o juiz ainda pode acionar o procurador geral de justiça para revisão em casos que considere a manifestação ilegal ou teratológica, bastando quedar-se inerte no restante dos casos.

Fato é que o arquivamento ainda é requerido pelo Ministério Público e continua passando pelo crivo do Judiciário conforme a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁶.

¹⁵⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Obra em processo penal**. Organização e notas de Maria Eugênia Gil. Prefácio de Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 159-160.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 24/08/2023. Brasília: STJ, 2023. Disponível em:

Outro argumento que pesa para que o inquérito policial possa ser considerado um processo administrativo é que, apesar do teor da Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷, cuja redação expõe que a falta de defesa técnica no processo administrativo não ofende a Constituição, é firme a jurisprudência de que é obrigatória a defesa técnica em casos de processo administrativo que possa gerar restrição da liberdade como nos casos de falta grave em sede de execução penal. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 533 do STJ:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado¹⁵⁸.

Ora, os direitos fundamentais do reeducando na execução penal são garantidos de forma muito mais ampla quando eventuais faltas graves são apuradas por meio de um processo administrativo em que a defesa técnica é obrigatória.

Seja no processo administrativo disciplinar para apuração de falta grave, seja no inquérito policial, o fato é que em ambos os casos há uma possibilidade de restrição da liberdade e no inquérito policial ainda há a possibilidade de restrição de outros direitos fundamentais e muitas vezes sem a necessidade do crivo do Judiciário como ocorre no auto de prisão em flagrante delito. Dessa forma, a aplicação nesses casos da defesa técnica é ainda mais necessária e deveria ser obrigatória, inclusive.

Não há motivos para que no processo administrativo disciplinar para a apuração de falta grave em sede de execução penal, a defesa técnica seja obrigatória com fundamento na possibilidade de restrição da liberdade do reeducando e o raciocínio seja diverso em relação ao inquérito policial havendo fundamento análogo.

Nesse sentido, considerar o inquérito policial como um processo administrativo em que o contraditório e a ampla defesa, especialmente em relação à defesa técnica seriam obrigatórios, se torna muito mais garantidor de direitos do que se restringir a dizer que é um procedimento administrativo em que não há nulidades e no qual a defesa técnica não é obrigatória. Isso

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206298%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 05 dez. 2024.

¹⁵⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula Vinculante nº 5**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 dez. 2024.

¹⁵⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça**. *Reconhecimento de falta disciplinar no âmbito da execução penal*. Aprovada em 10 de junho de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 15 jun. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?documentosSelecionadosParaPDF=&numDocsPagina=50&tipo_visualizacao=&data=&p=false&tipo=sumula+ou+su&b=SUMU&i=101&l=50&ordenacao=-%40NUM&operador=E. Acesso em: 4 dez. 2024.

deixaria o inquérito policial em mais conformidade com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal.

E mesmo que o inquérito não seja considerado um processo administrativo, não há motivos para não haver a aplicação do princípio do contraditório ou não possibilitar o exercício da ampla defesa com foco na defesa técnica. A aplicação desses princípios apenas tornaria o inquérito policial mais dialético e em maior consonância com a constituição federal.

Ocorre que no processo penal brasileiro, muitas vezes há máximas jurídicas que são repetidas como mantras, sem uma reflexão mais detida. Exemplo expresso é afirmação que não há contraditório no inquérito policial, e pior, que mesmo quando possível a aplicação do contraditório real ou diferido, isso é desnecessário. Assim se posicionou o professor Franklyn Roger Alves Silva:

A realidade é que o processo penal brasileiro sofre de um movimento de incorporação de máximas ao seu cotidiano de aplicação prática, sem que se realize um processo de investigação capaz de identificar sua origem e justificativa. É quase que o reconhecimento do chamado “efeito manada” tão utilizado no campo da psicologia para justificar comportamentos irracionais. Exemplo claro é a afirmação de que na fase do inquérito policial não há contraditório como veremos mais adiante em outro capítulo, o que poderia significar a falta de atuação defensiva na fase pré-processual. Alega-se que o contraditório será desempenhado pela defesa no curso do processo, quando o réu for citado e tiver a oportunidade de apresentar Resposta alegando tudo o que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, tal como determina o art. 396-A do CPP.

Nem a jurisprudência contribui nesse aspecto, pois o esperado seria um estímulo à ampliação da participação defensiva na fase investigatória, mas o que ocorre é um clima de preconceito com a função defensiva, afastando a desejada paridade de armas desejada pelo ordenamento jurídico, ao que se observa de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁹.

Precisamos repensar o inquérito policial e estabelecer um novo paradigma para torná-lo mais democrático, dialético, respeitador do sistema acusatório e em sintonia com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal.

Nesse novo paradigma, o inquérito policial deve ser considerado um processo administrativo, com funções apuratória e preservadora, privilegiando-se a função preservadora dos direitos fundamentais do investigado, tratando-o como um sujeito de direitos, aplicando-se a teoria das nulidades e mediante atuação imparcial de quem investiga, para subsidiar as partes,

¹⁵⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 30.

acusação, defesa e o próprio julgador em suas manifestações e decisões. Esses podem ser considerados os elementos mínimos de um novo paradigma de inquérito policial.

É bem diferente do paradigma tradicional vigente, em que o inquérito policial é um procedimento administrativo ou nem isso, apenas pautado na função apuratória, sem a necessidade da imparcialidade do investigador e com o objetivo exclusivo de subsidiar a acusação para realizar a denúncia, em que o investigado é apenas um objeto de direitos.

Essa visão sustentada por doutrinadores mais tradicionais como anteriormente exposto, ao citar o conceito de inquérito policial do professor Fernando da Costa Tourinho Filho, por exemplo, precisa ser superada.

O professor Pedro Ivo de Sousa apresenta as bases do paradigma inquisitório da investigação:

O que se procurou demonstrar até aqui é que, se no *paradigma inquisitório* a ideia pressuposta era de uma investigação criminal focada no interesse do soberano, para conhecer e punir crimes, concentrando no Estado as atividades investigativas com base em meios desumanos e cruéis para excluir as pessoas indesejáveis da sociedade, no *paradigma indiciário* pouca coisa mudou de fato, pois a ideia ainda era de somente conhecer e punir crimes para continuar a excluir os indesejáveis, com concentração das atividades pelo Estado, que buscava atender os seus próprios interesses, utilizando técnicas de investigação mais sofisticadas, com certo respeito aos direitos humanos até então vigentes.

Sob um olhar focado especificamente na tutela dos direitos humanos, resta claro que a ideia concebida pelo *paradigma inquisitório* se centralizou no atendimento do interesse do soberano, não levando em consideração a proteção desses direitos, até mesmo porque ainda se iniciava, pelo menos na modernidade, a luta pelo reconhecimento e proteção deles¹⁶⁰.

Esse novo paradigma de inquérito policial é muito mais adequado aos valores constitucionais vigentes.

A imparcialidade, a função preservadora, o tratamento dos envolvidos como sujeito de direitos e até mesmo considerar a natureza jurídica do inquérito policial como um processo administrativo não lhe retiram a instrumentalidade.

O inquérito policial, mesmo diante de todas essas mudanças, continua a ser um produto instrumental que serve para subsidiar as partes em suas manifestações judiciais ou extrajudiciais. A diferença é que essa instrumentalidade não é apenas para a acusação ou com o fim de aplicar a pena.

¹⁶⁰ SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no estado constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório, p. 41-80. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Celopas Isaias (org.). **Temas Atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016. p. 56-57.

É vital que seja aplicado o novo paradigma do inquérito policial, tomando este como um produto que seja imparcial, baseando-se apenas na apuração de fatos e na produção de elementos informativos para buscar excludentes de ilicitude, culpabilidade, atipicidade material, enfim, tudo que possa esclarecer os fatos, podendo subsidiar acusação, defesa e julgador, tudo sendo feito de forma absolutamente imparcial, sem um viés condenatório, monocular para que os envolvidos tenham seus direitos fundamentais garantidos durante a investigação preliminar e possam ser tratados como sujeitos de direitos e não como um objeto da investigação.

Há vários pesquisadores que já trazem boa parte desses elementos para tratar dos paradigmas da investigação criminal como, por exemplo, o professor Pedro Ivo de Sousa, o qual apresenta alguns paradigmas de investigação no seu artigo “Investigação Criminal no Estado Constitucional: Reflexões Sobre um Novo Paradigma Investigatório.” Nesse artigo o autor defende que a investigação deve seguir um paradigma garantista. Nesse sentido, vale trazer dois trechos do artigo em que o doutrinador expõe como deve ser a investigação criminal:

Conclui-se, assim, que o paradigma garantista da investigação criminal deve se atentar para três grandes ideias pressupostas que lhe fundam e norteiam, a saber: a proteção dos direitos humanos, a busca pela eficiência investigatória e a construção de um procedimento investigatório mais democrático¹⁶¹.

E segue o autor:

Nesse sentido, as ações investigatórias constitucionalmente adequadas a este no paradigma devem ser desenvolvidas de forma a garantir que a investigação criminal seja:

01. Norteada pela garantia integral dos direitos fundamentais;
02. Devidamente regulada por atos constitucionais e legais;
03. Construída na licitude e na legitimidade de suas atividades;
04. Orientada pela abertura democrática adequada;
05. Desenvolvida com o objetivo essencial de elucidar atos criminais;
06. Realizada de forma independente, com garantias de isenção da função investigatória;
07. Desempenhada com uma visão holística para todas as fases da persecução penal;
08. Cumprida de forma integrada pelas instituições envolvidas com a persecução penal;
09. Desempenhada com metodologias investigativas que levem em consideração o tipo, o tempo e o espaço dos crimes e;

¹⁶¹ SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no estado constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório, p. 41-80. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Celopas Isaias (org.). **Temas Atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016. p. 57.

10. Fundamentada com todos indícios e provas cabíveis, especialmente as técnicas¹⁶².

O inquérito policial sem as alterações mencionadas continuaria, em boa parte das vezes, servindo apenas como uma forma de banir os socialmente indesejáveis, aqueles que são excluídos socialmente e economicamente.

Essa alteração de paradigma poderia evitar que muitas investigações sirvam apenas como uma forma aparente de igualdade para dissimular a exclusão dos considerados indesejáveis pelos que elaboram as leis, ou seja, os detentores do poder, a classe social dominante.

Nesse sentido vale discutir a questão e expor alguns números e estatísticas criminais da população carcerária e os moldes dessa utilização do inquérito policial como forma de banir os socialmente indesejáveis num subcapítulo específico.

3.2 A Investigação Criminal como Forma de Banir os Indesejáveis

É sabido que as normas legais, em regra, são confeccionadas pelos detentores do poder, seja poder econômico, seja do poder ideológico, do poder político ou outra forma de poder. Dificilmente, as normas são favoráveis ou criadas de forma espontânea para as minorias ou para grupos oprimidos.

Não haveria de ser diferente com o direito penal e o processo penal. Isso já foi exposto no primeiro capítulo do trabalho quando foi demonstrada a dissonância entre o código de processo penal redigido sob a influência de um poder político de ideologia fascista e a Constituição Federal feita por um poder político mais democrático, após um período ditatorial.

No Brasil, as normas penais e processuais penais muitas vezes são feitas de forma casuística, despreparada e açodada e há vários exemplos de leis penais feitas ou reformadas depois de um crime de repercussão em específico ou de uma situação determinada, como por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei Carolina Dieckman, Lei Mariana Ferrer, Lei Maria da Penha, Lei Henry Borel e etc. Muitas vezes, é necessário realmente tutelar o direito desses grupos.

¹⁶² SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no estado constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório, p. 41-80. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Celopas Isaias (org.). **Temas Atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016. p. 62.

Contudo, as normas legais penais e a política criminal devem ser feitas de forma discutida, vagarosa, baseada em estatísticas, em critérios científicos, com objetivos que se comuniquem e sejam pensados em consonância com a segurança pública.

Essa forma casuística de legislar tem o objetivo primeiro de gerar sensação de segurança na população e dar uma resposta rápida à sociedade para mostrar que o legislador está observando os anseios sociais e os atendendo. Nem sempre essa forma de agir irá melhorar a segurança pública.

Ressalte-se que segurança e segurança pública são conceitos distintos.

Segurança é um conceito social e, como tal, é variável e até mesmo abstrato. A ideia de segurança para cada indivíduo é diversa. Pode designar algo utópico como a ausência total de crimes ou inexistência de qualquer violência.

E para ilustrar como o conceito de segurança é individual, vale trazer um exemplo.

Pense-se em um indivíduo que resida numa cidade pequena e pacata no interior do Estado. Este pode estabelecer um conceito próprio de segurança em que o seu ideal de segurança seja a não ocorrência de crimes durante toda a vida e possa dormir com a porta aberta de sua residência, achando um absurdo o furto de algumas peças de roupas que estavam penduradas no varal. Esse crime pode lhe retirar a sensação de segurança.

De outro lado, para um indivíduo que vive na periferia pobre de uma capital em que ocorrem muitos crimes violentos, o conceito de segurança pode ser preenchido apenas com o fato de voltar vivo e com sua integridade física e patrimônio preservados ao final de um dia de trabalho.

Acrescente-se que segurança sempre estará ligada também à liberdade. A título exemplificativo, podemos pensar em duas cidades, uma em que há um toque de recolher durante a noite e outra sem toque de recolher. Provavelmente a cidade em que há o toque de recolher será mais segura. No entanto, a população dessa cidade limitada, possivelmente terá medo e sentirá a falta de liberdade. Esses dois sentimentos, medo e falta de liberdade, não gerariam a sensação de segurança em seus moradores.

Aplicando a mesma ideia acima para estados, vale transcrever um excerto do professor Luís Eduardo Soares sobre o ideal de segurança:

Testemos uma primeira hipótese: segurança descreve uma situação da vida social em que não ocorrem crimes ou em que eles são raros. Ou, ainda, segurança é o nome que se dá a um estado de coisas que caracteriza a vida social quando ela é pacífica e transcorre sem crimes, afirmando-se, portanto, a plena vigência do respeito às leis. Ou: segurança é a qualidade que distingue sociedades sem crime ou quase desprovidas de crimes. Estas

seriam sociedades “seguras”, nas quais os indivíduos viveriam “em segurança”.

Duas objeções: onde há mais crimes? Nos países regidos por Estados autoritários, como Coreia do Norte, China, Cuba e Irã, ou nos Estados Unidos? Pelo pouco que se sabe, há menos crimes sob o totalitarismo. Contudo, o fato de haver menor número de crimes em sociedades politicamente autoritárias não significa que teocracia, fechamento cultural, perseguições, torturas, censura e execuções gerem segurança pública. Afinal, a paz dos cemitérios não figura em nosso sonho feliz de cidade. Resumindo: nem sempre a ausência de crimes (ou número reduzido de crimes) corresponde a segurança pública. Basta observar o medo. Supostamente, se há segurança, não há medo – pelo menos não há medo constante e difuso de ataques físicos e morais, intervenções arbitrárias e imprevisíveis, abusos, violações, violência. Sendo assim, sob o totalitarismo não há segurança, porque o medo é onipresente e corrói a confiança – inclusive nas instituições do Estado, a começar pela Justiça. Ou seja, o que entendemos por segurança tem menos a ver com crime e mais a ver com confiança e medo¹⁶³.

Outro conceito relevante relacionado à questão da segurança é o sentimento de medo. O medo, assim como a violência, não gera a sensação de segurança necessária para acalmar o cidadão. O ser humano é avesso e costuma ter medo do diferente, até mesmo por uma questão de sobrevivência instintiva, prefere evitar o desconhecido.

Nesse contexto, banir o diferente pode gerar uma sensação de segurança pública. O cidadão comum tende a ter mais medo de um adicto que esteja em situação de rua, sujo, franzino do que de um roubador, forte e que esteja no seu carro importado ou de um estelionatário que esteja trajando um terno bem cortado.

Tratando do controle social realizado por meio do ordenamento jurídico com o fim de banir o diferente, disserta a professora Débora Regina Pastana:

O ordenamento jurídico que sustenta um modelo de controle social, via de regra, é expressão de uma forma de domínio; e por isso mesmo incide de forma não igualitária. Por outro lado, sua incidência em um grupo em especial irá reforçar, na sociedade em geral, estereótipos negativos de conduta e modelos de ação visando a aceitação social. Em última análise, uma prática punitiva restrita a determinados sujeitos pode estabelecer uma seletividade moral e, principalmente, política; ou seja, pode reduzir a diversidade social à criminalização de determinados sujeitos, possivelmente enfraquecendo qualquer reflexão crítica sobre suas identidades e condições de existência¹⁶⁴.

¹⁶³ SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 85-86.

¹⁶⁴ PASTANA, Débora Regina. **Política e punição na América Latina**: uma análise comparativa acerca da consolidação do estado punitivo no Brasil e na Argentina. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 57-58.

Por isso, o legislador ao estabelecer a política criminal relativa à segurança pública e a sua respectiva legislação tem que elaborá-la de forma que esta seja geral e abstrata, para que sua aplicação seja factível e não discriminatória.

No entanto, não é só o conceito de segurança que é variável. Crime e violência também são conceitos variáveis. Crime tem uma definição legal, em regra, a qual pode ser alterada ou manipulada. Essa manipulação para beneficiar determinados grupos, é comum e não pode ser aceita.

O elaborador das normas e da política criminal não pode se ater a crenças individuais ou com o exclusivo objetivo de acalmar determinados grupos da população ou da sociedade baseando-se em questões não científicas como a religião ou a cultura tradicional de determinada região, por exemplo e nem mesmo estar baseado em questões eleitoreiras.

O ideal de segurança individual não pode ser confundido e colocado no mesmo patamar do conceito de segurança pública. Segurança pública deve ser pensada como política de Estado e não como política de governo ou alterável de acordo com o grupo dominante.

Segurança pública deve ser pensada no benefício de todos e não de forma individual ou de grupos específicos. A segurança pública deve ser pensada e pautada nos direitos fundamentais.

Nesse sentido, vale apresentar um conceito de segurança pública do professor Luiz Eduardo Soares:

Segurança pública é a estabilização e a universalização de expectativas favoráveis em relação às interações sociais. Em outras palavras, segurança é a generalização da confiança na ordem pública, a qual corresponde à profecia que se cumpre e à capacidade do poder público de prevenir intervenções que obstruam esse processo de conversão de expectativas positivas em confirmações reiteradas. Compreende-se, neste contexto, por que a postura dos policiais é tão decisiva: seu foco não são apenas os crimes, sua prevenção ou a persecução criminal, mas também o estabelecimento de laços de respeito e confiança com a sociedade, sem os quais a própria confiança nas relações sociais dificilmente se consolida. Ordem tem menos a ver com força ou repressão do que com vínculos de respeito e confiança¹⁶⁵.

A ideia do presente subcapítulo não é discutir segurança pública e sua relação com a investigação preliminar de forma panfletária, estritamente baseada numa luta de classes por questões econômicas, pois a violação das normas e a perseguição de minorias e grupos

¹⁶⁵ SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 57.

determinados é comum a qualquer ordenamento jurídico vigente ou passado por motivos diversos, não sendo apenas a questão econômica a justificar tais abusos.

O objetivo da análise de alguns dados é apresentar de forma sintética, o panorama fático e estatístico atual para explorar no capítulo seguinte como a investigação defensiva pode ser utilizada e quem detém a legitimidade para sua realização, sem que esta seja utilizada como mais uma norma com o objetivo primeiro de exclusão e perseguição de determinados grupos ou indivíduos, com o apenas aparente benefício de ajudar de forma igual todos os indivíduos que sejam investigados, criando, na verdade, desigualdades durante a investigação preliminar com o intuito de favorecer determinados grupos da população.

Infelizmente, a política criminal e a legislação que a sustenta, de forma geral, são pensadas para atingir as camadas mais pobres da população e as minorias, as quais não são detentoras dos poderes econômico, político ou ideológico. Essa afirmação pode ser comprovada pelos números do Sisdepen¹⁶⁶.

Nesse sentido, vale apresentar algumas das estatísticas coletadas pelo Sisdepen, cujos dados estão atualizados até o mês junho do ano de 2024. O Brasil tem, em celas físicas, uma população carcerária total de 668.570 (seiscentos e sessenta e oito mil, quinhentos e setenta) pessoas e mais 220.221 (duzentas e vinte mil, duzentas e vinte e uma) pessoas em prisão domiciliar, incluindo-se pessoas que utilizam monitoramento eletrônico e pessoas sem monitoramento eletrônico¹⁶⁷.

Dos presos que estão encarcerados em celas físicas, 634.617 (seiscentos e trinta e quatro mil, seiscentos e dezessete), ou seja, mais de 95% são homens.

¹⁶⁶ O SISDEPEN é a ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, ele concentra informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. O SISDEPEN foi criado para atender a Lei nº 12.714/2012 que dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança aplicadas aos custodiados do sistema penal brasileiro. As informações sobre os estabelecimentos penais, em posse da Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen), são resultado dos questionamentos presentes no Formulário de Informações Prisionais, respondido de forma eletrônica via SISDEPEN, semestralmente, por servidores indicados pelas administrações prisionais dos Estados, Distrito Federal e do Sistema Penitenciário Federal. A plataforma é disponibilizada aos usuários credenciados através do endereço sisdepen.mj.gov.br. Ao final de cada ciclo de seis meses, dados estatísticos são extraídos do SISDEPEN e sintetizados em painéis dinâmicos a fim de tornar a visualização mais interativa e ágil. SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 20 dez. 2024.

¹⁶⁷ SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMDMwODBhZTctMWE2Mi00MTc3LTlhYjMtZjE0NzA0OWRmNTVhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 dez 2024.

Se analisarmos a faixa etária dos presos, mais de 59% é formada por pessoas de até trinta e quatro anos de idade. Se somarmos os presos de até quarenta e cinco anos, esse número chega a mais de 85%¹⁶⁸.

Pode-se afirmar, portanto, que as pessoas encarceradas são em regra, pessoas novas que estariam aptas a exercer as funções cotidianas de qualquer cidadão e participar do mercado de trabalho por mais de vinte anos, considerando a expectativa média de vida da população brasileira e a idade mínima de aposentadoria estabelecida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social.

Sobre a educação da população carcerária, esta é composta em sua grande maioria por pessoas que não completaram o ensino médio. São 2,4% de pessoas analfabetas; 46,08% de pessoas com ensino fundamental incompleto; 11,7% de pessoas com o ensino fundamental completo e 17,88% de pessoas com o ensino médio incompleto, totalizando 77,43% de pessoas que não ostentam uma escolaridade adequada para conseguir sua inserção no mercado de trabalho rapidamente. Indivíduos que ostentam curso superior são apenas 0,84% do total de pessoas encarceradas¹⁶⁹.

Em relação a cor/raça da população carcerária esta é composta 51,8% de pessoas pardas, 16,76% de pessoas pretas e 30,25% de pessoas brancas. As pessoas pretas e pardas totalizam 68,56% do total da população carcerária¹⁷⁰.

No que tange à tipificação penal, pessoas encarceradas por crimes patrimoniais totalizam 37,76% e pessoas presas por crimes previstos na lei de drogas são 28,52%¹⁷¹.

Não há uma quantidade significativa de presos com curso superior ou que estejam presos por crimes financeiros, tributários ou contra a Administração Pública. Não há estatísticas relativas a pessoas presas que tenham cometido crimes financeiros ou tributários. Em relação

¹⁶⁸ SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjozM2FkODMwZWZtNDQ0Mi00ZTdjLWI2YTAtNDU1YmU1ODkwZTI5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 dez. 2024.

¹⁶⁹ SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZWVhMjBjOTUtMGRmZi00YmQ4LTNmMGUyYmU1ODkwZTI5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 dez. 2024.

¹⁷⁰ SISDEPEN, *op. cit.*

¹⁷¹ SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojMjc4YTg5ZTItZjFhMC00MzhILWJlNTQ0OTYxMDMyMTI4M2Q2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 dez. 2024.

aos crimes contra a Administração Pública, tanto cometidos por particulares como os cometidos por servidores públicos, estes totalizam apenas 0,43% das pessoas encarceradas¹⁷².

Com esses dados é possível afirmar que a esmagadora maioria das pessoas encarceradas é composta por homens, com menos de quarenta e cinco anos, com baixa escolaridade, de cor parda ou preta e que estão presos pelas tipificações de tráfico de drogas ou crimes patrimoniais.

E os abusos e a prisão de grupos específicos, também ocorrem com as pessoas que não são presas. O fenômeno se replica para os casos de homicídio e de violência policial contra esse mesmo grupo da população. As maiores vítimas continuam sendo homens, jovens e pretos ou pardos.

É importante citar as estatísticas apresentadas pelo professor Luiz Eduardo Soares:

Em 2016, houve 62.517 homicídios dolosos no país; ou seja, 30,3 vítimas a cada 100 mil habitantes. A taxa de jovens mortos atingiu 65,5 a cada 100 mil jovens. Foram assassinados 33.590 (7,4% mais do que em 2015) sendo 94,6% do sexo masculino. Considerando apenas a faixa entre 15 e 29 anos, a taxa foi de 280,6 vítimas a cada 100 mil pessoas da mesma idade. O racismo estrutural se evidencia na crueza dos dados: a taxa de homicídios de negros (40,2 a cada 100 mil) equivale a 2,5 vezes à de não negros (16 a cada 100 mil). E a curva da violência marcada pela cor se elevou: de 2006 a 2016, a taxa de vitimização letal de negos aumentou 23,1%, enquanto a de não negros decresceu 6,8%¹⁷³.

E o autor apresenta outros dados:

Os dados trazidos pelo Atlas da Violência 2018 vêm complementar e atualizar o cenário de desigualdade racial em termos de violência letal no Brasil já descrito por outras publicações. É o caso do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, ano base 2015, que demonstrou que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior do que o de um jovem branco. Já o Anuário Brasileiro de Segurança Pública analisou 5.896 boletins de ocorrência de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016, o que representa 78% do universo das mortes no período, e, ao descontar as vítimas cuja informação da raça/cor não estava disponível, identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras.

Essa realidade não é nova: o Mapa da Violência publicado em 2011 revela que, de 2002 a 2008, o número de negros assassinados elevou-se em 20,2%, enquanto o número de brancos vítimas do mesmo tipo de crime diminuiu em 22,3%.

¹⁷² SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjc4YTg5ZTIiZjFhMC00MzhILWJINTQtOTYxMDMyMTI4M2Q2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 dez. 2024

¹⁷³ SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 24.

Já entre 2002 e 2010, segundo o Mapa da Violência publicado em 2012, o número de vítimas brancas caiu 27,5%, enquanto a quantidade de negros vítimas de homicídio cresceu 23,4%¹⁷⁴.

Constantemente as maiores vítimas de violência policial são jovens negros e pardos das camadas mais pobres da população, residentes das periferias e grupos de pessoas marginalizadas.

Fica evidente, diante desses dados estatísticos, que os encarcerados são aqueles considerados indesejáveis por questões raciais e também por não serem consumidores, uma vez que lhes falta poder econômico e por não haver uma necessidade desses indivíduos como força de trabalho para um capitalismo desenvolvido e automatizado como ocorre na pós-modernidade.

Nesse sentido, já pontuou a professora Débora Regina Pastana:

Controlar pessoas estigmatizadas por meio do sistema penal é uma forma de estabelecer uma política de Estado que não só mantém domínio e privilégios, mas, sobretudo, reforça uma lógica política e de sociabilidade. Ainda que seletividade punitiva não seja uma prática nova no exercício do controle social, na atualidade, como bem observa Rubens Casara (2017), ela acontece como reflexo de uma ausência de limites ao exercício do poder de punir e, principalmente, sinaliza para uma parcela não mais corrigível, mas absolutamente indesejável socialmente.

Assim, punir majoritariamente jovens pobres e negros, por tráfico de drogas e pequenos delitos contra o patrimônio, por exemplo, pode ser uma estratégia política para justificar o fato deles serem supérfluos no mercado de trabalho contemporâneo. A prisão, nesse caso, passa a ser simplesmente uma técnica lucrativa de confinamento dos economicamente descartáveis¹⁷⁵.

E em posição complementar pontua o professor Rubens Roberto Rebello Casara:

Em outras palavras, para aqueles que não interessam à sociedade neoliberal, por não produzirem, não prestarem serviços, não consumirem ou resistirem à racionalidade neoliberal, reserva-se a resposta penal (e a prisão persiste como resposta penal preferencial aos desvios) ou a eliminação física – o Brasil, por exemplo, é o país em que os policiais mais matam e mais morrem em razão da função que exercem. Para esses elementos disfuncionais, que são tratados como mera negatividade (um “vírus”), em uma sociedade na qual se busca a positividade própria das mercadorias, o Sistema de Justiça Penal aparece como substituto das políticas sociais inclusivas, típicas do Estado do Bem-Estar Social, Nilo Batista e Loic Wacquant apontam os presídios como os novos planos habitacionais para a miséria, enquanto o poeta João Cabral de Melo Neto

¹⁷⁴ SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 25.

¹⁷⁵ PASTANA, Débora Regina. **Política e punição na América Latina**: uma análise comparativa acerca da consolidação do estado punitivo no Brasil e na Argentina. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 58.

percebe que a cova é a parte que cabe (ao indesejável) no latifúndio chamado Brasil¹⁷⁶.

As estatísticas sobre a população carcerária, composta majoritariamente por pessoas das camadas sociais mais baixas e, em sua maioria, de jovens negros e pardos, presos por crimes patrimoniais e por tráfico de drogas, mostra que o inquérito policial, forma mais utilizada de investigação preliminar e que subsidia a maioria das ações penais brasileiras, conforme já exposto, serve como instrumento de perseguição para determinados grupos sociais.

Veja-se a propósito, o grande número de pessoas encarceradas por crimes patrimoniais sem violência e pelo delito de tráfico de drogas, crime não violento, em regra.

Em contraste, veja-se os crimes tributários e financeiros, os quais são, no mais das vezes, muito mais maléficos ao Estado pelas cifras que atingem e que não há estatísticas de pessoas encarceradas para estes últimos pois, os criminosos que cometem tais delitos não são encarcerados por inúmeros motivos, entre estes motivos está a utilização do processo penal como forma de punir os mais pobres e excluir da aplicação aqueles que podem constituir advogados, interpor inúmeros recursos, impetrar diversos habeas corpus, custear assistentes técnicos, enfim se beneficiar de seu poder aquisitivo.

Outro desses motivos é a própria legislação tributária que traz benesses para as pessoas que cometem tais crimes.

O pagamento do débito fiscal é causa de extinção da punibilidade e o parcelamento do débito tributário gera a suspensão da punibilidade, enquanto a mesma benesse não ocorre para os crimes patrimoniais sem violência como o furto ou a apropriação indébita, mesmo que em valores irrisórios.

Nessa sistemática, o crime tributário se transforma em um crime de oportunidade. O infrator da lei tributária comete os crimes e, somente se e quando for descoberto, paga ou parcela os débitos fiscais e extingue ou suspende a punibilidade do delito. Nesse sentido é o teor da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal cuja redação é: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2020, p. 54-55.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Brasília: STJ, 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1265>. Acesso em: 24 dez. 2024.

E no mesmo sentido se manifestou o jurista Luis Otávio Soares em artigo sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4273 pelo Supremo Tribunal Federal:

O pagamento do débito fiscal extingue, sempre, a punibilidade por crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, arts. 1º e 2º e Código Penal, arts. 168-A e 337-A), mesmo em caso de trânsito em julgado da sentença penal, ou seja, quando já esgotados os recursos cabíveis contra a condenação.

Em 14 de agosto passado, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4273 ajuizada pela Procuradoria Geral da República, o Supremo Tribunal Federal manteve, à unanimidade, a validade das normas que extinguem ou suspendem a punibilidade nos casos de pagamento integral ou parcelamento do tributo devido, desde que antes do processamento da denúncia, impede a ação penal. Já o art. 69 da mencionada lei prevê a extinção da punibilidade em caso de “pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”, independentemente da fase processual. Os §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, igualmente questionados na ADI, têm conteúdo similar (suspensão da persecução penal em caso de parcelamento e extinção da punibilidade em caso de pagamento de tributo e de contribuições sociais). O STF reconheceu a constitucionalidade das previsões legais assinalando que as medidas de despenalização, além de priorizar a arrecadação (o bem jurídico dos crimes tributários), preservam a atividade econômica e a geração de empregos. Segundo o relator, ministro Nunes Marques, a suspensão e a extinção da punibilidade prestigiam a liberdade, a propriedade e a livre iniciativa, além de reforçar o caráter subsidiário do direito penal, é dizer, a concepção segundo a qual a imposição de punição criminal se justifica somente em último caso¹⁷⁸.

O patrimônio do Estado que deveria ser protegido de forma mais rigorosa que o patrimônio individual, recebe pelo apresentado acima uma proteção mais deficiente. Não há lógica em não possibilitar a suspensão ou a extinção da punibilidade quando ocorre o pagamento ou parcelamento do prejuízo causado às vítimas para os crimes patrimoniais sem violência.

Ao furtador de objetos de pequeno valor, o peso da lei. Aos empresários que sonham milhões, o perdão da lei.

É preciso pensar soluções para reprimir a criminalidade qualificada praticada por organizações criminosas que cometem crimes violentos, crimes financeiros ou tributários com altas cifras e também a consequente infração penal de lavagem de dinheiro. Esses criminosos são os que devem, de fato, ser encarcerados e não encarcerar pessoas sem escolaridade, pobres, pretas e pardas apenas como uma forma de esconder a pobreza.

¹⁷⁸ SALES, Luis Otávio. O pagamento do tributo sempre extingue a punibilidade. **Dotti Advogados**, 15 set. 2023. Disponível em: <https://dotti.adv.br/o-pagamento-do-tributo-sempre-extingue-a-punibilidade>. Acesso em: 24 dez. 2024.

É possível pensar algumas soluções para alterar esse paradigma.

No Estado de Minas Gerais, o Governador elaborou o Decreto nº 48,892, de 10 de setembro de 2024, o qual destina bens, direitos e valores provenientes da condenação com trânsito em julgado pelo crime de lavagem de dinheiro, aos órgãos de segurança pública, cabendo à Polícia Civil, o total de 90% do valor arrecadado e o restante para os outros órgãos de segurança pública, devendo o dinheiro ser aplicado para estruturação predial e de viaturas, investimento em tecnologia e inteligência policial e para capacitação dos agentes policiais¹⁷⁹.

Esse tipo de norma direciona a polícia investigativa a enveredar esforços para a criminalidade qualificada e, a longo prazo, pode mudar o paradigma da investigação.

A investigação preliminar realizada pelas polícias investigativas, nos moldes do paradigma tradicional do inquérito policial é utilizada em larga escala como uma forma de banir os excluídos por meio do encarceramento dessas minorias, os indesejáveis aos olhos da classe social dominante. Sobre as falhas de atuação da polícia de forma geral se manifesta o professor Luiz Eduardo Soares:

Numa democracia, a meta da instituição policial, independentemente de suas atribuições específicas, deveria ser garantir direitos dos cidadãos. Para esse fim, disporia de mandato para recorrer ao uso comedido e proporcional da força – se, quando e na medida do estritamente indispensável – e para proceder a investigações, conforme as determinações estabelecidas nos marcos legais vigentes. No Brasil, os objetivos do aparato de segurança, na prática, têm sido, preponderantemente, sustentar a segurança do Estado, encarcerar jovens negros e pobres para atender ao clamor por produtividade policial, “fazer a guerra” contra os suspeitos de envolvimento com crimes – por meio, inclusive, de execuções extrajudiciais – e criminalizar movimentos sociais reprimindo-os de forma arbitrária. Na medida em que a realização desse objetivo inconstitucional envolve a aplicação seletiva (portanto, iníqua) das leis – as quais são refratadas por filtros de cor, classe e território, entre outros –, esse processo reproduz, aprofunda e promove desigualdades sociais¹⁸⁰.

A política criminal brasileira não pode usar uma lógica atuarial voltada para a massa de pessoas pobres para formular suas normas e diretrizes. É preciso haver igualdade na formulação das normas, das políticas públicas e na forma de nortear a política criminal como um todo.

¹⁷⁹ MINAS GERAIS. **Decreto nº 48.892, de 2024**. Dispõe sobre... *Belo Horizonte*, 2024. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/48892/2024/>. Acesso em: 24 dez. 2024.

¹⁸⁰ SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 25-26.

Faz-se necessário buscar mais igualdade para a legislação penal e processual penal e também para a forma de atuação da polícia tanto ostensiva quanto investigativa.

Aponta-se como possível solução sobre deixar a investigação toda a cargo do Ministério Público como forma de diminuir ou evitar os abusos e a corrupção que acometem as instituições policiais e contaminam a investigação.

No entanto, é preciso pontuar que o Ministério Público já é responsável pelo controle externo da atividade policial e as mazelas apontadas acima continuam a existir. Por que seria diferente se a investigação fosse presidida pelo Ministério Público?

Além disso, a transferência da investigação ao Ministério Público não é uma garantia da melhora da investigação tendo em vista que a estrutura do *parquet* não é suficiente para realizar todas as investigações. Eles teriam que utilizar os corpos policiais para realizar a investigação e as mazelas descritas em relação à investigação realiza pelas polícias continuariam a ocorrer uma vez que seriam os mesmos agentes públicos a realizar a investigação.

O problema da corrupção e abusos está muito mais ligado à baixa remuneração dos policiais, a falta de treinamento adequado e a uma estrutura deficiente do que ao órgão responsável pela presidência da investigação.

Acrescente-se que, atualmente, o Ministério Público realiza ótimas investigações em razão de pinçar alguns casos de seu interesse, concentrando esforços em poucos crimes e isso gera resultados satisfatórios.

Seria diferente caso tivessem que investigar todos os crimes e com uma estrutura deficiente. Os problemas apresentados em relação à polícia investigativa persistiriam mesmo que a investigação fosse transferida ao Ministério Público.

E ainda há um problema adicional. O Ministério Público é parte, o que lhe retira a imparcialidade para investigar.

O inquérito policial, mesmo que sob o novo paradigma apresentado, pode não ser o ideal. No entanto, é o instrumento posto em nosso ordenamento jurídico e largamente utilizado para realizar a investigação preliminar, a qual é imprescindível para um processo penal mais democrático e em consonância com o sistema acusatório. Assim leciona a professora Marta Saad:

[...] Esse critério de atribui na *persecutio criminis*, funções diferenciadas a dois órgãos distintos é o que melhor se coaduna com o sistema

acusatório, que os estudiosos, de uma forma geral, consideram mais eficaz do que o sistema inquisitório, no tocante ao resguardo das garantias do cidadão em face do poder persecutório do Estado. Em nossos dias, como se disse, pode-se constatar, através das decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que há uma grande preocupação em se preservar o respeito ao *procès équitable* e à *égalité des armes*, garantias que ficam seriamente ameaçadas se for permitido a uma das partes – o Ministério Público – o exercício de múltiplas funções, como a de colher, diretamente e sem qualquer controle, as provas da fase preliminar e, depois, a de emitir a *opinio delicti*, desencadeando a ação penal, com fulcro nas provas por ela própria produzidas, ao seu talante.

Entre nós, enfim, o inquérito policial existe e é com esse fato que devemos trabalhar. Parece que, em face da nossa realidade e da frustração das experiências estrangeiras, bem como da necessidade de o Ministério Público ter de se servir da polícia judiciária a fim de concretizar a primeira fase da persecução, além, é claro, do fato do Ministério Público apenas querer atuar nos casos de sua escolha, o inquérito policial é, ainda, a melhor forma de apuração prévia que se pode ter no Brasil, apresentando vantagem em relação ao juizado de instrução ou à direção da fase preliminar pelo Ministério Público¹⁸¹.

É mais produtivo tentar melhorar o instituto do inquérito policial do que copiar modelos estrangeiros prontos que podem não funcionar tão bem em nosso ordenamento jurídico diante das especificidades brasileiras como a extensão territorial, por exemplo.

Nesse sentido, a investigação defensiva, a depender do modo como será utilizada e, eventualmente positivada, pode ser um fator benéfico para gerar o aumento da igualdade durante a investigação preliminar e até mesmo dentro do processo penal ou pode ser mais um fator para gerar desigualdade e agravar a situação já posta.

Dessa forma, permitindo-se a investigação defensiva e repensando toda a investigação preliminar tendo o investigado como um sujeito de direitos, a paridade de armas e o contraditório seriam mais e melhor preservados.

Por consequência, dentro desse contexto, a pesquisa sobre a possibilidade da investigação defensiva e como esta procederia, é algo inevitável.

Ante o exposto, será necessário analisar no próximo capítulo, os contornos da investigação defensiva para apurar se há uma positivação legal ou ainda é uma lacuna no ordenamento jurídico, como esta deve ocorrer para que haja uma igualdade no uso dessa ferramenta para todos os indivíduos, evitando que ela seja somente utilizada pelos economicamente abastados.

¹⁸¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 193-194.

Assim, será preciso apurar se a investigação defensiva deve ser obrigatória e quem deterá a legitimidade para realizá-la, especialmente durante a investigação preliminar.

4 DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Estabelecido o novo paradigma do inquérito policial, sua importância para a persecução penal como um instrumento para garantir mais justiça e a adoção de um sistema processual realmente acusatório, além de um processo penal mais democrático, é preciso discutir como será realizada a investigação defensiva de modo igualitário.

Já foi demonstrado no capítulo anterior a gama diversificada de limitações aos direitos fundamentais provenientes das diligências e medidas cautelares reais e pessoais que podem ser decretadas durante a tramitação do inquérito policial tais como, limitação da liberdade e do direito de ir e vir em razão das prisões cautelares, a restrição da propriedade em razão de arrestos e sequestros, a lesão da inviolabilidade de domicílio e da vida privada por meio de uma busca e apreensão, a violação da privacidade e intimidade por meio de uma interceptação telefônica.

A professora Marta Saad estabelece, inclusive, uma diferença entre atos de investigação e atos de instrução, estes últimos podem ser definitivos, expondo a relevância dos elementos produzidos durante o inquérito policial e a necessidade de se possibilitar defesa ao investigado conforme excerto abaixo:

Em razão dos inúmeros atos que acarretam restrição a direito constitucionalmente assegurados, tais como a prisão preventiva, a prisão temporária, a própria prisão em flagrante delito, a busca pessoal ou domiciliar, a apreensão, o arresto e o sequestro de bens, a quebra do sigilo fiscal, bancário e das comunicações, o indiciamento, bem como diante da prática de atos de instrução de caráter definitivo, que não mais se repetem, deve-se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa no inquérito policial.

O indiciado, ou informalmente acusado, deve ser reconhecido como sujeito de direitos no curso do procedimento, e não ser tratado como objeto, alheio ao inquérito¹⁸².

Além dos direitos expostos acima que podem sofrer restrição ou limitação em razão das investigações realizadas no bojo do caderno investigatório, é preciso lembrar que é possível que essas limitações de direito resultem na produção de provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis, as quais, por via de regra, serão utilizadas durante o processo e são aptas a gerar, inclusive, uma condenação, desde que não de forma isoladas.

Em virtude dessas possíveis consequências é que o investigado deveria ter o direito de, nessa fase investigatória, produzir provas, contraprovas e elementos de informação em seu favor, tutelado por meio de uma investigação imparcial. Isto se faz necessário para haver

¹⁸² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 366.

equilíbrio entre o *jus libertatis* e o *jus puniendi* do Estado, além de ir de encontro ao princípio da ampla defesa plasmado na Constituição Federal.

A investigação defensiva se torna um instrumento relevante para tal intento. Nesse sentido expõe o professor André Augusto Mendes Machado:

Deduz-se, do acima exposto, que um modelo processual penal acusatório deve se nortear pelos direitos fundamentais de igualdade e de defesa, os quais incidem em todo o rito persecutório, mesmo na fase preliminar. A investigação defensiva decorre de tais direitos e, mais do que isso, serve para garantir a sua efetiva aplicação¹⁸³.

E prossegue o autor:

Nessa ótica, é possível vislumbrar a investigação defensiva como garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e de defesa.

De fato, consoante o princípio da isonomia, as partes devem ter paridade de armas, ou seja, os mesmos direitos, ônus e deveres, em cada grau e estado do procedimento. Assim, se, de um lado, existe a investigação pública cujo objetivo precípua é reunir material probatório para amparar a opinião delicti do Ministério Público ou da acusação privada, de outro deve-se permitir que o imputado, por meio de seu defensor, efetue atividade investigatória para suportar as suas teses de defesa.

A necessidade de investigação defensiva para garantir a isonomia entre as partes, na persecução penal, é ainda maior nos casos em que a investigação pública está a cargo do Ministério Público, o qual, como se viu, é sujeito parcial e dirige a investigação no sentido acusatório, sem se preocupar com os interesses do imputado¹⁸⁴.

Apesar da nomenclatura da atividade de busca e coleta de informações pela defesa não ser uníssona e nem positivada legalmente, esta pode ser denominada de investigação criminal defensiva¹⁸⁵ ou investigação criminal direta pela defesa¹⁸⁶ ou apenas de investigação defensiva, a discussão sobre o exercício da defesa durante a investigação preliminar não é nova.

A divergência sobre a possibilidade da produção de elementos de prova de forma direta pela defesa durante o inquérito policial existe desde a década de 50 do século XX no ordenamento jurídico brasileiro, não configurando um tema propriamente novo.

Esse debate sobre a possibilidade do exercício da defesa durante a investigação preliminar, especialmente dentro do inquérito policial, existia antes mesmo do advento da

¹⁸³ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 118.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 119-120.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 107-112.

¹⁸⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

Constituição Federal de 1988. A investigação defensiva é apenas um desmembramento do direito de defesa, uma nova forma do exercício desse direito que deve ser assegurado ao investigado.

Os professores José Frederico Marques e Joaquim Canuto Mendes de Almeida tinham posicionamentos contrapostos sobre o tema do exercício da defesa no inquérito policial.

Trata-se de discussão famosa, citada por vários doutrinadores como Marta Saad¹⁸⁷, André Augusto Mendes Machado¹⁸⁸ e Rogério Lauria Tucci¹⁸⁹, os quais estudam a atividade da defesa durante a investigação preliminar.

O Professor José Frederico Marques defendia a desnecessidade de defesa na investigação preliminar diante da inquisitorialidade do inquérito policial, o qual seria um procedimento administrativo meramente informativo e dispensável em que o investigado é apenas um objeto da investigação. Vale transcrever um trecho da obra do professor José Frederico Marques para deixar bem evidente seu posicionamento:

O inquérito policial, portanto, é um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal. Com os elementos investigatórios que integram essa instrução provisória, o inquérito policial fornece ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a suspeita do crime, ou *opinio delicti*, que levará aquele órgão a propor ação penal; com os demais elementos probatórios, êle orientará a acusação na colheita da prova a realizar-se durante a instrução processual¹⁹⁰.

E expondo que o investigado deveria ser tratado apenas como um objeto de direitos durante a investigação preliminar leciona o autor: “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”¹⁹¹.

De outro lado, o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida defendia que deveria haver a possibilidade da produção de elementos de defesa durante a investigação preliminar diante das consequências e efeitos que poderiam ocorrer durante esse procedimento.

Nesse sentido vale citar os dizeres do professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “A inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado

¹⁸⁷ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 373.

¹⁸⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 16-17.

¹⁸⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162-164.

¹⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 153.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 154.

durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado”¹⁹².

E prossegue o autor:

Asseverar que o indiciado nenhum interesse tem a defender no inquérito policial é desconhecer que o delegado de Polícia, tanto quanto o juiz criminal, subordinado do princípio de legalidade, é instrumento da lei, obrigado a cumprir a norma penal, em seu bifrontismo, tanto sob o aspecto do interesse de punir, que é de todos os indivíduos impessoalmente considerados, quanto sob o aspecto do interesse de não punir, fora das limitações derivadas da norma penal.

O indiciado é o primeiro indivíduo pessoalmente interessado no cumprimento dos deveres policiais de descobrimento da verdade criminal, com todas as suas circunstâncias.

Mas, uma vez que o inquérito policial se destina a servir de base à denúncia ou queixa, a servir de fundamento a um despacho judicial de que resulta para o indiciado o mal do processo, seria absolutamente contrário a qualquer senso de justiça, e ao sistema mesmo de nosso processo penal, afastá-lo, como se nada tivesse ele a ver com sua própria liberdade¹⁹³.

É possível afirmar, sem qualquer dúvida, que houve uma prevalência e ressonância da tese defendida pelo professor José Frederico Marques de que não haverá contraditório e ampla defesa na investigação preliminar.

Também prevaleceu a tese de que qualquer inquérito policial ou outra modalidade de investigação preliminar sempre será marcada pela inquisitorialidade. Sobre a tese prevalente, expõe a professora Marta Saad:

Nos idos da década de 1950, lançou-se a idéia de se admitir a participação da defesa na fase preliminar ou prévia da persecução penal. Debate doutrinário firmou-se entre os professores de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida, defensor da idéia, e José Frederico Marques, opositor.

A idéia não prosperou. Consolidou-se o entendimento no sentido de que o inquérito policial, talvez a forma mais utilizada de persecução preliminar ou prévia no direito processual brasileiro, não passa de peça administrativa, meramente informativa, exibindo tão só atos de investigação. Em consequência, nega-se ao indiciado – ou, informalmente, acusado – o direito de defesa nessa fase¹⁹⁴.

Diante disso, o legislador pátrio não se preocupou em discutir o aumento dos poderes investigatórios da defesa para gerar equilíbrio com os poderes conferidos ao Ministério Público para realizar a investigação.

¹⁹² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 214.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 216-217.

¹⁹⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 17.

Isso, possivelmente, acabou por gerar uma ausência de positivação legal expressa da investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro conforme expõe o professor André Augusto Mendes Machado:

Não obstante os importantes aspectos relacionados à investigação defensiva, tal matéria é estranha à legislação nacional, que não prevê procedimento investigatório conduzido pelo defensor do imputado, mas tão somente a possibilidade de se requerer diligência nos autos do inquérito policial¹⁹⁵.

Sem a previsão legal expressa, a investigação defensiva continua sendo um instituto embrionário, de aplicação discutível e dúbia. Por certo, a lacuna legal gera dúvidas e questionamentos sobre a legitimidade, a forma, o valor probatório dos elementos produzidos, os limites da investigação, quais poderes são concedidos à defesa para efetivar a investigação, a responsabilidade dos investigadores defensivos e outras nuances da investigação defensiva.

No entanto, a existência e possibilidade de aplicação da investigação defensiva pode ser encontrada de forma indireta, por consectário lógico, de outras normas positivadas como os princípios do contraditório, ampla defesa e pela paridade de armas das partes no processo, os quais são bases necessárias para a existência de um processo penal constitucional, conforme já demonstrado no primeiro capítulo desse trabalho.

Essa discussão acadêmica-doutrinária inicial em relação à investigação defensiva tem aumentado em razão do vínculo do tema com as leis 13.432/2016¹⁹⁶ (lei que regulamenta a atividade de detetive particular), lei 13.245/2016¹⁹⁷ (lei que alterou o estatuto da OAB aumentando a participação do advogado no inquérito policial), provimento nº 188/2018 da OAB¹⁹⁸ (regulamenta a investigação defensiva para advogados) e pela lei 13.964/2019¹⁹⁹ (pacote anticrime) o qual reforçou que a legislação brasileira adotou o sistema acusatório e trouxe como inovação legislativa a possibilidade do acordo de não persecução penal.

¹⁹⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 13.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei n.º 13.432, de 11 de abril de 2017**. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 12 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para assegurar ao advogado do investigado o direito de assistir a seus clientes durante a apuração de infrações. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 13 jan. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

¹⁹⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. Disponível em: <https://normas.oab.org.br/provimentos/2018/12/provimento-no-188-2018/>. Acesso em: 9 set. 2024.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

Mesmo de forma embrionária e não positiva em lei, vale citar o conceito de investigação defensiva que está previsto no provimento nº 188 da Ordem dos Advogados do Brasil de 11 de dezembro de 2018:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte²⁰⁰.

Vale também trazer o conceito de investigação defensiva traçado pelo professor Édson Luís Baldan:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial²⁰¹.

Ambos os conceitos são bem abrangentes e completos. Pelo conceito expresso no provimento da Ordem dos Advogados do Brasil e o doutrinário possibilitam a realização da investigação defensiva em todas as fases da persecução penal.

O conceito previsto no provimento da Ordem dos Advogados do Brasil não engloba a permissão da investigação defensiva para qualquer defensor, restringindo o direito de investigação apenas aos advogados. Compreensível que não tenha englobado os defensores públicos em razão do órgão que editou o provimento.

No entanto, acredita-se que a investigação defensiva, caso outorgada à defesa, deva ser ampliada para os defensores públicos também. A defensoria pública do estado do Rio de Janeiro inclusive já tem um núcleo de investigação defensiva em funcionamento²⁰².

²⁰⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. Disponível em: <https://normas.oab.org.br/provimentos/2018/12/provimento-no-188-2018/>. Acesso em: 31 dez. 2024.

²⁰¹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev., 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63376, p. 269. Acesso em: 02 jan. 2025.

²⁰² DEFENSORIA PÚBLICA. **Defensoria do Rio terá novo núcleo de investigação defensiva**. Rio de Janeiro: DEPERJ, 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/20445-Defensoria-do-Rio-tera-novo-nucleo-de-Investigacao-defensiva>. Acesso em: 02 jan. 2025.

Nada obstante a ausência de positivação, o instituto da Investigação Defensiva, provavelmente, será inserido em nosso ordenamento jurídico expressamente, uma vez que está previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Penal.

O projeto de lei 8045/2010 de autoria do senador José Sarney, prevê no artigo 13, a possibilidade de o investigado buscar fontes de prova. Nesse sentido vale transcrever o referido dispositivo legal:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito policial, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos²⁰³.

É preciso fazer alguns apontamentos sobre a redação dos dispositivos do anteprojeto que preveem a investigação defensiva.

O anteprojeto acrescenta expressamente a previsão de que advogados e defensores públicos terão legitimidade para realização da investigação defensiva, corrigindo a falha do conceito estabelecido no provimento nº 188 da Ordem dos Advogados do Brasil. A disposição do anteprojeto inclui até mesmo “outros mandatários com poderes expressos”, o que poderia gerar certa dubiedade. Quem seriam os “outros mandatários”? Se aprovado o projeto, ele, em neste ponto, traria em seu bojo normas muito amplas que poderiam ensejar divergências de interpretação. Seriam os detetives particulares? Poderia ser qualquer pessoa a escolha do investigado? Se aprovado o projeto haveria, é preciso discutir esse artigo pois se trata de disposição deveras ampla que precisa ser mais bem definida.

Outra crítica que pode ser feita é de que o artigo transcrito previu a investigação defensiva de forma muito tímida. Não há uma equivalência entre os poderes instrutórios

²⁰³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8045, de 2010**. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 28 dez. 2024.

concedidos à defesa com aqueles concedidos à acusação. Essa desigualdade entre as partes viola a paridade de armas.

A defesa, conforme previsão dos dispositivos legais, precisa esclarecer aos eventuais entrevistados os motivos pelos quais está buscando elementos de prova e somente pode entrevistar a vítima com autorização do juiz de garantias. Os mesmos entraves não são aplicados para o Ministério Público, violando mais uma vez a paridade de armas.

Também não foi concedido à defesa o poder requisitório em relação à polícia investigativa como ostenta o Ministério Público. Além disso, somente foi prevista à defesa o poder de buscar fontes de prova sem que estas sejam de juntada obrigatória aos autos, mesmo que produzidos os elementos de prova em conformidade com o dispositivo legal. A juntada da produção da prova aos autos do inquérito policial ficaria a critério da autoridade policial, o que viola frontalmente o princípio da aquisição ou comunhão da prova.

Esse princípio dispõe que a prova não pertence às partes e sim ao processo, ao interesse da justiça. Uma vez produzida a prova, esta pode ser utilizada por qualquer das partes da forma que melhor lhe convier. A prova produzida pela acusação pode ser utilizada pela defesa ou pelo juiz e o inverso também é verdadeiro. Nesse sentido expõe o professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha: “No campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”²⁰⁴.

Uma vez produzido o elemento de prova, eles não pertencem a qualquer das partes. Não deveria ser possibilitado à autoridade policial decidir qual elemento de prova é importante ou que merece ou não ser juntado aos autos.

Este elemento deve obrigatoriamente ser juntado aos autos do inquérito policial sem que ocorra qualquer juízo de valor da autoridade policial presidente do caderno investigatório.

São as partes e o julgador que devem decidir se aqueles elementos de provas produzidos pela defesa serão úteis para suas manifestações na fase investigatória ou na fase judicial da persecução penal.

A exclusão de um elemento de prova somente deve ocorrer quando a prova for ilegítima ou ilícita, ou seja, quando a prova for produzida com violação das normas legais, tanto materiais quanto processuais.

Não é correto possibilitar a qualquer dos envolvidos a decisão sobre quais dados probatórios quer juntar aos autos e quais devem ser excluídos. Isso viola a boa-fé processual. A

²⁰⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.

investigação deve ser a mais completa possível. A evidência de prova produzida por qualquer dos envolvidos, desde que de forma lícita, deve ser de juntada obrigatória ao caderno investigatório até porque o destinatário final das provas e das evidências é o juiz de instrução.

E a mesma lógica deve valer para a defesa quanto o elemento de prova ou prova produzido for requerido por esta e ao final lhe seja desfavorável. Não caberá a defesa desistir desse elemento de prova ou prova produzido após tomar conhecimento de que este lhe é desfavorável.

Uma vez produzido, independente de qual parte foi a requerente, o elemento de prova ou prova produzido deve ser juntado aos autos e poderá ser utilizado por qualquer das partes e pelo julgador para embasar seus pronunciamentos judiciais ou antejudiciais.

Fato é que a investigação defensiva não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo verdadeira lacuna que deixa sua utilização precária e o processo penal desigual diante da possibilidade do Ministério Público realizar investigações criminais de forma autônoma e também pelo poder requisitório que lhe é conferido no artigo 129, inciso VIII, da Constituição da República²⁰⁵.

Essa desigualdade ocorre em menor grau durante a fase processual tendo em vista que a defesa pode agir e produzir provas, mesmo que em extensão não tão abrangente quanto a da acusação, pois não ostenta as mesmas condições e prerrogativas do Ministério Público, o qual é titular da ação penal e exerce as funções acusatórias.

A desigualdade entre acusação e defesa se acentua nas modalidades de investigação preliminar, tendo em vista que, durante a investigação preliminar, a defesa não tem poderes investigatórios e nem tem poder requisitório sobre a polícia investigativa como detém o *parquet*.

Expondo a necessidade de haver paridade de armas no processo penal leciona o professor Luigi Ferrjaoli:

Para que a disputa se desenvolva lealmente 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 perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações²⁰⁶.

²⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jan. 2025.

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 565.

É oportuno pontuar que a investigação defensiva já é aceita e prevista em alguns ordenamentos jurídicos tais como o ordenamento jurídico italiano e o estadunidense. Nesse sentido expõe o professor André Augusto Mendes Machado:

Nessa trilha, bem de se ver que alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros previram a investigação defensiva. Em realidade, cuida-se de prática antiga e usual do direito norte-americano, o qual, por observar um modelo processual penal “adversarial”, concedeu às partes iniciativa probatória e investigatória. Já nos países de cultura jurídica romano-germânica, a investigação defensiva é vista com maiores ressalvas. Até o momento, apenas a Itália, por meio da Lei 397, de 07.12.2000, incorporou e regulamentou esse tipo de procedimento investigatório²⁰⁷.

O modelo estadunidense é mais distinto do brasileiro por esse país se filiar ao sistema judicial da *common law* e utilizar um sistema processual com lógica adversarial, não utilizando um sistema acusatório de fato.

Além disso, a investigação em geral, nos Estados Unidos, não tem rito definido em lei e também não há rito ou dispositivos legais sobre a investigação defensiva, a qual é feita de forma extrajudicial com ajuda de notários e de escritórios especializados, com base em alguns dispositivos constitucionais e orientações jurisprudenciais. E poucos casos são levados ao Poder Judiciário em razão dos altos custos de judicializar uma demanda²⁰⁸.

Essas características da investigação defensiva estadunidense baseada em sistema judicial e processual diversos do brasileiro aliada à falta de poder econômico da população brasileira, o que tornaria a investigação defensiva restrita a um grupo muito específico da população, aqueles que são favorecidos economicamente, impossibilita o compartilhamento do formato de investigação defensiva estadunidense pois esta seria utilizada de forma desigual e restrita, reservada apenas para alguns privilegiados.

O modelo italiano de processo penal é mais próximo ao nosso uma vez que utiliza o sistema jurídico da *civil law* e sistema processual acusatório, por isso, a investigação defensiva utilizada naquele país possa ser de mais fácil adaptação ao de um possível modelo brasileiro de investigação defensiva.

A investigação, na Itália, é feita por meio de um procedimento judicial pré-processual denominado *indagini preliminari*, o qual pode é presidido pelo Ministério Público diretamente ou utilizando a estrutura da polícia judiciária e há uma figura parecida com o Juiz de Garantias

²⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 47-48.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 124-127.

utilizado no Brasil. A função do procedimento é angariar elementos para viabilizar a ação penal²⁰⁹.

A investigação defensiva na Itália teve previsão inicial tímida, mas foi ampliada e detalhada pela Lei 397 de 07.12.2000. A iniciativa investigatória é conferida ao defensor e não ao investigado, o qual é o responsável por toda a investigação e pode ser ajudado por investigador privado autorizado²¹⁰.

O defensor pode realizar diversas diligências como ouvir testemunhas, juntar documentos, acessar lugares públicos ou abertos ao público para verificar o estado de pessoas e coisas e realizar entrevistas informais e, diversamente do ministério público ou da polícia, não tem o dever de documentar seus atos investigatórios. O defensor pode juntar apenas os atos que julgar conveniente para apoiar seu cliente. No entanto, caso opte por documentar tem que fazer de forma integral e não apenas as partes que lhe favoreçam²¹¹.

O resultado da investigação defensiva deve ser enviado ao Ministério Público para que seja juntado a *indagini preliminari* e o Tribunal e Cassação Italiano consignou que os elementos probatórios resultantes da investigação defensiva têm a mesma força probatória da investigação pública²¹².

Mesmo sem a positivação da investigação preliminar no Brasil, é oportuno discutir a investigação defensiva como forma de elaborar seus conceitos, verificar eventuais possibilidades e problemas para que haja sua positivação e uso.

É imperioso consignar que a defesa deve participar e influir inclusive na fase antejudicial do processo penal (investigação preliminar) para que haja uma paridade de armas e, assim, a investigação defensiva se constitui num instrumento muito relevante como forma de manifestação da igualdade entre as partes.

É preciso garantir os direitos fundamentais de forma real e a investigação defensiva seria, como de fato é, um instrumento para se alcançar um processo penal mais equilibrado e menos opressor num Estado em que os direitos e garantias fundamentais muitas vezes funcionam tão só como uma mercadoria acessível exclusivamente para quem detém o poder econômico.

Dissertando sobre a importância e obrigatoriedade da investigação defensiva, leciona o professor Diogo Rudge Malan:

²⁰⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 131-136.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 146-148.

²¹¹ *Ibid.*, p. 150-158.

²¹² *Ibid.*, p. 159-160.

De fato, a investigação criminal defensiva não pode ser vista como faculdade, a ser exercida ou não de forma discricionária, segundo as conveniências pessoais de cada defensor técnico. Pelo contrário, a investigação criminal defensiva se consubstancia em verdadeiro poder-dever.

Em outras palavras: é necessária a sedimentação no caldo cultural dos legisladores e operadores jurídicos brasileiros da ideia de que *existe dever ético* de investigar imposto ao defensor técnico, como parte integrante do seu dever de propiciar defesa penal *efetiva*, por meio de uma atuação profissional com *capacitação técnica e empenho pessoal*²¹³.

E trazendo à baila a questão econômica da prova e, por consequência, da legitimidade para realização da investigação defensiva aos órgãos públicos, esclarece o professor Franklyn Roger Alves Silva, no excerto abaixo:

Somente admitiremos a assertiva de que um processo legal foi devido se o acusado, independentemente de sua condição econômica ou natureza do fato praticado, puder ter acesso a todos os meios de prova em igualdade de condições com a acusação.

E quando nos referimos ao acesso aos meios de prova, não significa apenas a previsão abstrata do Código de Processo Penal que permite ao acusado arrolar suas testemunhas no prazo da Resposta. Muito menos ter ciência da prova pericial e poder requerer o esclarecimento do perito em audiência.

O acesso adequado aos meios de prova, depende, em grande parte da possibilidade de o acusado ter condições de propor a produção de quaisquer meios relevantes e admitidos no ordenamento jurídico e dispor de uma defesa capacitada e que seja capaz de acompanhar a sua produção²¹⁴.

Assim, será preciso analisar no próximo capítulo, a legitimidade e obrigatoriedade da investigação defensiva para órgãos públicos como a defensoria pública ou para as polícias civil e federal quando o investigado não tiver defensor constituído ou quando não tiver condições econômicas de custear eventuais diligências e perícias sob pena da investigação defensiva ser apenas mais uma forma de banir os excluídos economicamente por não lhes permitir o acesso a um direito facultado aos favorecidos economicamente e que podem constituir um advogado para intervir em seu favor na investigação defensiva.

Outro aspecto interessante que reforça a necessidade de discussão da legitimidade da realização da investigação defensiva são as hipóteses de justiça penal negociada.

Nos últimos anos, tem crescido a aplicação de uma justiça penal negociada, forma de aplicação de sanções penais em que as partes negociam as punições mediante as evidências produzidas durante a investigação preliminar.

²¹³ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal: processo penal I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 415.

²¹⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 78.

Nesse sentido, a fase investigatória ganha protagonismo, uma vez que é essencial para que a defesa possa firmar um acordo justo para o investigado.

A justiça penal negociada é feita de várias formas, no entanto, no mais das vezes, apenas com base na investigação preliminar e firmada por meio de acordos extraprocessuais de não persecução penal, os quais aumentaram no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos 30 anos, com a introdução de institutos “despenalizadores” tais como a transação penal, suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e mais recentemente o acordo não de não persecução penal, os quais já possibilitam que a acusação e a defesa firmem acordos sem que haja um processo judicial e podem ser aplicados para a grande maioria das infrações penais brasileiras.

É preciso discutir a possibilidade de a defesa produzir elementos informativos que possam influenciar a decisão judicial e os acordos extraprocessuais entre acusação e defesa, para que estes sejam de fato um acordo e não uma imposição unilateral do órgão acusador.

Por isso, no próximo capítulo é preciso expor essa nova forma de justiça penal negociada e averiguar sua relação com a investigação defensiva.

4.1 As formas extraprocessuais de persecução penal e a importância da investigação defensiva

A imensa quantidade de processos judiciais e a cultura litigiosa existente no ordenamento jurídico brasileiro, aliada a falta de estrutura adequada do Poder Judiciário, gera uma morosidade da Justiça em julgar as lides judiciais.

No processo penal, a morosidade do Poder Judiciário gera uma sensação de impunidade na população e pode ocasionar a reiteração de condutas criminosas por não produzir a prevenção geral negativa da pena. Muitas vezes ainda ocorre a prescrição da pretensão punitiva do indivíduo que teria cometido o crime.

Para diminuir a quantidade de processos judiciais e o tempo de sua tramitação, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário tentam construir soluções legais e jurisprudenciais para diminuição das demandas.

Exemplos dessas soluções para diminuição da quantidade e do prazo de demandas judiciais são a introdução da súmula vinculante, a incorporação dos precedentes obrigatórios à sistemática brasileira ou ainda a tese doutrinária repudiada pela jurisprudência da prescrição virtual.

As resoluções que ensejam a diminuição das demandas judiciais também podem ser extrajudiciais e consensuais. Essas inovações são realmente frutíferas em certos casos como a ideia da justiça multiportas, da justiça restaurativa e da lei de arbitragem.

No entanto, nesses exemplos citados acima, é preciso de tempo para mudança cultural dos profissionais e da população para possibilitar a aceitação de uma justiça menos litigiosa e mais consensual que depende da cessão de direito dos envolvidos e baseada na vontade das partes.

Nesse contexto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a ideia da justiça penal negociada ou justiça penal consensual, a qual tem inspirações no direito estadunidense e é baseada na barganha – “*plea bargaining*”, acordo firmado entre as partes – acusação e réu, sobre a aplicação de penas, inclusive penas privativas de liberdade. Sobre a importância da justiça penal consensual para o direito estadunidense e da relativização dos direitos fundamentais que ocorre em razão dessa forma de justiça, expõe o professor Vinicius Gomes de Vasconcellos:

Ademais, afirma-se que quase 90% das condenações criminais nos Estados Unidos são impostas com renúncia do acusado à garantia do devido processo legal, tornando letra morta a garantia constitucional do julgamento por júri. Desse modo, pode-se apontar a propensão à expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira como sinal da relativização de garantias fundamentais do processo, com a finalidade de estabelecer meios céleres e abreviados para a concretização antecipada do poder punitivo, de modo a dar vazão à incessante ampliação do controle social por meio do Direito Penal²¹⁵.

O sistema estadunidense de processo penal utiliza o sistema adversarial de processo penal, o qual já foi exposto no primeiro capítulo e inclusive, consignado que tal sistema não é compatível com o sistema acusatório, adotado expressamente pelo legislador brasileiro. Conceituando a barganha e expondo suas origens, leciona o professor Bernardo Frechiani Lara Maciel:

Consustância a barganha, em síntese, um conjunto heterogêneo de práticas judiciárias procedentes do direito norte-americano, perpassadas, então, pelas *linhas de força* do modelo anglo-saxônico e engendradas no bojo do *adversarial system*, que têm por atributo comum um ajuste entre acusação e réu relativamente à persecução penal²¹⁶.

²¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: A justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal: processo penal I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 88.

²¹⁶ MACIEL, Bernardo Frechiani Lara. **Justiça penal negociada: crítica a partir de uma intervenção comparada**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 9.

Ocorre que, muitas vezes, essas soluções são introduzidas no ordenamento jurídico de forma imatura ou importadas de ordenamentos jurídicos alienígenas sem qualquer forma de adaptação ao ordenamento jurídico pátrio, seja adaptação orçamentária, seja da realidade estrutural, cultural ou legal.

Nesse sentido pontuou o professor Bernardo Frechiani Lara Maciel:

Acresce à problemática relativa ao transplante do instituto peculiar de modelo alóctone, já de si instigadora de controvérsia, o fato de os mecanismos incorporados ao direito brasileiro carecerem de uma regulamentação consistente, o que se pode explicar – eis uma das hipóteses centrais da presente tese – pela ambivalência inquisitória na qual a barganha veio a se inserir. O desarranjo, a nível intersistêmico como a nível intra-sistêmico, sugere uma incongruência matricial, a comprometer visivelmente sua adaptabilidade ao processo penal nacional.

Outrossim, para lá de todas as dúvidas que naturalmente surgiriam quando da importação acrítica de categorias forâneas, a ausência de um regramento coerente e compatível com a realidade jurídico-penal brasileira só faz tornar ainda mais confusa a aplicação dos mecanismos negociais na prática processual penal. Não raro a citada confusão vulnera o efetivo exercício do direito de defesa, assomando o referido caos normativo como mola propulsora às pretensões repressivas de um maximizado Estado Penal²¹⁷.

Na seara penal, há vários exemplos atuais de justiça penal consensual extrajudicial. O professor Guilherme Madeira Dezem diz inclusive que existem hipóteses processuais de justiça consensual previstas no Código Penal em relação ao cumprimento de pena e que são anteriores à Constituição Federal de 1988, as quais estão expostas no excerto abaixo:

Esse modelo de justiça consensual não é novo em nosso ordenamento. Já no Código Penal tínhamos, ainda que de maneira tímida, a manifestação do consenso no sursis penal e no livramento condicional. Posteriormente, a partir de 1995, vem paulatinamente ganhando mais espaço no sistema processual penal. Naquele ano a Lei 9.099/95 foi inovadora criando institutos como composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Posteriormente avançou-se como mecanismos como a colaboração premiada e agora chegamos ao instituto de acordo de não persecução penal²¹⁸.

Ousa-se discordar do professor Guilherme Madeira em relação às hipóteses judiciais como formas de justiça penal negociada.

As hipóteses judiciais não são, de fato, uma espécie de justiça consensual pois as lides penais são submetidas ao crivo do judiciário e se tratam, em verdade, de substituição de uma pena já imposta mediante uma sentença penal condenatória e, não de um acordo propriamente

²¹⁷ MACIEL, Bernardo Frechiani Lara. **Justiça penal negociada**: crítica a partir de uma intervenção comparada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 10.

²¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 185.

dito antes de uma decisão definitiva do Poder Judiciário, representante do Estado responsável por resolver as lides criminais e impor eventuais sanções penais, sempre pautado no princípio da legalidade em sua vertente taxatividade, com parâmetros mínimos e máximos de pena conhecidos e determinados.

A suspensão condicional da pena e o livramento condicional configuram mais um benefício em sede de execução de pena com o intuito de evitar o encarceramento de sanções penais diminutas, gerando ressocialização e cumprindo o sistema progressivo das penas do que uma solução consensual pautada num acordo para evitar uma demanda penal.

O processo existiu e foi levado à cabo, chegando ao seu fim, possibilitando o exercício de defesa, uma absolvição e a discussão dos elementos do crime com um pronunciamento judicial definitivo.

O Judiciário, nas hipóteses de livramento condicional e sursis da pena, é o protagonista e propõe os benefícios processuais. No caso da justiça penal consensual, os protagonistas são o ministério público e o réu, mediante orientação de seu defensor público ou constituído.

Em relação às modalidades de justiça penal negociada extrajudicial, o modelo é diverso. É um acordo feito entre o Ministério Público e o réu com assistência de seu patrono e, em regra, sem que haja processo, sem a produção de provas em fase judicial, sem uma decisão final do Poder Judiciário sobre condenação ou absolvição e, portanto, a cognição não é exauriente. E nesse ponto vale tecer alguns pontos que precisam ser discutidos.

A primeira questão que pode ser apresentada é que o Ministério Público é o titular da pretensão acusatória mas o detentor do poder punitivo é o Poder Judiciário e, por isso, a punição estatal não deveria ser delegada às partes e sim caberia ao representante do poder judiciário, o qual é responsável por aplicar as sanções penais ou substituir qualquer espécie de sanção penal prevista em lei.

Não é adequado em um Estado Democrático de Direito delegar à uma das partes do processo penal a escolha da pena sem critérios muito bem definidos ou cálculo de pena preciso.

É preciso anotar também que a delegação do estabelecimento da sanção ao Ministério Público não seria compatível com o sistema acusatório pois a acusação e a decisão sobre a sanção penal aplicável, configurando um nítido ato de julgamento, estariam concentradas no mesmo órgão. No sistema acusatório as funções de acusar e de julgar de forma imparcial, não podem ficar concentradas numa mesma pessoa ou órgão. Essa é a posição crítica do professor Vinicius Gomes de Vasconcellos:

Assim, conclui-se que os mecanismos de negociação (baganha) não se identificam com o modelo acusatório, mas sim, em sua concretização,

inviabilizam qualquer medida de busca de acusatoriedade da justiça criminal, ao passo que acarretam práticas autoritárias e inquisitivas.

Ademais, a distinção entre acusador e julgador se mostra nebulosa, ao passo que o representante ministerial usurpa funções do juiz ao decidir o mérito do julgamento, já que, em um cenário de negociações, compete a ele oferecer a proposta de acordo, além de que ao julgador resta a mera (e, em regra, aparente) homologação formal²¹⁹.

Nesse sentido, é muito salutar, mas não suficiente que todas essas formas de acordo extraprocessual sejam, no mínimo, submetidas ao crivo do Poder Judiciário para fiscalizar e homologar os termos dos acordos, evitando eventuais ilegalidades ou discrepâncias na aplicação das sanções penais. A imposição de uma pena sem processo pode não ser a solução mais ajustada com um processo penal democrático e respeitador do sistema acusatório.

Uma possível solução mais adequada ao sistema acusatório e de acordo com um processo penal democrático seria a descriminalização de condutas menos graves como as contravenções penais e alguns crimes de menor potencial ofensivo com penas diminutas e sem violência ou grave ameaça à pessoa com o intuito de evitar a grande quantidade de demandas judiciais penais.

Apesar disso, é preciso compreender que a justiça penal consensual já está presente em nosso ordenamento e, por isso, é preciso tentar melhorar a sua aplicação, uma vez que não há possíveis alterações num panorama próximo. Nessa toada, vale expor, mesmo que de forma sucinta, a previsão legal e cada uma das modalidades de justiça penal consensual extrajudicial previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O constituinte originário possibilitou pelo artigo 98, inciso I, da Constituição da República, uma hipótese em que era permitida a aplicação da transação nos juizados especiais criminais para os crimes de menor potencial ofensivo²²⁰.

Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela lei 9.099 de 1995 e esse diploma legal trouxe em seu artigo 74, como possibilidade de justiça penal consensual, o instituto da composição civil e ainda duas hipóteses de mitigações ao princípio da obrigatoriedade nas ações penais públicas que também são formas de justiça penal consensual,

²¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: A justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal: processo penal I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 98.

²²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 jan. 2025.

quais sejam, a transação penal prevista no artigo 76 da lei 9.099 de 1995 e a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da lei 9.099/95²²¹.

Tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo são bem consolidadas em nosso ordenamento jurídico e já tem doutrina e jurisprudência bem sedimentadas sobre as controvérsias iniciais de aplicação dos referidos institutos.

A transação penal é utilizada para os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com pena máxima igual ou inferior a dois anos e para as contravenções penais de acordo com o artigo 61 da lei 9.099 de 1995. Já a suspensão condicional do processo é aplicada para os crimes que poderiam ser denominados de médio potencial ofensivo, aqueles cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano²²².

Posteriormente, foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, por meio da lei 12.850 de 2013, o instituto da delação ou colaboração premiada, sendo mais uma forma de justiça penal consensual²²³.

A colaboração premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual e não tem limitação quanto a pena ou tipos penais que podem ser beneficiados por tal instituto, podendo abranger condutas cometidas no contexto de organizações criminosas mesmo que praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, o que torna a colaboração penal muito abrangente.

Frise-se que a colaboração premiada pode reduzir a pena do colaborador em até dois terços e até mesmo gerar o perdão judicial, conforme artigo 4º da lei 12.850 de 2013²²⁴.

Na sequência, com as alterações trazidas pela lei 13.964 de 2019 (pacote anticrime), foi positivado no artigo 28-A do Código de Processo Penal²²⁵, o acordo de não persecução penal, o qual tem natureza jurídica de negócio jurídico extrajudicial pré-processual e já estava previsto de forma muito parecida no artigo 18 da resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público²²⁶.

²²¹ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

²²² *Ibid.*

²²³ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e a persecução penal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2025.

²²⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 27 de setembro de 2017**. Estabelece normas para o controle de atos administrativos e a gestão de recursos do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

É preciso citar que a esmagadora maioria dos tipos penais previstos no ordenamento jurídico brasileiro comportam alguma das espécies de justiça penal negocial extrajudicial. O professor Élcio Arruda fez uma pesquisa em seu livro *Consolidação das Leis Penais*, a qual está atualizada até dezembro de 2023, e nessa obra, o autor consignou que no Código Penal há 405 tipos penais e entre esses, 145 (35,80%) são passíveis de transação penal, 110 (27,16%) comportam *susis* processual e 190 (46,91%) podem ser objeto de acordo de não persecução penal²²⁷.

Em relação a todos os tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, temos um total de 1176 tipos penais, dos quais 524 (44,55%) são passíveis de transação penal, 274 (23,29%) comportam *susis* processual e 460 (39,11%) podem ser objeto de acordo de não persecução penal²²⁸.

Se considerarmos só a transação penal e o acordo de não persecução penal somados, nos quais nem sequer há o início do processo, uma vez que não precisam do recebimento da denúncia pelo Poder Judiciário, 335 (82,71%) dos 405 tipos penais do Código Penal admitem ambos os acordos e 984(83,66%) dos 1176 tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro admitem transação penal ou acordo de não persecução penal²²⁹. Nesses casos primeiro o acordo será firmado pelas partes e, posteriormente, submetido ao Poder Judiciário.

E nesses dados ainda não estão englobadas a hipótese da colaboração premiada.

Todas as formas de justiça penal negociada determinam que a aceitação do acordo deve ser feita pelo investigado e também por seu defensor. A defesa, em razão da previsão legal, obrigatoriamente vai participar da celebração do acordo em todas as espécies de justiça penal negociada.

É possível afirmar que o legislador teve uma preocupação para que os acordos sejam firmados com a orientação de defensores públicos ou advogados para orientar o cliente sobre questões judiciais, benefícios e malefícios da celebração do acordo e também para ampará-los em relação à voluntariedade.

A transação penal e a suspensão condicional do processo não preveem expressamente que deve haver voluntariedade do celebrante do acordo. No entanto, em ambos os casos, a lei dispõe que deve haver aceitação do acordo. Ao tratar da transação penal, no artigo 76, parágrafo 3º da lei 9.099/95, o legislador utiliza a expressão “aceita a proposta pelo autor da infração” e

²²⁷ ARRUDA, Élcio. **Consolidação das leis penais (CLP)**: atualizado até 31-12-2023. São Paulo: Editora Dialética, 2024, p. 393.

²²⁸ *Ibid.*, p. 392.

²²⁹ *Ibid.*, p. 392-393.

sobre a suspensão condicional do processo no artigo 89, parágrafo 1º, da lei 9.099/95 é utilizada a expressão “Aceita a proposta pelo acusado”. Ambas as expressões demonstram que deve haver concordância expressa do celebrante do acordo²³⁰.

Já em relação ao acordo de não persecução penal e a colaboração premiada, hipóteses de justiça penal negociada que foram introduzidas mais recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador impõe que é necessária a voluntariedade do celebrante para realização do acordo e o juiz deve fiscalizar esse elemento, não devendo aceitar acordos em que não haja voluntariedade. A necessidade da voluntariedade está expressa no artigo 4º, *caput*, da lei 12.850²³¹ para a colaboração premiada e no artigo 28-A, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal para o caso do acordo de não persecução penal e o juiz deve marcar uma audiência especificamente para verificar a existência do elemento volitivo e a legalidade do acordo²³².

Todavia, em qualquer das formas de justiça penal negociada, sem que haja a possibilidade de a defesa influir na investigação, não terá, de fato, um livre querer do investigado, sendo esta apenas aparente.

Com efeito, para que a voluntariedade não seja aparente, a defesa deve participar desde o primeiro momento em que haja um ato de acusação como um indiciamento sobre um indivíduo ou seu interrogatório, ou seja, desde o primeiro momento em que ele seja apontado como autor da infração penal.

No entanto, no mais das vezes, a proposta vem pronta do Ministério Público e a aceitação pelo investigado e seu defensor é apenas um ato formal, não sendo possibilitada a negociação dos termos da proposta de acordo ou intervenção da defesa nas diligências e atos investigatórios realizados. Os autores Luis Fernando de Moraes Manzano e Tiago Cintra Essado lecionando sobre a participação da defesa e a impossibilidade de intervenção da defesa na colaboração premiada dispõem:

Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor (artigo 4º, § 15). A presença do defensor é indispensável em todos os estágios da colaboração premiada, sob pena de ilicitude por derivação dos elementos de prova obtidos a partir da colaboração eivada de nulidade. Evidentemente que o defensor não tem a

²³⁰ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

²³¹ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e a persecução penal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

²³² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

prerrogativa de acompanhar as diligências em andamento, sob pena de ineficácia da investigação criminal²³³.

Muitas vezes, os acordos, até mesmo pela disposição legal, somente são possíveis se o celebrante abrir mão de direitos fundamentais como a presunção de inocência, obrigando, por exemplo, o investigado a confessar o crime para ter direito à celebração do acordo. Isso é o que ocorre, por exemplo, com o acordo de não persecução penal, conforme a redação do *caput* do artigo 28-A em que a lei dispõe expressamente que para o indivíduo receber o direito de celebrar o acordo deve ter confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal²³⁴.

E, tantas outras vezes, os acordos são marcados pela abusividade praticada pela acusação. Há casos em que o Ministério Público, contrariando a lei, a qual determina que somente seria possível a transação penal ou o acordo de não persecução penal quando não for caso de arquivamento, utiliza os acordos penais para evitar o arquivamento da investigação preliminar ou a realização de outras diligências com o fim de preencher uma justa causa duvidosa.

Trata-se de uma punição subsidiária quando não há elementos para preencher a justa causa para oferecer denúncia. Sobre essa forma de agir ilegal e abusiva, demonstra preocupação o autor Guilherme Madeira Dezem em trecho de sua obra:

Somente caberá a elaboração de proposta de acordo de não persecução penal caso não seja hipótese de arquivamento do inquérito policial. É fundamental que este primeiro requisito norteie os promotores e juízes que atuarão com o acordo de não persecução penal.

Má aplicação deste primeiro requisito por consequência que os casos que anteriormente seriam típicos de arquivamento agora possam ser hipótese de acordo de não persecução penal.

Deve-se evitar a todo custo a falsa ideia de “não há prova para denunciar ou condenar, mas vou tentar um acordo de não persecução penal”. A atuação acusatória exige cautela e cuidado com os direitos fundamentais e a imensa maioria dos promotores certamente não proporá acordos levianos²³⁵.

Outra prática comum é o exercício de pressão de diversas formas sobre a pessoa investigada mediante o uso de prisões cautelares com o intuito de diminuir a capacidade de

²³³ MANZANO, Luis Fernando de Moares; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). **Eficiência e garantismo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 200.

²³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

²³⁵ DEZEM, Guilherme Madeirza. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 190.

barganha do celebrante ou ainda sua resistência à celebração do acordo nos termos propostos pela acusação, especialmente quando se trata de colaboração premiada. A surpresa em relação aos elementos informativos e a impossibilidade da defesa facilitam tal intento. Nessa esteira, expõe o professor Jaques de Camargo Penteado:

A capacidade de o delator apreciar a natureza, o conteúdo e a extensão da admissão de culpa e da causação ao terceiro há que ser preservada com todo o cuidado, evitando-se que a desumana pressão do ambiente carcerário, a indeterminação do tempo da prisão, a ameaça de extensão da prisão a parentes e afins do detido, a condenação informal dos meios de comunicação de massa, fragilizem a inteligência e a vontade do arguido, incapacitando-o para a confissão e a chamada do corréu.

[...] A mídia transforma a detenção em espetáculo e o povo extasia-se com a prisão do presumidamente inocente. Nesse entretempo aplicam-se severas condenações, em regime fechado, a acusações por fatos semelhantes. Estes delatam e as suas penas são diminuídas e eles transferidos para regimes menos rigorosos. Parece que a necessidade da prisão processual inexistia e estava direcionada mais à delação do que à garantia do processo. Cria-se uma sistemática que parece eleger a delação como a única forma de evitar condenações rigorosas. Nessas circunstâncias, nem sempre a inteligência do delator está bem informada e nem sempre a vontade do mesmo é livre para gerar efeitos que essa confissão e a chamada do corréu provocam²³⁶.

A participação efetiva da defesa em todas as fases, desde a investigação preliminar com a possibilidade de produção de elementos de informação, teria o condão de afastar qualquer tipo de prática abusiva e ainda melhorar as formas de justiça penal negociada.

E o medo da abusividade não é algo sem fundamento. No direito estadunidense, país em que a justiça penal negociada é utilizada de forma muito ampla, os abusos são corriqueiros e a defesa pode realizar um primeiro controle desses abusos, como expõem os autores Luis Fernando de Moraes Manzano e Tiago Cintra Essado:

Vê-se que há margem de discricionariedade na atuação dos agentes públicos que lidam nessa fase, uma vez que cabe a eles aceitar ou não as propostas de colaboração. Por isso que sempre deve se buscar o adequado uso do instituto, confiando-se nesse caso à própria defesa o primeiro órgão de controle da fase de negociação. Vale a pena lembrar aqui as críticas feitas ao instituto nos Estados Unidos, sobretudo em razão da atuação de promotores americanos, muitas vezes acusados de deterem um amplo poder nas mãos e dele abusando, inviabilizando aos investigados em geral a possibilidade de optarem pelo não uso da plea bargaining²³⁷.

²³⁶ PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação Premiada: Breve incursão nos requisitos de validade e de eficácia. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). **Eficiência e garantismo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 194.

²³⁷ MANZANO, Luis Fernando de Moares; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). **Eficiência e garantismo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 207.

Os dados estatísticos apresentados sobre a quantidade de infrações penais que admitem uma das formas de justiça penal negociada, a imposição do legislador sobre a obrigatoriedade da participação do defensor público ou constituído na celebração dos acordos e a obrigatoriedade da voluntariedade dos autores da infração penal já demonstram a importância da produção de elementos de informação e de provas de forma imparcial, com a participação da defesa e que possam ser utilizados pela defesa para que os acordos realmente sejam consensuais e não uma imposição unilateral do Ministério Público.

Isso posto, é preciso verificar a legitimidade para realização da produção dos elementos de informação e das provas que possam ser consideradas imparciais, sem um viés eminentemente acusatório.

4.2. Legitimidade para realização da Investigação Defensiva

A palavra investigação tem vários sinônimos e entre eles estão os vocábulos: análise, pesquisa, estudo, busca, apuração, verificação e inquirição²³⁸. Esses sinônimos já demonstram que a investigação deveria ser imparcial, não ostentando lado, não sendo acusatória ou defensiva. A investigação deveria ser uma busca pelos fatos, uma reconstrução possível do passado sem qualquer fim predeterminado.

Entretanto, conforme já apresentado nesse trabalho, há um posicionamento doutrinário firme exposto no conceito de inquérito policial, cunhado pelo professor Fernando da Costa Tourinho Filho, de que o inquérito policial e a investigação preliminar de forma geral somente teriam o fim de subsidiar a *opinio delicti* do Ministério Público, não precisando amparar a defesa ou subsidiar as decisões do julgador.

Dessa forma, faz sentido utilizar a expressão investigação defensiva e apurar quem seria o detentor natural da legitimidade para realização dos atos investigatórios em favor da defesa. É preciso definir quem deve realizar a investigação defensiva para que não haja falha na produção dos elementos de informação, bem como para que eles não se percam.

A princípio podemos pensar em três legitimados possíveis para realização da investigação de forma geral e também para a investigação defensiva.

²³⁸ SINÔNIMOS. **Investigação**. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/investigacao/>. Acesso em: 12 jan. 2025.

A polícia civil ou federal, os quais são responsáveis pela investigação das infrações penais conforme previsão do artigo 144, parágrafo 1º, inciso I e parágrafo 4º, da Constituição Federal²³⁹.

Em seguida podemos pensar no Ministério Público, o qual é legitimado privativo da ação penal pública e teria interesse em apurar os fatos para promover a ação penal ou para subsidiar o arquivamento desta diante da falta de dados suficientes para efetuar a denúncia.

Por fim, temos a defesa representada pelo defensor constituído ou pela Defensoria Pública, os quais estariam representando o próprio acusado e, com certeza, este é o maior interessado em produzir elementos de informação e provas que militem em seu favor.

Em relação à fase processual, não deve haver um questionamento muito grande sobre quem são os legitimados para produção de provas.

As polícias civil e federal atuam, em regra, durante a fase investigatória extrajudicial da persecução penal, não devendo ostentar legitimidade para produção, de ofício, de provas durante a fase processual. Excepcionalmente, é possível defender que as polícias possam, mediante requerimento da defesa ou do Ministério Público e decisão do juiz, prestar auxílio para realização de atos que possam resultar em provas durante o processo.

O Ministério Público é parte no processo penal e, por isso, soa um pouco estranho que este requeira a produção de provas em favor da defesa nessa fase. Apontando os argumentos de que o Ministério Público é parte no processo penal, expõe o professor Renato Stanzola Vieira:

No processo penal, pode-se dizer que parte é quem pede ou em face de quem se pede, sendo que ambas se interligam pelas situações jurídicas ditadas pelas chances que a lei atribui a cada uma das partes de se desincumbir de carga probatória (acusadora) ou riscos processuais (acusada). Ambas têm interesses iniciais contrapostos: obter provimento judicial que julgue procedente a demanda (parte acusadora); ou, ao contrário, obter sentença que julgue o pedido inicial improcedente²⁴⁰.

E continua o autor:

É que, em processo penal, como se diz amiúde, o acusador oficial não tem interesse jurídico próprio ou de titularidade de terceiro definido, mas puramente interesse objetivo e social, grassando, por isso, opinião que, entre outros argumentos, não o considera como parte no processo. Conquanto a falibilidade do argumento seja fácil de provar – se não fosse parte não caberia, lógica ou juridicamente, a assistência ao Ministério Público na persecução penal, e, como se sabe tanto do plano jurídico quando do lógico, o assistente assiste à parte principal, daí o órgão acusador ser parte -, provoca a

²³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2025

²⁴⁰ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 96.

evolução deste trabalho. Isso porque o processo penal não constitui em processo unipartido, em que a única parte que defende interesse (no caso, interesse próprio) é o acusado. O interesse é o móvel da atividade processual das partes, seja de um lado – acusador –, seja do outro – acusado²⁴¹.

O Ministério Público ao efetuar a denúncia já deduziu a pretensão acusatória e, apesar de parecer inconstitucional o artigo 385 do Código de Processo Penal por violar o sistema acusatório conforme já foi exposto no primeiro capítulo, este artigo não foi revogado e é aplicado diuturnamente pelo poder judiciário. Dessa forma, mesmo que o Ministério Público requeira a absolvição, o juiz pode efetuar a condenação do réu caso acredite que as provas são suficientes para subsidiar sua decisão condenatória²⁴².

Isso posto, parece que conferir legitimidade para o Ministério Público realizar a produção de provas em favor da defesa na fase processual não faz sentido tendo em vista que este representa a acusação e é parte interessada na condenação do investigado. No processo penal, o Ministério Público atua como órgão de acusação e não como fiscal do ordenamento jurídico.

A defesa, por outro lado, seja por meio do advogado constituído ou de defensor público, parece ser o legitimado natural para produção de provas em favor do réu durante a fase processual do processo penal. O réu, no processo penal, defende seus próprios interesses por meio de seu defensor, o qual mediante conhecimento técnico-jurídico elabora os pronunciamentos defensivos.

Assim, não há legitimado mais apropriado para requerer a produção de quaisquer provas que militem em favor do réu do que seu defensor seja público ou constituído.

Caberá ao poder judiciário assegurar que as provas requeridas pelas partes sejam produzidas e integrem o processo, especialmente as requeridas pela defesa, sob pena de ser declarado o cerceamento de defesa e anulado o processo.

Ocorre que, durante a fase investigatória, a questão da legitimidade para realização da investigação defensiva não parece tão cristalina como durante a fase processual.

Isso posto, é preciso analisar a legitimidade para a investigação defensiva durante a fase investigatória extrajudicial de forma um pouco mais detalhada.

²⁴¹ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 97-98.

²⁴² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

4.2.1 Legitimidade para realização da Investigação Defensiva durante a Investigação Preliminar

Durante a investigação preliminar, é preciso verificar de forma específica quais os benefícios e os malefícios de conferir legitimidade para realização dos atos de investigação defensiva ao ministério público, à defensoria pública, ao advogado constituído do réu e às polícias civil e federal, ou seja, estabelecer quem seria o investigador natural para realização da investigação defensiva.

A professora Vanessa Moraes Kiss cita inclusive como condicionante da devida investigação legal, o princípio do investigador natural defendido pelo professor Edson Luis Baldan conforme excerto abaixo:

O segundo princípio condicionante da devida investigação legal é o do investigador natural, desdobramento lógico do supracitado postulado da legalidade. Tal princípio encontra assento constitucional no artigo 5º, LIII, da Lei Maior, que determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” Isso porque a opção do constituinte pelo emprego da expressão “autoridade competente”, de sentido abrangente, impõe não restringir essa disciplina exclusivamente ao processo judicial, mas estendê-la a todo aquele submetido a processo (em sentido amplo) de qualquer natureza – judicial ou administrativo. É esse o entendimento que se obtém a partir de uma leitura lógico-sistemática do diploma constitucional, sobretudo considerando-se que nos incisos seguintes do artigo 5º tratou-se de fazer referência aos “litigantes em processo judicial ou administrativo” e aos “acusados em geral”. Nessa ordem de ideias, conclui Baldan que a exigência de competência legal se aplica tanto ao órgão judicial que preside a instrução como a autoridade policial (ou outro ente expressamente autorizado por lei) responsável pela direção da investigação preliminar²⁴³.

A apuração da legitimidade nessa fase será importante para estabelecer como a investigação defensiva deva ser utilizada sem se tornar apenas mais uma forma de exclusão dos menos favorecidos economicamente, funcionando apenas como mais um instrumento para evitar que os mais favorecidos economicamente não sejam encarcerados e também para que seja respeitada a ideia de um investigador imparcial.

Em nosso país há uma clara divisão entre os órgãos para realização das diversas funções componentes da persecução penal e essa divisão é benéfica para aumentar o respeito ao sistema acusatório. O professor Márcio Luis Chila Freyesleben expõe essa compartimentação das funções em sua obra:

²⁴³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 56.

Assim, a Polícia Militar previne e prende, a Polícia Civil investiga e apura, o Ministério Público denuncia e o judiciário julga. São as fases do que se denomina persecução penal. Cada país elege seu modelo de persecução, a mais das vezes, observando a experiência que detém em dado momento histórico de sua evolução jurídica ou, por vezes, optando por modelos já conhecidos; de qualquer forma, não deixa de ser uma escolha política²⁴⁴.

Essa divisão preserva o cidadão tendo em vista que a divisão possibilita que cada órgão fiscalize atuação do outro e nenhum órgão terá muitos poderes concentrados, favorecendo a limitação dos poderes e a preservação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Iniciar-se-á a pesquisa sobre os legitimados para realização da investigação defensiva pelas polícias civil e federal pois, conforme já apontado no segundo capítulo desse trabalho, a maioria das investigações preliminares em nosso ordenamento jurídico é instrumentalizada por meio do inquérito policial.

É preciso estabelecer algumas premissas sobre a estrutura das polícias e suas funções em nosso país e também fazer um breve histórico do cargo de delegado de polícia, o qual é responsável pela presidência dos inquéritos policiais.

A polícia, de forma geral, foi criada durante as Monarquias Absolutistas como uma força à serviço do monarca com o fito de preservar os interesses do governante e estabelecer a ordem pública sem qualquer preocupação com os direitos individuais dos súditos. Nesse sentido leciona o professor argentino Gabriel Anitua:

El diagrama de poder monárquico y las relaciones en el existentes se protegían mediante el poder de policía – concepto que incluía todas las funciones de gobierno – que reprimía con severidade cualquier discrepancia social o política. En cambio, otras funciones sociales no tenían naturaliza “política”; la vigilancia y el control de las calles hasta entonces eran un asunto local o privado. Para regular ambas as actividades, con el estigma del bien común, las monarquias absolutas e los siglos XVII y XVIII comienzan a organizar las policías como fuerzas del orden²⁴⁵.

Essa ideia de estar a serviço do monarca sem precisar se preocupar com os direitos dos súditos deixou resquícios que persistem até os dias atuais pois influencia a cultura policial e, muitas vezes, os corpos policiais são treinados e recebem instrução para acreditar que estão unicamente a serviço do Estado e que sua função é exclusivamente a preservação da ordem pública mesmo que em desrespeito ou com abusos aos direitos fundamentais dos indivíduos.

²⁴⁴ FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O ministério público e a polícia judiciária**: controle externo da atividade policial. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 25.

²⁴⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Policía y estado de derecho*. In: ANITUA, Gabriel Ignacio. **Derechos, seguridad y policía**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 45.

Atualmente, a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos deve ser sempre o Norte para a realização da Segurança Pública. Os interesses do Estado na preservação da ordem pública devem sempre estar em consonância e submetidos aos direitos fundamentais de qualquer indivíduo.

No ordenamento jurídico brasileiro, há uma grande divisão entre as polícias baseada em suas funções e esta é benéfica para dividir o poder desses órgãos armados envolvidos na segurança pública.

De um lado temos a polícia militar, a polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal e a polícia penal, as quais tem funções ostensivas e preventivas, sem atribuições investigativas ou de polícias judiciárias. Essa é a previsão do artigo 144, parágrafos 2º, 3º, 5º e 5º-A, da Constituição Federal²⁴⁶.

As polícias ostensivas e preventivas transitam com viaturas caracterizadas, sinais luminosos e com servidores públicos fardados ou uniformizados. O objetivo é evitar que os crimes ocorram e também realizar a manutenção da ordem pública. Nesse sentido ensina o professor Márcio Luis Chila Freyesleben: “O policiamento ostensivo deve ser realizado de forma explícita, aparente e visível a todos, ou seja, deve ser “ostensiva”, para que cumpra o seu principal mister, que é inibir a perturbação da ordem pública, e isso se faz com a presença física do policial fardado”²⁴⁷.

De outro lado, temos a polícia federal e as polícias civis, as quais tem funções investigativas, devendo apurar as infrações penais e de polícia judiciária da União (polícia federal) e dos Estados (polícias civis) conforme redação do artigo 144, parágrafo 1º, inciso I, da Constituição Federal e artigo 144, parágrafo 4º da Constituição Federal²⁴⁸.

O policiamento investigativo deve ser feito de forma velada, com viaturas descaracterizadas, policiais sem qualquer tipo de uniforme, com trajes adequados para o tipo de investigação e sem qualquer divulgação prévia das formas de investigação ou do objeto da investigação para que seja efetivo na busca de elementos de informação e com resultados satisfatórios.

Essa divisão das funções entre as polícias preventivas-ostensiva e investigativa-repressiva é benéfica em razão de não concentrar grande parte do poder armado do país em uma única instituição e também em razão da divisão de funções melhorar a eficiência do trabalho

²⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

²⁴⁷ FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O ministério público e a polícia judiciária**: controle externo da atividade policial. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 31.

²⁴⁸ *Ibid.*

uma vez que cada instituição receberá um tipo de treinamento, uma estrutura adequada e seleção específica de servidores, sempre de acordo com o seu mister.

Há posicionamento em sentido contrário que defende a existência de uma polícia única, no entanto, esse modelo não parece ser o mais adequado pelos motivos expostos acima.²⁴⁹

A polícia civil e a polícia federal são responsáveis pela investigação e a realizam por meio do inquérito policial. Como já exposto, o novo paradigma do inquérito policial impõe que a polícia investigativa haja de forma imparcial, produzindo elementos que possam subsidiar tanto a acusação quanto a defesa em seus pronunciamentos judiciais ou extrajudiciais e até mesmo o julgador em suas decisões.

O presidente do inquérito policial é o delegado de polícia civil ou delegado de polícia federal e este deve zelar para que a investigação seja totalmente imparcial. Nesse sentido é oportuno traçar um histórico, mesmo que breve, da função do delegado de polícia para demonstrar que este está mais ligado ao poder judiciário do que ao ministério público e, por isso, deveria agir de forma imparcial assim como o juiz de direito, sem beneficiar ou prejudicar qualquer das partes do processo penal.

Traçando um histórico da carreira ainda no período do Brasil colônia, dispõe o professor Cleyson Brene em sua obra:

Com a chegada da coroa portuguesa ao Brasil, em 1808, foi criada a Intendência Geral de Polícia pelo Príncipe-Regente Dom João, denominada Polícia Real, através do Alvará (com força de lei) de 10 de maio, reproduzindo a instituição existente em Lisboa, com supedâneo nos Alvarás de 25 de junho de 1760 e de 15 de janeiro de 1780.

Além das diversas funções administrativas, tratava-se do primeiro órgão com função específica de investigação criminal, chefiado por um desembargador. Conforme dispunha o Alvará de junho de 1760, o Intendente Geral de Polícia possuía ampla e ilimitada jurisdição em matéria de polícia sobre todos os ministros criminais e civis (em virtude da extensão territorial nacional) O Intendente Geral de Polícia podia autorizar que outra pessoa o representasse nas províncias – para parte da doutrina, embrião da figura do delegado de polícia), sendo tais ministros nomeados com prerrogativas de desembargadores, membros do Tribunal de Desembargo do Paço²⁵⁰.

Vê-se, portanto, que a origem do cargo ocorreu dentro do Poder Judiciário e assim continuou mesmo com a edição do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 conforme pontua a professora Marta Saad:

²⁴⁹ FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O ministério público e a polícia judiciária**: controle externo da atividade policial. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 32-37.

²⁵⁰ BRENE, Cleyson. **Ativismo policial**: O papel garantista do delegado de polícia. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 40.

Segundo o estabelecido pelo Código, a organização judiciária se operava da seguinte forma: as províncias dividiam-se em comarcas, termos e distritos de paz, estes correspondentes a um agrupamento de setenta e cinco casas habitadas.

Em cada distrito havia um juiz de paz, auxiliado por um escrivão, inspetores de quartelão e oficiais de justiça (art. 12). No termo, havia um juiz municipal (art.33), um promotor público (art.36), um conselho de jurados (art.23) e escrivães. Na comarca, havia um juiz de direito, número que poderia até ser triplicado nas cidades mais populosas, sendo que um dos juízes de direito seria também o chefe de polícia. Vê-se que, no tocante à organização judiciária, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância manteve os juízes de paz e suas atribuições, bem como consagrou a polícia como um órgão do Judiciário, visto que o chefe de polícia era também um juiz de direito²⁵¹.

Pouco tempo depois, foi criado o cargo de delegado de polícia pela lei 261 de 1841, a qual separou as funções de juiz de paz e as delegou a recém criada figura do delegado de polícia, cuja nomeação era feita pelo chefe de polícia e somente com essa alteração é que a figura do delegado de polícia deixou de fazer parte do poder judiciário e passou a integrar o poder executivo e o novo dispositivo legal já explicitou a divisão entre polícia administrativa e judiciária. Assim detalhou a professora Mata Saad em sua obra sobre o direito de defesa no inquérito policial:

Em sessão da Câmara dos Deputados, em 1835, o Senador Alves Branco sustentava, a respeito do Código de Processo Criminal de 1832, que as funções policiais e judiciárias, lá jungidas à mesma autoridade – o juiz de paz -, eram muito distintas, razão pela qual deveriam ser separadas, tornando-se a polícia órgão do Executivo. E essa foi, de fato, a principal mudança pela Lei 261/1841 e seu Regulamento 120/1842, qual seja, a transferência do poder dos juízes de para os delegados de polícia, figura nova criada pela Lei 261/1841, e assim chamados por exercerem delegação do chefe de polícia²⁵².

E assim prosseguiu a carreira de delegado de polícia no Brasil e se manteve dentro do poder executivo com o atual Código de Processo Penal e com Constituição Federal de 1988, figura com atribuição para realização das investigações das infrações penais e cada vez mais responsável somente pela investigação, apresentado uma participação muito diminuta durante a fase processual, somente figurando como um auxiliar do poder judiciário durante o processo quando requisitado, contudo, nunca atrelado à acusação por meio de um dispositivo legal.

Repita-se que a atuação do delegado de polícia sempre foi mais ligada ao Poder Judiciário do que ao Ministério Público e, atualmente, continua assim. A polícia civil e a polícia

²⁵¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

²⁵² *Ibid.*, p. 41.

federal, apesar de pertencerem ao poder executivo, estão mais vinculadas ao poder judiciário do que ao ministério público.

Conforme preceito constitucional, tanto a polícia federal quanto a polícia civil exercem funções investigativas e de polícia judiciária. Não há norma legal indicando que a polícia esteja à serviço da acusação ou que seja um braço investigativo do ministério público.

O que vincula a polícia investigativa ao Ministério Público é a interpretação doutrinária mais tradicional de que o inquérito policial somente deve subsidiar a acusação e a cultura institucional policial em razão dos resquícios do papel exercido pelas polícias durante a ditadura militar.

Diante do histórico apresentado, da função e origem do cargo do delegado de polícia e também pelos dispositivos normativos do artigo 144 da Constituição Federal, é possível afirmar que o legislador constituinte conferiu, expressamente, às polícias civil e federal, como órgão estatal com o mister de investigar as infrações penais de forma imparcial, sendo apenas um braço distante do poder judiciário quando atua como polícia judiciária e não tendo relação legal com o ministério público.

Como já exposto alhures nesse trabalho, o novo paradigma do inquérito policial impõe que a polícia investigativa aja de forma imparcial, produzindo elementos que possam subsidiar tanto a acusação quanto a defesa e o julgador. O presidente do inquérito policial é o delegado de polícia civil ou delegado de polícia federal e este deve zelar para que a investigação seja totalmente imparcial.

Dessa forma, na fase investigatória extrajudicial, especialmente no bojo do inquérito policial, com certeza, as polícias civil e federal são dois órgãos com legitimidade para apuração de elementos de informação em favor do réu, ou seja, as polícias civil e federal não só podem como devem realizar a investigação defensiva.

E a vantagem de conceder essa legitimidade as polícias civil e federal e tornar tal múnus obrigatório é que todos os investigados seriam beneficiados de forma indiscriminada independente da condição econômica ou social do investigado e para todas as infrações penais.

Além disso, as Polícias Civil e Federal tem a investigação como atividade final e, por isso, são mais bem treinadas para realização da investigação e já tem uma estrutura que não é a ideal, contudo, é maior que as dos outros possíveis legitimados e compatível com os fins investigatórios.

Acrescente-se que a polícia civil já está presente em todos os estados e com delegacias de polícia até mesmo em comarcas cidades e comarcas muito pequenas e distantes, o que não ocorre ainda com a defensoria pública e até mesmo com o ministério público.

Os eventuais problemas da realização da investigação defensiva pelas Polícia Civil e Federal são, em primeiro lugar, a falta de garantias para os delegados de polícia e para os servidores policiais de forma geral, o que possibilita a existência de pressões políticas e também pressões institucionais pela cultura punitivista arraigada na instituição polícia civil.

E para possibilitar uma investigação mais independente seria necessário conceder aos delegados de polícias garantias como inamovibilidade, vitaliciedade e independência funcional, as quais estão presentes nas carreiras dos membros do ministério público e dos magistrados, proporcionando a estabilidade e independência necessárias para realização de uma investigação completa e imparcial, sem pressões políticas ou institucionais.

Outro problema que é muito apontado em relação à investigação realizada pela polícia civil ou pela polícia federal é a corruptibilidade de seus agentes. Esse é um problema atrelado ao crime organizado que poderia ser diminuído com uma melhor qualidade de trabalho e salários mais dignos e, além disso, não há qualquer garantia de que delegar a investigação para outro órgão teria o condão de diminuir ou acabar com a corrupção. Nesse sentido pontuou o professor José Afonso da Silva:

Sem as generalizações indevidas, injustas e injustificadas, pode-se reconhecer procedência às críticas relativas à ineficiência e à morosidade das investigações, assim como não é destituído de verdade o argumento do Ministério Público de que “Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de poder”. Esse envolvimento não é apenas da polícia. Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição ficaria imune aos mesmos riscos²⁵³.

Além disso, é preciso conferir um treinamento focado dos direitos humanos e nos direitos fundamentais para os novos policiais civis, especialmente para os delegados de polícia, lecionando o novo paradigma do inquérito policial com o fim de compreender a importância da imparcialidade na atividade policial e a função do delegado de polícia como um garantidor de direitos antes de ser um investigador ou um justiceiro.

²⁵³ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? . In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 885.

A investigação realizada pelas polícias civil e federal, desde que sejam corrigidos os problemas apresentados, é o posicionamento que mais se compatibiliza com a constituição Federal. Essa é a lição do professor José Afonso da Silva, o qual nesse mesmo artigo citado realiza histórico muito detalhado sobre a discussão, redação e texto final das normas relativas ao Ministério Público e expõe que ajudou a redigir os dispositivos constitucionais relativos ao Ministério Público e que não constava do anteprojeto ou no texto final aprovado qualquer poder relacionado à investigação para tal instituição:

O Ministério Público no Brasil é hoje uma instituição da mais alta consideração pública por sua atuação ética e sua eficiência que é preciso conservar e defender. E um dos modos eficazes dessa defesa consiste em mantê-lo dentro dos estritos contornos de suas funções institucionais, que não inclui a função investigatória direta.

Enfim, seja como for, o certo é que eventual mau funcionamento do sistema de investigação criminal pela Polícia Judiciária, como qualquer outro defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma, mesmo subsidiariamente²⁵⁴.

As próprias exceções à exclusividade conferida às polícias civil e federal para investigar as infrações penais foram previstas na própria constituição federal pelo legislador originário como, por exemplo, as comissões parlamentares de inquérito e as infrações penais militares.

Apresentadas as benesses e os problemas na realização da investigação defensiva pela polícia civil, é preciso discutir a possibilidade de delegar a investigação defensiva ao ministério público.

Antes de discutir a possibilidade de o ministério público realizar a investigação defensiva é preciso apresentar os dois posicionamentos sobre a realização da investigação direta pelo ministério público.

A primeira posição é de que o ministério público pode investigar de forma direta com procedimentos e atos próprios. A segunda posição é em sentido diametralmente oposto e dispõe que o ministério público não poderia investigar diretamente e teria apenas o poder de requisitar diligências à polícia investigativa. Expondo as duas correntes vale citar a professora Vanessa Morais Kiss:

A respeito da constitucionalidade da atuação investigativa do Ministério Público no processo criminal, formaram-se, segundo Rogério Lauria Tucci, duas correntes principais. A primeira delas adota uma leitura restritiva do

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 886.

artigo 144, §1º, IV e §4º, da Constituição Federal, no sentido de que a investigação criminal é de exclusiva atribuição da polícia judiciária. No vértice oposto está a corrente que considera que outros órgãos, especialmente o Ministério Público, também é dada a possibilidade de desempenhar essa atividade sem ofensa à Lei Maior²⁵⁵.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da investigação direta pelo Ministério Público, desde a constituição de 1988, era prevalente no sentido de que o Ministério Público não poderia investigar diretamente. Havia julgados em sentido contrário. A discussão doutrinária também começou a ganhar corpo.

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento, adotando em suas decisões a posição de que o Ministério Público poderia investigar diretamente e reiterou algumas vezes sua posição até fincar de forma mais estável a tese de que a investigação criminal não é uma exclusividade da polícia investigativa por uma decisão de seu Tribunal Pleno e com repercussão geral. Vale citar o apanhado da evolução jurisprudencial feito pela professora Vanessa Morais Kiss:

O HC 89.837/DF marca uma mudança de entendimento na Corte, pois em seu julgamento, datado de 2009, prevaleceu a tese que reconhece ao Ministério Público competência para promover, por iniciativa própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias dos acusados e as prerrogativas profissionais dos advogados, e sem prejuízo do permanente controle jurisdicional.

Em 2011, no bojo do HC 97.969/RS, o Supremo Tribunal Federal reiterou a posição de que não existe ilegalidade na investigação direta pelo Ministério Público, divergindo de sua jurisprudência anterior, que atribuía ao órgão acusador somente uma prerrogativa investigativa de caráter suplementar ou excepcional.

[...] Em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que os artigos 5º (LIV e LV), 129 (III e VIII) e 144 (IV, §4º), da Constituição da República, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público, fixando, em repercussão geral, a seguinte tese:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados 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 8.906/94, artigo 6º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, SIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição²⁵⁶.

²⁵⁵ KISS, Vanessa Morais. A investigação defensiva no processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 33.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 41.

Nesse contexto, um importante marco da discussão é a Proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, a qual ensejou um forte debate jurídico, institucional, popular e midiático²⁵⁷. Referida proposta previa a inclusão de um parágrafo ao artigo 144 da Constituição Federal, prevendo a exclusividade das polícias civil e federal para realização de investigação de infrações penais. Alguns membros do Ministério Público apelidaram tal proposta de PEC da Impunidade²⁵⁸.

E com frases fortes como: “Diga não à impunidade!” ou “Vocês querem que o Ministério Público investigue os corruptos?”, houve grande comoção popular em favor da rejeição da Proposta de Emenda Constitucional nº 37.

Evidente que as pessoas sem conhecimento técnico-jurídico não sabem muito bem a função do Ministério Público e ao ouvir esses slogans ficaram favoráveis ao poder investigatório do ministério público.

No entanto, como um exercício de imaginação, é preciso refletir sobre o inverso do que foi utilizado para convencer a população. Imagine-se chegar numa estação de metrô em um horário de grande trânsito de pessoas e realizar a seguinte pergunta à população: “Vocês querem que a polícia denuncie os corruptos?” e pensar se a resposta seria negativa. As perguntas utilizadas foram um pouco falaciosas.

No dia 25 de junho de 2013, a proposta de emenda constitucional nº 37 foi votada e rejeitada em uma votação muito expressiva contra a emenda constitucional. Foram quatrocentos e trinta votos contra, nove votos a favor e duas abstenções²⁵⁹.

Acusação e investigação são funções diferentes e cada instituição deveria apenas realizar uma função como forma de mais bem respeitar o sistema acusatório.

Feito esse breve histórico sobre a evolução do poder investigatório do ministério público, é preciso apresentar os argumentos utilizados para embasar ambos os posicionamentos.

²⁵⁷ CARTA CAPITAL. Entenda a PEC 37. **CartaCapital**, São Paulo, 22 jun. 2013. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/entenda-a-pec-37-6801/>. Acesso em: 23 jan. 2025.

²⁵⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Por que sou contra a PEC 37 (conhecida como PEC da impunidade - o próprio 'apelido' já sugere). **Jusbrasil**, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apelido-ja-sugere/121815119>. Acesso em: 23 jan. 2025.

²⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 37, de 2011**. Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acesso em: 23 jan. 2025.

Em relação à corrente que milita em favor da investigação feita pelo ministério público de forma direta, os argumentos, em suma, são como expõem os professores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner²⁶⁰:

1) Imparcialidade do Ministério Público, obrigando o órgão, inclusive, a diligenciar em favor da defesa;

Esse argumento é de difícil aceitação. Apesar de posicionamentos como o do professor Hugo Nigro Mazzili de que o Ministério Público sempre é imparcial independente se atua como parte ou como interveniente pois, sempre deve pautar sua atuação na estrita legalidade, esse parece não ser o melhor posicionamento²⁶¹. Conforme já exposto, o Ministério Público quando atua como parte não está dotado da imparcialidade necessária para investigar e amealhar elementos de informação em favor de ambas as partes. Em geral, o acusador tende a buscar apenas os elementos de informação que podem subsidiar a denúncia, sem o objetivo primeiro de esclarecer os fatos. Nesse sentido expõe o professor Antônio Scarance Fernandes:

Diante do avanço do Ministério Público para a investigação, cresce a preocupação com o seu reflexo sobre o investigado e a sua defesa. Ainda que, ao se atribuir ao Ministério Público a supervisão da investigação, também se determine, como ocorre na Itália, Espanha e Portugal, que ele colha elementos de prova favoráveis ao investigado, na prática a instituição tem uma vocação para amealhar elementos que sustentem a sua acusação, descurando-se da busca de informes que auxiliem a defesa. Dirige a investigação de acordo com os propósitos da acusação, e não da defesa²⁶².

Acrescente-se que esse modelo viola o sistema acusatório, uma vez que é a parcialidade das partes que gera justamente a imparcialidade do julgador.

2) A investigação preliminar serve apenas para subsidiar a ação penal e não há nada melhor do que concentrar a investigação nas mãos do titular da ação penal;

Ocorre que, conforme já demonstrado e reiterado nesse trabalho, essa posição de que os elementos de informação somente devem subsidiar a ação penal deve ser superada e os elementos de informação devem subsidiar defesa, acusação e julgador durante toda a persecução penal.

3) Maior celeridade e economia processual;

²⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 151-158.

²⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? In: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Direito penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 983-990.

²⁶² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 267.

O prazo da investigação policial já é bem exíguo e precisa ser submetido ao ministério público e ao crivo do poder judiciário para prorrogações desse prazo. Mas não é só. A estrutura do ministério público é bem diminuta e sem a utilização da polícia, não conseguiria agilizar a tramitação do inquérito policial. Se a estrutura das polícias não é adequada para realizar a investigação, a do ministério público é ainda menor.

Em relação à economia processual não se vislumbra qualquer economia tendo em vista que, de qualquer forma, continuaria a ser um processo ou procedimento administrativo, o qual demandaria que os elementos de informação fossem reproduzidos em contraditório judicial para que fossem considerados provas. Dessa forma, não há qualquer economia processual, especialmente com o aumento da digitalização de processos e da investigação preliminar, sendo praticamente automática a tramitação dos procedimentos entre polícia investigativa e ministério público.

4) Elimina-se o problema crucial das torturas utilizadas pelas polícias como forma de obter confissões;

O ministério público já exerce o controle externo da atividade policial e esse problema apontado ou não é não vultoso e não ocorre e forma tão usual como alarmado ou a atuação do ministério público como controle externo da atividade policial está falho. Se é um problema crucial é porque a prática não deve ser tão diminuta assim.

Ora, se o ministério público está falho para investigar e coibir as torturas praticadas pela polícia, função que já é seu dever constitucional, como teria a capacidade e estrutura para investigar as infrações penais de forma geral.

E qual o motivo de acreditar que uma prática violenta somente poderia ser utilizada pelas polícias e não por outro órgãos que sejam responsáveis pela investigação como o ministério público? O ministério público seria moralmente superior às polícias para não utilizar da tortura como expediente na investigação ou o problema seria de outra natureza como, por exemplo, estrutura, treinamento, salário ou cultura institucional e todos esses poderiam ser alterados e resolvidos?

É oportuno acrescentar outros argumentos não mencionados pelos autores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner também utilizados para justificar a investigação realizada pelo ministério público.

5) Teoria dos poderes implícitos;

A teoria dos poderes implícitos dispõe que o órgão que detém uma incumbência deveria ter os meios para realização desse múnus.

A primeira crítica que pode ser feita é de que a investigação não tem como fim a ação penal e sim a apuração de um fato, em tese criminoso, especificando suas circunstâncias, autoria, motivação e tudo que o margeia. Pode ficar estabelecido ao final da investigação que o fato é atípico, que há a presença de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, a comprovação de que o investigado não é o autor. Enfim, podem acontecer diversas circunstâncias em que não haverá ação penal.

A ideia expressa na teoria dos poderes implícitos é “quem pode o mais, pode o menos”²⁶³. Entretanto, não há uma relação de continente e conteúdo entre investigação e ação penal ou acusação. Não há supremacia da acusação sobre a investigação, assim como não há uma supremacia da atividade de julgar sobre a acusação. São funções diferentes sem qualquer supremacia ou subordinação. Caso considerássemos o ato de acusar mais do que investigar, teríamos que considerar que julgar é mais que acusar e, sob essa perspectiva, o juiz poderia desempenhar todas as funções do processo penal, fundamentado na teoria dos poderes implícitos e voltaríamos ao sistema processual inquisitório, o que não pode ser aceito. Nesse sentido leciona o professor Roberto Soares Garcia:

Afasta-se, neste ponto, o seguinte sofisma que costuma ser brandido pelos defensores da constitucionalidade da investigação ministerial: por ser o Ministério Público o titular da ação penal, não faria sentido que não pudesse proceder a investigações que servissem para amparar a denúncia, já que “quem pode o mais [acusar], pode o menos [investigar]”.

Responda-se à provocação, singelamente, com outra pergunta, a instigar alguma reflexão: quer dizer, a seguir-se o raciocínio exposto no parágrafo anterior, que, podendo o juiz julgar, estaria ele, ao mesmo tempo, autorizado a acusar, a defender e a investigar? Lógico que não.

Numa democracia, convém que as funções importantes para o funcionamento das instituições sejam divididas, e essa divisão seja milimetricamente respeitada. Foi essa a opção do Constituinte brasileiro: a Polícia investiga; O Ministério Público acusa; o advogado defende; e o juiz julga²⁶⁴.

A constituição trouxe explicitamente que os órgãos responsáveis pela investigação de infrações penais seriam as polícias civil e federal. Seria até defensável um poder implícito se a constituição federal não tivesse previsto quem iria realizar a investigação criminal. As exceções à investigação realizada pelas polícias já foram previstas na constituição federal como as infrações penais militares e as comissões parlamentares de inquérito.

²⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinícius; BURRI, Juliana; ZIMMARO, Rafael Barone. Ministério Público e investigação criminal: verdades e mitos. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 450-452.

²⁶⁴ GARCIA, Roberto Soares. A Constituição Federal, o Processo Penal e o Inquérito Policial. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomi (coord.). **Direito penal econômico**: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 305-306.

Apresentados os principais argumentos para justificar a investigação direta realizada pelo ministério público, se faz oportuno apresentar a corrente contrária e seus argumentos.

Conforme ensinamentos dos professores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, os principais argumentos contra a investigação direta pelo ministério público são²⁶⁵:

1) O modelo do promotor investigador está ligado ao utilitarismo judicial e buscavam a apuração a qualquer custo;

Os abusos cometidos pelas polícias, provavelmente, não deixariam de existir apenas com a mudança da presidência da investigação.

2) O ministério público é parcial;

O ministério público por ser parte não ostenta a imparcialidade necessária para realização de atos investigatórios e não haveria a paridade de armas com os poderes investigatórios outorgados à defesa.

3) Atribuir a investigação ao ministério público não é uma garantia de que seria efetivada realmente pelo *parquet*;

Como já dito, a estrutura de servidores do ministério público é diminuta e para investigar teria que se utilizar da estrutura das polícias. Dessa forma, mudaria apenas o presidente da investigação mas os agentes públicos que de fato estariam em campo realizando os atos investigatórios seriam os mesmos.

É preciso apontar ainda outros argumentos contrários à investigação direta realizada pelo ministério público não descritos pelos autores Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner.

4) Não há determinação legal sobre forma, prazo e fiscalização da investigação realizada pelo ministério público;

O ministério público sustenta que há previsão legal para realização de investigações nos artigos 7º e 8º da Lei Complementar nº 75 de 1993²⁶⁶. Ocorre que o regramento é bem superficial e não estabelece prazo, atribuição, forma e autoridade com controle sobre a investigação.

²⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 158-167.

²⁶⁶ BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

A regulamentação da forma de investigação direta pelo ministério público está estabelecida na resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁶⁷, a qual previu inicialmente a forma da investigação que é o procedimento investigatório criminal até ser substituída pela resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁶⁸. Não há um controle externo, não é preciso informar qualquer órgão externo ao ministério público sobre a instauração da investigação e as prorrogações de prazo são feitas pelo próprio membro do ministério público que está conduzindo a investigação. Isso já torna referido procedimento muito mais inquisitório do que o inquérito policial.

A regulamentação do procedimento investigatório criminal já melhorou, no entanto, ainda não é estabelecida por lei e sua fiscalização externa é bem precária. Nesse sentido pontuaram os professores Guilherme de Souza Nucci, André Vinicius Monteiro, Juliana Burri e Rafael Barone Zimmaro:

Em hipótese alguma, no cenário da legalidade, pode-se aceitar que resoluções ou outros atos administrativos tenham o condão de autorizar, regulamentar ou disciplinar procedimentos investigatórios produzidos de forma autônoma, pelo Ministério Público.

Somente a lei pode abranger tais situações, o que ainda não existe no contexto nacional. Tanto é verdade a sua lacuna que surgiram tais resoluções de Conselhos ou Procuradorias²⁶⁹.

5) Atribuição é determinada por lei e não pode ser permitido o pinçamento de alguns casos para serem investigados pelo ministério público sem critérios legais preestabelecidos.

A investigação direta pelo Ministério Público também apresenta como problema a indefinição quanto ao âmbito de sua atribuição.

A atribuição, assim como a competência, é definida por lei e não pode ficar ao alvedrio de uma instituição ou de uma pessoa o estabelecimento de sua amplitude. Assim, caso seja definido que o ministério público tem a atribuição direta de investigar, não pode lhe ser

²⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 13, de 2 de outubro de 2006**. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2006. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0131.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.

²⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 27 de setembro de 2017**. Estabelece normas para o controle de atos administrativos e a gestão de recursos do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.

²⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinicius; BURRI, Juliana; ZIMMARO, Rafael Barone. Ministério Público e investigação criminal: verdades e mitos. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 478.

permitido definir quais os casos que quer investigar. Deve ser definido em lei quais as hipóteses de sua atribuição.

Atualmente, não há definição e os membros do ministério público podem escolher quais casos querem investigar e quais querem delegar a investigação à polícia investigativa. A escolha, geralmente, ocorre de forma seletiva, em casos de vulto ou midiáticos e essa possibilidade de escolha não pode ser aceita.

6) O poder requisitório é incompatível com a investigação direta;

Não há sentido em outorgar o poder requisitório do ministério público sobre as polícias em relação a diligências e instauração de inquéritos policiais e ao mesmo tempo lhe outorgar o poder de investigar diretamente. Ora, se o ministério público pode investigar diretamente não é preciso ter qualquer poder requisitório. Isso violaria até mesmo o argumento favorável à investigação direta pelo ministério público da celeridade e economia processual.

Expostas ambos os posicionamentos sobre a investigação direta pelo ministério público, acredita-se que a posição que mais se coaduna com um sistema acusatório, fundado no respeito aos direitos e garantias fundamentais e que seja imparcial é a não permissão da investigação direta pelo ministério público.

Isso posto, é evidente que se afirma-se que o ministério público não deve investigar diretamente sequer para subsidiar a ação penal, também não deveria realizar a investigação defensiva pois seria contraditório com a sua função no processo penal e não seria a forma mais respeitosa do sistema acusatório.

Por fim, resta analisar a possibilidade de conferir legitimidade à defensoria pública e ao advogado constituído para realização da investigação de elementos de informação que militem em favor da defesa.

Os argumentos favoráveis à concessão de legitimidade à defesa para realização da investigação defensiva são:

1) O investigado é o maior interessado em produzir elementos que o possam favorecer; Essa vantagem também é, de certa forma, um problema que precisa ser refletido.

A vantagem é que ninguém tem mais interesse em produzir elementos que possam favorecer a defesa do que o próprio investigado ou réu. No entanto, de outro lado, o investigado não terá interesse em apontar ou buscar elementos que possam lhe desfavorecer, podendo inclusive esconder elementos de prova fundado no direito de não produzir provas contra si mesmo, o que torna a investigação praticada pela defesa unilateral e incompleta. A professora Vanessa Morais Kiss aponta essa característica como um princípio da investigação defensiva:

iv) unidirecionalidade, que trata da parcialidade constitucional do defensor no exercício do múnus público de defesa dos direitos do assistido, o que o autoriza a promover a coleta seletiva dos elementos de convicção, diferentemente do que ocorre no caso da investigação oficial promovida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público²⁷⁰.

Esse mesmo problema foi apontado na investigação realizada pelo Ministério Público, órgão que tenderia a investigar elementos de prova que favoreceriam suas teses acusatórias.

Essa questão se acentua em relação à defesa pois enquanto no Ministério Público o que está em jogo é o sucesso de seu trabalho, no caso dos defensores é a liberdade do indivíduo o bem maior que pode ser protegido. Não é esperado que alguém apresente evidências que possam militar em seu desfavor. No entanto, de outro lado, não é compatível com um processo penal justo e garantidor de direitos que uma das partes possa esconder provas ou elementos de prova. Por isso, o melhor caminho é a imparcialidade do investigador.

O problema maior ocorre quando a prova for produzida e a defesa não a juntar aos autos do caderno investigatório ou do processo e essa faculdade tem previsão no artigo 6º do provimento nº 188 de 2018 da Ordem dos Advogados do Brasil²⁷¹.

Conforme já exposto, uma vez produzida a prova, pelo princípio da comunhão da prova, os elementos de informação ou provas produzidas pela defesa pertencem ao processo ou aos autos da investigação preliminar e não pertencem às partes.

E essa possibilidade de juntar somente caso lhe seja favorável, por certo, afeta a valoração da prova. Não é possível atribuir o mesmo valor às provas produzidas por um investigador que tem o dever de imparcialidade como a polícia investigativa e para aquelas provas obtidas por órgão que somente vai juntar os elementos que pesem em seu favor.

Da mesma forma que se acredita que o Ministério Público não deveria investigar pois é parte e, como tal, parcial, utiliza-se o mesmo argumento para apontar esse problema em relação à defesa.

2) Maior participação da defesa desde o início da investigação, o que facilita e melhora a construção das teses defensivas, além de proporcionar mais tempo para análise dos elementos de informação e das provas para construir os pronunciamentos judiciais;

O ministério público acompanha a produção dos elementos de informação e provas durante toda a investigação, as quais podem durar meses ou anos e, por isso, tal órgão tem mais

²⁷⁰ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 134.

²⁷¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. Disponível em: <https://normas.oab.org.br/provimentos/2018/12/provimento-no-188-2018/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

tempo para analisar, pensar em diligências que podem ser requisitadas, perícias e outros elementos para construir sua denúncia e suas teses acusatórias.

O réu, uma vez citado, dispõe, em regra, de apenas 10 dias para apresentar sua resposta à acusação nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal²⁷². E quando isso ocorre, já há processo. Nem sequer foi dado ao indivíduo a possibilidade de influenciar, por meio de seu defensor, a decisão de recebimento da denúncia pelo juiz ao analisar o conteúdo da investigação.

Essa limitação de tempo e de conhecimento do conteúdo investigatório, pode dificultar a análise de todos os dados probatórios de prova produzidos durante a investigação. Além disso, tanto defensores públicos quanto advogados constituídos, em geral, não tem apenas um processo para poder se debruçar durante o período integral do prazo.

Assim, caso pudessem acompanhar a investigação desde o início estariam mais bem familiarizados com os elementos de prova e seus pronunciamentos ficariam melhores. Apontando o problema da falta de prazo para análise dos componentes de informação ensina o professor Franklyn Roger Alves Silva:

O Ministério Público dispõe de longo tempo para a construção de bases necessárias ao exercício da persecução penal e há um nítido contraste com o tempo concedido ao exercício da atividade defensiva e sua resistência à pretensão acusatória.

O exíguo tempo da instrução processual é um fator que prejudica o desempenho de um trabalho técnico capaz de reforçar a tese de defesa e alcançar o melhor resultado processual para o acusado.

É por isso que a atividade de investigação precisa ser revisitada e compreendida a partir da necessária intervenção e iniciativa defensiva na busca de fontes de prova. Outro problema crônico que precisa ser revisto concerne ao panorama dos acusados patrocinados pela Defensoria Pública. Na maioria de suas atuações no processo penal, o defensor público mantém o primeiro contato com o acusado no momento da citação, oportunidade em que são colhidas informações para apresentação da Resposta²⁷³.

3) O defensor deixa de ter uma postura de reação aos elementos de prova já produzidos e passa a agir de forma ativa, o que aumenta a paridade de armas com o Ministério Público;

Ao participar da investigação com iniciativa probatória própria, a defesa deixa de apenas ter uma função reativa ao produzido pela outra parte ou pela polícia investigativa e passa a produzir evidências que julgue importante para subsidiar suas teses defensivas.

²⁷² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

²⁷³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 399-400.

A título de exemplo, imagine-se uma diligência que nem é de iniciativa da defesa, mas que teve a sua participação. Imagine-se um interrogatório em fase investigatória em que somente foram feitas perguntas por um delegado de polícia ou por um membro do ministério público, não havendo a presença da defesa e outro em que a pergunta pôde estudar o caso e tudo que fora produzido até aquele momento e realizar perguntas. Em qual deles, o indivíduo estaria mais bem amparado e a chance da defesa subsidiar suas teses seria mais robusta?

Reagir à uma prova é mais complexo do que participar de sua produção.

Esse protagonismo da defesa iguala ou aproxima a função da defesa à do Ministério Público, aumentando a paridade de armas e tornando processo penal mais igualitário.

4) Maior possibilidade de ter uma das formas de acordo de justiça penal negociada de forma voluntária;

Com a possibilidade de conceder poderes investigatórios à defesa, seja por meio de seu advogado constituído ou de um defensor público, esta poderia apresentar evidências que possam lhe favorecer e subsidiar suas teses defensivas, contraditando o que foi produzido pela acusação e aumentando a dialeticidade ao firmar os acordos extrajudiciais ou se utilizar de qualquer das formas de justiça penal negociada. Nesse sentido leciona o professor Franklyn Roger Alves Silva:

Uma visão prévia dos elementos que pesam em desfavor do imputado permitirá uma avaliação mais acertada do seu comportamento na relação processual, com a aceleração do curso da persecução penal e a consequente aceitação de benefícios e institutos despenalizadores previstos em lei²⁷⁴.

Os acordos seriam mais bem convencioneados, e a defesa poderia atuar com propriedade, tendo ciência de o acordo é a melhor saída, agindo com uma voluntariedade de fato e não apenas aparente. O acordo seria uma escolha do investigado e não uma imposição da acusação.

Demonstrando várias funções da investigação defensiva de forma prática e opinando que a investigação poderia favorecer a construção das teses defensivas e a melhora na aceitação dos institutos despenalizadores ensina o professor Franklyn Roger Alves Silva:

Dentre seus vários escopos, a investigação defensiva se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos

²⁷⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 426.

despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação, ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar de apuração por meio de investigação própria²⁷⁵.

5) Teoria dos poderes implícitos.

O defensor do investigado é quem vai fazer a defesa e, para isso, deve valer a mesma lógica da teoria dos poderes implícitos defendida por quem se filia a corrente que afirma que o ministério público, como titular da ação penal, tem o direito de investigar diretamente. Para realizar seu múnus de defender o investigado, o defensor precisa buscar dados que apoiem suas teses.

É de se ressaltar que valem as mesmas críticas feitas anteriormente, defender, assim como acusar e julgar, não é mais do que investigar. São somente funções distintas e que deveriam ser feitas por órgãos distintos para privilegiar o sistema acusatório.

Apresentadas as qualidades de conferir legitimidade à defesa, é preciso analisar os eventuais problemas dessa legitimidade.

1) Falta de previsão legal conferindo legitimidade à defesa para realização da investigação defensiva;

Esse mesmo problema foi apresentado sobre a investigação realizada diretamente pelo ministério público. No caso do ministério público há uma defesa de que os poderes investigatórios estariam previstos na lei complementar nº 75 de 1993 e o seu regramento estaria em resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público²⁷⁶. No caso da defesa não há nem sequer esse tipo de regulamentação o que torna os atos investigatórios confeccionados pela defesa sem amparo legal e podem ser considerados como provas ilegítimas.

Outro problema que decorre dessa lacuna legal é o de eventuais desrespeitos às formas legais estabelecidas em lei para a produção de provas e a comprovação de uma eventual cadeia de custódia em relação à objetos ou documentos, o que poderia tornar esses elementos de informação mais uma vez considerados ilegítimos.

A falta de regramento legal ainda impossibilita o acesso à bancos de dados de órgãos públicos ou uma eventual requisição de dados de órgãos ou empresas privadas e a ausência do poder de polícia da defesa praticamente esvazia qualquer possibilidade de uma condução

²⁷⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 424-425.

²⁷⁶ BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

coercitiva de uma testemunha, por exemplo. Boa parte dos atos investigatórios estariam prejudicados pela ausência de imperatividade e coercibilidade. Nessa toada, ensina a professora Vanessa Morais Kiss:

Contrariamente à possibilidade de realização da investigação própria por parte da defesa, tem-se argumentado, em primeiro lugar, com a ausência de normas constitucionais e legais vigentes que contemplem e disciplinem a realização de tal atividade.

De fato, tal omissão legislativa dificulta sobremodo a atuação investigativa da defesa. A respeito do tema, observa Diogo Malan que, além de inviabilizar o acesso dos defensores a informações sigilosas de relevância para os interesses do imputado e impedir a colheita de depoimentos de forma coercitiva, tal lacuna expõe esses profissionais ao risco de acusações pela prática de infrações contra a administração da justiça, além de contribuir para perpetuar o ceticismo sobre a credibilidade de elementos informativos por eles obtidos – diretamente ou por meio de investigadores privados contratados para essa finalidade²⁷⁷.

E essa falta de regramento legal da investigação defensiva, afeta não só os limites e a realização de diligências, como também interfere na segurança jurídica e na credibilidade das evidências de prova coletadas pela defesa. Ora, se não é possível condenar alguém apenas com base nos elementos de prova colhidos pela polícia durante a fase investigatória, apesar dos dispositivos legais expressos no Código de Processo Penal, como dar uma grande credibilidade para os elementos produzidos por uma parte interessada e sem qualquer posituação. Nessa mesma toada são as lições do professor Franklyn Roger Alves Silva:

Porém, se é fato que o direito à produção probatória se extrai da ampla defesa e do devido processo legal, não podemos nos esquecer de que nosso sistema busca preservar a segurança jurídica. Assim, para a validade do que denominamos de binômio validade/veracidade de informação colhida pela defesa, nada mais natural que haja uma regulamentação sobre o tema, de modo a conferir maior fiabilidade ao conteúdo do inquérito defensivo.

Relembre-se que os elementos indiciários são duramente criticados pela doutrina, especialmente as colheitas de depoimentos realizadas pelos órgãos de Polícia Judiciária. Se, mesmo nas atividades regulamentadas pelo Código de Processo Penal, não é possível empreender veracidade absoluta ao seu conteúdo, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à investigação defensiva e à falta de parâmetros normativos²⁷⁸.

E a falta de regramento apresenta um último problema. Assim, como são relatados abusos praticados pelas polícias e que também podem ocorrer para outros investigadores, não haveria de ser diferente com a investigação levada à cabo pela defesa. É preciso regulamentar

²⁷⁷ KISS, Vanessa Morais. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 142-143.

²⁷⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 427.

como ocorrerá a responsabilidade por esses abusos e quem deve fiscalizar a investigação defensiva, assim como deve ocorrer com qualquer dos órgãos responsáveis pela investigação. Nesse sentido pontua o professor Franklyn Roger Alves Silva: “No campo penal e disciplinar, faz-se necessário compreender a necessidade de regulamentação pelos abusos praticados na condução da investigação, bem como pelo fornecimento de falsas informações das pessoas que intervenham na investigação defensiva”²⁷⁹.

2) Falta de estrutura das defensorias públicas;

Infelizmente, as defensorias públicas ainda não estão presentes na maioria das comarcas brasileiras e, mesmo nas comarcas em que estão presentes, a estrutura não é a ideal e, muitas vezes, a defensoria tem que limitar as matérias que prestará atendimento à população em razão dessa falta de estrutura.

Não é raro também que as defensorias públicas firmem convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil para nomeação de advogados privados como dativos ou com núcleos de prática jurídica de universidades diante da estrutura diminuta da defensoria pública.

Segundo dados do IPEA do ano de 2019, somente em 28% das comarcas brasileiras havia a presença da Defensoria Pública. E, em boa parte dessas comarcas há apenas um defensor público em razão da Emenda Constitucional nº 80 de 2014, a qual obriga a existência de ao menos um defensor público em cada unidade jurisdicional²⁸⁰.

Sobre a dificuldade de conferir mais essa atribuição à defensoria pública, expõe o professor Franklyn Roger Alves Silva:

Essa situação é muito clara a partir da promulgação da Emenda Constitucional 80/2014, que determina a presença de ao menos um Defensor Público por comarca nos próximos oito anos, um reconhecimento do legislador à necessária expansão da instituição para permitir o exercício pleno de suas funções institucionais.

Não é fácil atribuir a um único Defensor Público, que já possui uma série de atendimentos e obrigações processuais, o encargo de também se dedicar ao acompanhamento da investigação criminal defensiva de seus assistidos, especialmente quando essa atividade demanda a busca e o deslocamento na procura de fontes de prova.

Como na organização de algumas Defensorias Públicas não foi realizado um fracionamento adequado das atribuições, fragilizou-se a atuação institucional

²⁷⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 429.

²⁸⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014**. Altera os artigos 12, 21, 22, 24, 34, 35, 60, 101, 102, 103, 105, 109, 111-A, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134 e 135 da Constituição Federal, para estender às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal e Territórios os princípios institucionais previstos no art. 134 da Constituição Federal; acrescenta os artigos 98 e 99 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 jun. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 1 fev. 2025.

em sede do inquérito policial, posto que os órgãos de atuação são, em sua maioria, vinculados aos órgãos jurisdicionais com competência criminal²⁸¹.

Não adianta somente conferir o poder de realizar a investigação defensiva à defesa sem lhe possibilitar uma estrutura compatível, especialmente quando se trata da Defensoria Pública.

Em mais de 70% das comarcas, a investigação defensiva não poderia ser realizada pela defensoria pública. Aquela somente seria feita em poucas comarcas e sem material humano suficiente, treinamento adequado ou tempo bastante para realização desses atos e essa estrutura prejudicaria os investigados²⁸².

Se a defensoria pública não consegue nem realizar sua atividade primeira que é a defesa na fase judicial, como lhe atribuir mais uma função sem que haja a estrutura compatível?

3) A investigação defensiva seria mais uma forma de exclusão dos desfavorecidos economicamente no processo penal.

Sem a estrutura suficiente da defensoria pública e diante das condições econômicas da esmagadora maioria dos investigados, é possível afirmar que somente aqueles investigados que fossem abastados economicamente teriam condições financeiras de contratar escritórios com experiência na realização da investigação defensiva e poderiam custear perícias, tecnologia, viagens e diligências para produção de elementos de informação, o que geraria mais um fator de exclusão num processo penal já desigual. Essa mesma crítica é feita pelo professor Franklyn Roger Alves Silva:

A Defensoria Pública e muitos advogados, por falta de estrutura material e expertise, realizam um acompanhamento formal na fase investigatória, incompatível com a ampla defesa propalada pela Constituição Federal e com a própria paridade de armas.

Penar no tema proposto nesta tese passa, necessariamente, pela reflexão atinente ao fortalecimento da instituição de assistência jurídica aos necessitados, sob pena de a investigação criminal defensiva tornar-se um instituto elitista, afastado do principal público-alvo do processo penal²⁸³.

Apresentados os benefícios e os problemas relacionados a investigação realizada por cada legitimado como possível investigador, é possível apontar que a solução que melhor se compatibiliza com os dispositivos constitucionais fundados num estado democrático de direito e com a garantia dos direitos fundamentais dos envolvidos na investigação preliminar,

²⁸¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 431.

²⁸² KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 178.

²⁸³ SILVA, *op. cit.*, p. 433.

garantindo também a igualdade da investigação em relação à todos os investigados independente de condição econômica ou da qualidade da investigação realizada por determinado órgão, além de privilegiar a paridade de armas, seria delegar a investigação preliminar com exclusividade para as polícias civil e federal com o objetivo de que esses órgãos investigassem de forma imparcial, buscando elementos que favoreçam a defesa e a acusação e conceder o poder requisitório ao ministério público, à defensoria pública e ao advogado constituído.

Essa solução seria a que mais respeitaria a legalidade pois somente a polícia investigativa tem legislação expressa como titular da investigação de infrações penais e também respeitaria a igualdade de todos envolvidos e ainda teria a menor incidência dos problemas apresentados de todos os órgãos em que foi analisada a possibilidade de conferir legitimidade para realização da investigação defensiva.

Por óbvio que podem surgir requisições de diligências meramente protelatórias e, nesse caso, o delegado deveria fundamentar sua decisão de não realizar a diligência investigatória e expor os motivos pelos quais acredita que aquele ato investigatório não acrescentará elementos de informação para elucidação dos fatos. Em seguida, deveria ser aberto prazo a parte requisitante, acusação ou defesa, para justificar e fundamentar os motivos pelos quais necessita da diligência e com essas manifestações, seria feita a submissão ao Juiz e Garantias, o qual deve zelar pelo bom funcionamento e legalidade das investigações, sendo este a autoridade que decidiria se a diligência deve ou não ser realizada pela polícia investigativa.

A investigação defensiva deve ocorrer de forma obrigatória e o melhor é que seja feita por um órgão estatal (polícias investigativas), com uma estrutura já sedimentada mas que pode ser melhorada e com fiscalização de ambas as partes, acusação e defesa, para que o processo penal respeite o sistema acusatório de forma mais efetiva.

Caso o Supremo Tribunal Federal continue a se posicionar de acordo com a corrente doutrinária que acolhe a posição de o Ministério Público pode investigar diretamente, por uma questão de paridade de armas, deve ser conferido à defesa a mesma prerrogativa, com o intuito de proporcionar um processo penal com igualdade.

Nesse caso, se o investigado não puder se comprometer com os custos da realização de uma investigação defensiva, despendendo recursos para o pagamento de diligências, perícias, deslocamento e tecnologia, o Estado deverá custear a investigação ou então dar estrutura compatível para que a Defensoria Pública possa realizar esse múnus.

O Estado custeia as investigações realizadas pelo Ministério Público para subsidiar suas teses acusatórias e não pode haver tratamento diferenciado com a defesa e o arcabouço que sustentará as teses defensivas.

O que não é aceitável é que o investigado que mais precisa, aquele sem amparo técnico-jurídico, sem condições econômicas de custear uma investigação, aquele que já é encarcerado em massa, seja titular de uma gama de direitos mais restrita do que os abastados economicamente, exclusivamente com o fim de perpetuar o direito penal como uma forma de dominação social, em que somente os escolhidos pelo poder dominante são encarcerados e os economicamente abastados se furtam a aplicação da lei penal .

Para isso, a defesa não pode estar em patamar inferior à acusação em nenhuma fase ou momento da persecução penal e a investigação defensiva ser realizada por um órgão estatal de forma obrigatória, com previsão legal, é imperativa para garantir os direitos fundamentais dos economicamente excluídos sejam respeitados e o processo penal seja, de fato, democrático.

A investigação defensiva não pode ser transformada em mais uma forma de desigualdade no processo penal, acessível para poucos, constituindo verdadeiro simulacro de defesa.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o pesquisado é possível concluir que os movimentos político e filosófico do constitucionalismo o qual incorporou as constituições como documentos fundamentais dos Estados com a respectiva inserção dos direitos fundamentais e a limitação do poder estatal e, posteriormente, como desdobramento desse primeiro, o surgimento do neoconstitucionalismo, movimento responsável pela normatividade dos direitos fundamentais, independentemente se são regras ou princípios, cuja aplicação é cogente, geraram um aumento da aplicação dos direitos fundamentais aos indivíduos em todos os âmbitos do direito.

As constituições ganharam destaque e centralidade nos ordenamentos jurídicos e passaram a ser a norma fundamental a orientar a aplicação e interpretação das normas que são hierarquicamente inferiores.

No direito brasileiro, os direitos fundamentais, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana como norma material e o princípio do devido processo legal como norma processual, ambos previstos na Constituição Federal de 1988, devem ser o Norte a ser observado na aplicação de quaisquer normas penais e processuais penais.

Ao traçar a origem histórica do código de processo penal de 1941 é inegável que este foi elaborado e promulgado sob influência da constituição brasileira de 1937, a qual foi inspirada na Constituição Polonesa, um estado nazista à época e influenciado expressamente pelo Código de Processo Penal italiano, diploma conhecido como Código Rocco – diploma elaborado pelo Ministro da Justiça Italiano durante a segunda guerra mundial. A Itália era um estado fascista no qual os direitos fundamentais do indivíduo deveriam sucumbir aos interesses do Estado e essa lógica influenciou diretamente o Código de Processo Penal brasileiro, que em sua exposição de motivos expressamente coloca os direitos individuais em posição inferior aos interesses do estado e é marcado pela presunção de culpabilidade, apresentando várias normas violadoras dos direitos fundamentais, como prisões cautelares automáticas e incomunicabilidade do preso indiciado.

Essas normas e o espírito do Código de Processo Penal podem ter atingido seus propósitos durante um estado ditatorial e autoritário, mas não se compatibilizam com a Constituição Federal de 1988.

Esse descompasso entre o Código de Processo Penal vigente e a Constituição Federal de 1988 causam problemas interpretativos que persistem até os dias atuais, especialmente em relação à investigação preliminar. Por isso, é fundamental analisar e reinterpretar as normas processuais à luz da Constituição Federal para apurar quais as interpretações e disposições ainda

estão em conformidade com seus princípios. Este exercício é fundamental para que os agentes públicos, sobretudo aqueles responsáveis pela persecução penal, atuem como garantidores de direitos, e não como meros executores da justiça punitiva.

Foi possível esclarecer que a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli é adequada para buscar a compatibilização dos direitos fundamentais às normas processuais penais, tendo em vista que esta dispõe sobre um modelo ideal de sistema penal e processual penal a ser buscado. Referida teoria visa garantir a aplicação dos direitos fundamentais de forma ampla e se baseia em dez axiomas apresentados no texto. Qualquer interpretação das normas processuais penais deve ser pautada na teoria do garantismo penal e assim poderá ser compatibilizada perfeitamente com a Constituição Federal.

É preciso consignar que a teoria do garantismo penal não é uma teoria abolicionista e nem pode ser vista como um sinônimo de impunidade como descrito por vários juristas e profissionais do direito. Na verdade, trata-se de uma teoria justificadora do sistema penal punitivo como sendo superior à ausência de normas penais.

Para compatibilização das normas constitucionais com as normas processuais penais, após exposição dos três sistemas processuais mais conhecidos (acusatório, inquisitório e misto), foi exposto o sistema adversarial, adotado no direito estadunidense, demonstrando-se sua incompatibilidade com o sistema acusatório.

É preciso ter em mira que o legislador pátrio adotou o sistema acusatório na Constituição de 1988 e, para afastar qualquer divergência, reafirmou essa opção expressamente na Lei 13.964 de 2019. Esse modelo dispõe que as funções do processo penal, especialmente a gestão da prova, não podem ser concentradas por apenas uma das partes, devendo haver diferentes órgãos responsáveis por acusar, defender e julgar. Além disso, considera-se que, para um respeito mais efetivo a esta estrutura, a atividade investigativa também deve ser atribuída a um órgão diverso dos responsáveis pelas demais funções.

Foi estudada e compreendida, a recém introduzida figura do juiz de garantias, que se torna uma figura central, essencial para preservação e o fortalecimento do modelo processual adotado.

Após as pesquisas realizadas, foram esclarecidos os fundamentos julgados mínimos que uma investigação criminal deve observar para garantir o devido processo legal. Destacou-se a importância da aplicação, já na fase investigativa, dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Além disso, reafirmou-se que o ônus da prova deve ser de incumbência exclusiva da acusação, sem prejuízo da participação da defesa

na produção probatória, como uma forma de embasar suas teses e garantir um equilíbrio efetivo no processo.

No segundo capítulo foram estudadas as diversas formas de investigação preliminar e estudado o novo paradigma do inquérito policial, assunto frequentemente deixado em segundo plano na Academia.

Foi destacada a importância da investigação preliminar e seus contornos como mecanismo para filtrar as ações penais, evitando a instauração de processos penais açodados, sem justa causa e sem um lastro probatório mínimo.

Em relação à nomenclatura, concluiu-se que o termo mais adequado é “investigação preliminar”, pois evita confusão com o vocábulo instrução, que remete à fase probatória que ocorre durante o processo. Além disso, o uso de “preliminar” é mais apropriado por indicar o momento em que ocorre essa etapa, sendo melhor do que utilizar “instrução preliminar” ou “investigação criminal”.

Oportuno ainda consignar que foram estabelecidas as funções mais importantes da investigação preliminar que são duas: preservadora e apuratória.

Após o estudo geral sobre a investigação preliminar, a pesquisa avançou para análise do inquérito policial, a forma mais comum de investigação preliminar utilizada em nosso ordenamento jurídico. Foram apresentados dois paradigmas: o tradicional e um mais novo, que é mais compatível com os direitos fundamentais.

O paradigma tradicional caracteriza-se por considerar o inquérito policial um procedimento administrativo inquisitório, no qual não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse modelo, além do investigado ser tratado como um mero objeto, sua principal função é a apuratória e com o objetivo exclusivo de subsidiar a *opinio delicti* do Ministério Público.

De outro lado foi apresentado o novo paradigma do inquérito policial em que este é um processo administrativo que incorpora os princípios do contraditório, da ampla defesa e dos direitos fundamentais, reconhecendo o investigado como sujeito de direitos e permitindo sua participação na investigação. Nesse modelo, o inquérito assume tanto uma função preservadora quanto apuratória, devendo prevalecer a primeira em caso de conflito entre as duas. Além disso, exige-se imparcialidade na condução do procedimento, buscando elementos que possam subsidiar os pronunciamentos da acusação e da defesa e, ainda, embasar as decisões do julgador.

Após as pesquisas realizadas, constatou-se que, para que o inquérito policial esteja alinhado ao novo paradigma, uma medida eficaz seria excluir a legitimidade dos Delegados de

Polícia para representar por prisões cautelares, mantendo-se apenas a possibilidade da prisão em flagrante, com o objetivo de evitar a espetacularização da prisão.

Foi também estabelecido, neste estudo, um perfil das pessoas encarceradas em nosso País, a partir de dados obtidos de órgãos oficiais como o SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. A análise destes dados permitiu concluir que o inquérito policial, em sua configuração tradicional, é utilizado como um instrumento do poder dominante para o encarceramento de pessoas economicamente excluídas da sociedade, reforçando desigualdades estruturais e seletividade penal.

No terceiro capítulo, pesquisou-se a temática da investigação defensiva, ressaltando-se que, embora possa parecer recente, o assunto não é propriamente novo, já havendo intenso debate doutrinário entre os professores Joaquim Canuto Mendes de Almeida e José Frederico Marques, que em posições contrapostas, prevaleceu a posição deste último, segundo a qual não haveria espaço para defesa no inquérito policial. Essa concepção contribuiu para uma falta de estudos acadêmicos aprofundados sobre a investigação preliminar.

Foi conceituada a investigação defensiva, analisada sua ainda incipiente positivação no nosso ordenamento jurídico e examinado o projeto de novo Código de Processo Penal, que previu com timidez essa modalidade investigativa.

Além disso, discutiu-se as formas de justiça penal negociada, uma das espécies da justiça consensual existentes no ordenamento jurídico pátrio e em ascensão no Brasil, cuja aplicação se estende a maioria dos tipos penais nele positivados. Nesse contexto, a investigação defensiva revela sua importância para garantir que os acordos sejam firmados de maneira efetivamente voluntária, e não impostos pelo órgão acusador.

Ademais, analisou-se a legitimidade para realização da investigação defensiva tanto na fase processual quanto na fase investigativa, abordando especificamente os benefícios e desafios de conferir legitimidade ao Ministério Público, às polícias civil e federal, à Defensoria Pública e ao advogado constituído do investigado.

Em relação ao Delegado de Polícia foi apresentada a origem do cargo e explicitada sua ligação mais forte com o Poder Judiciário do que com o Ministério Público, não ostentando ligação em dispositivos legais com a acusação e, portanto, devendo agir de forma imparcial e apresentados todos os problemas e benefícios da investigação realizada pela polícia judiciária.

No tocante ao Ministério Público, apresentou-se a discussão sobre a possibilidade deste realizar a investigação de forma direta, sendo trazido o contexto histórico da proposta de Emenda Constitucional nº 37, a qual foi rejeitada.

Sobre a defesa foi feita uma análise da inexistente regulamentação legal para investigação realizada por advogados e Defensores Públicos, bem como exposta a falta de estrutura das Defensorias Públicas no Brasil, que acaba por limitar o acesso à investigação defensiva a uma parcela economicamente privilegiada da população.

Após a análise específica de cada um dos possíveis legitimados para realização da investigação defensiva na fase processual, concluiu-se que a melhor solução é que a produção de provas defensivas deve ser da defesa e, excepcionalmente, da polícia investigativa mediante requerimento das partes.

Por fim, no que tange à legitimidade para a investigação na fase preliminar, verificou-se que a melhor solução é que a investigação seja realizada exclusivamente pelas polícias investigativas, com a concessão de poderes requisitórios de diligências às partes. Em caso de divergência, caberia ao Juiz de garantias decidir sobre a pertinência ou não da diligência. Essa solução privilegiaria o sistema acusatório, o respeito ao princípio da legalidade e os direitos fundamentais do investigado, prevenindo distorções, seletividade e elitização do acesso à investigação defensiva.

Assim, o estudo contribui para o aprimoramento do debate acadêmico e institucional sobre o papel da investigação preliminar no Processo Penal brasileiro, reforçando a necessidade de reformas que garantam maior equilíbrio entre os atores processuais e a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual coletivo: a tutela dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Policía y estado de derecho*. In: ANITUA, Gabriel Ignacio. **Derechos, seguridad y policía**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARRUDA, Élcio. **Consolidação das leis penais (CLP)**: atualizado até 31-12-2023. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev., 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63376, p. 269. Acesso em: 02 jan. 2025.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 37, de 2011**. Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acesso em: 23 jan. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014**. Altera os artigos 12, 21, 22, 24, 34, 35, 60, 101, 102, 103, 105, 109, 111-A, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134 e 135 da Constituição Federal, para estender às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal e Territórios os princípios institucionais previstos no art. 134 da Constituição Federal; acrescenta os artigos 98 e 99 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 jun. 2014. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 1 fev. 2025.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 1993. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para assegurar ao advogado do investigado o direito de assistir a seus clientes durante a apuração de infrações. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 13 jan. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.432, de 11 de abril de 2017**. Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 12 abr. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13432.htm. Acesso em: 9 set. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e a persecução penal, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 11 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 4 jan. 2025.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em: 21 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8045, de 2010**. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 28 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 24/08/2023. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206298%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 05 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 24/08/2023. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206298%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 24/08/2023. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206298%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Brasília: STJ, 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1265>. Acesso em: 24 dez. 2024.

BRENE, Cleyson. **Ativismo policial**: O papel garantista do delegado de polícia. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório: o modelo brasileiro. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTA CAPITAL. Entenda a PEC 37. **CartaCapital**, São Paulo, 22 jun. 2013. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/entenda-a-pec-37-6801/>. Acesso em: 23 jan. 2025.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2020, p. 54-55.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula vinculante 14-STF**. Manaus: Buscador Dizer o Direito, 2024. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c922de9e01cba8a4684f6c3471130e4c>. Acesso em: 20 maio 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Inconstitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1f74a54f39b3123ad272ca0a06e7463f>. Acesso em: 12 dez. 2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 13, de 2 de outubro de 2006**. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2006. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0131.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 27 de setembro de 2017**. Estabelece normas para o controle de atos administrativos e a gestão de recursos do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Crítica ao garantismo penal hiperbólico monocular. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**, v. 22, n. 1, p. 148-165, 2020. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n1/revista_v22_n1_148.pdf. Acesso em: 19 set. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. Por que sou contra a PEC 37 (conhecida como PEC da impunidade - o próprio 'apelido' já sugere). **Jusbrasil**, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/por-que-sou-contra-a-pec-37-conhecida-como-pec-da-impunidade-o-proprio-apelido-ja-sugere/121815119>. Acesso em: 23 jan. 2025.

DEFENSORIA PÚBLICA. **Defensoria do Rio terá novo núcleo de investigação defensiva**. Rio de Janeiro: DEPERJ, 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/20445-Defensoria-do-Rio-tera-novo-nucleo-de-Investigacao-defensiva>. Acesso em: 02 jan. 2025.

DEZAN, Sandro Lucio. Prólogo sobre a investigação criminal e sua teoria comum. O inquérito policial como fase do processo criminal. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (org.). **Temas atuais de polícia judiciária**. 2. ed. rev. aum. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeirza. **Curso de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cardematori. Porto Alegre: Livradia do Advogado Editora, 2021.

FONSECA, Eduardo Samoel; UENO, Ricardo Mamoru. O contraditório (mitigado) na investigação preliminar: uma característica do estado democrático de direito? In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O ministério público e a polícia judiciária**: controle externo da atividade policial. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FULLER, Paulo Henrique de Aranda *et al.* **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

G1. Caso Amarildo: 10 anos depois, seis PMs condenados seguem trabalhando na corporação; ninguém está preso. **G1**, Rio de Janeiro, 13 jul. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/07/13/caso-amarildo-10-anos-depois-seis-pms-condenados-seguem-trabalhando-na-corporacao-ninguem-esta-preso.ghtml>. Acesso em: 25 set. 2024.

G1. Genivaldo dos Santos ficou mais de 11 minutos exposto a gases tóxicos dentro de viatura da PRF antes de morrer em Sergipe, diz perícia. **G1**, 09 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2022/10/09/genivaldo-dos-santos-ficou-mais-de-11->

minutos-exposto-a-gases-toxicos-dentro-de-viatura-da-prf-antes-de-morrer-em-sergipe-diz-pericia.ghml. Acesso em: 05 set. 2024.

GARCIA, Roberto Soares. A Constituição Federal, o Processo Penal e o Inquérito Policial. *In*: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). **Direito penal econômico**: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

HOFFMANN, Henrique. Moderno conceito do inquérito policial. *In*: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. 1. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KISS, Vanessa Moraes. A investigação defensiva no processo penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

LIMA FILHO, Eujécio Coutrim. Inquérito policial: superação do modelo inquisitivo medieval. *In*: BRENE, Cleyson (org.). **Por que as polícias fracassam?** Leme: Mizuno, 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção doutrinas essenciais; v. 6).

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MACHADO, Leonardo Marcondes. Paradigma da investigação criminal. *In*: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (org.). **Temas avançados de polícia judiciária**. 1. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2017.

MACIEL, Bernardo Frechiani Lara. **Justiça penal negociada**: crítica a partir de uma intervenção comparada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais. v. 6.

MANZANO, Luis Fernando de Moares; ESSADO, Tiago Cintra. Colaboração premiada: entre a eficiência e o garantismo. *In*: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). **Eficiência e garantismo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017.

MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. *In*: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo (org.). **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *In*: MAZZILLI, Hugo Nigro. **Direito penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6, p. 983-990.

MEIRELLES, João Victor Esteves. A obrigatoriedade de realização do interrogatório antes do oferecimento da exordial acusatória na seara penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 48.892, de 2024**. Dispõe sobre... *Belo Horizonte*, 2024. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/48892/2024/>. Acesso em: 24 dez. 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do Código de Processo Penal de 2008. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: lei 13.964, de 24.12.2019. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: de acordo com a lei 12.402/2011*. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza; MONTEIRO, André Vinícius; BURRI, Juliana; ZIMMARO, Rafael Barone. Ministério Público e investigação criminal: verdades e mitos. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito penal e processo penal**: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Atlas, 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n.º 188, de 11 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. Disponível em: <https://normas.oab.org.br/provimentos/2018/12/provimento-no-188-2018/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

PASTANA, Débora Regina. **Política e punição na América Latina: uma análise comparativa acerca da consolidação do estado punitivo no Brasil e na Argentina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação Premiada: Breve incursão nos requisitos de validade e de eficácia. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org.). **Eficiência e garantismo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2017.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de Souza. **Bandidolatria e democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil**. São Luís, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Advocacia criminal: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 3. In: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Obra em processo penal**. São Paulo: Singular, 2018.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Obra em processo penal**. Organização e notas de Maria Eugênia Gil. Prefácio de Antônio Sérgio Altieri de Moares Pitombo. São Paulo: Editora Singular, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. aum. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 32.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. Revista dos Tribunais. v. 842. n. 94, p. 411-436, dez. 2005.

SALES, Luis Otávio. O pagamento do tributo sempre extingue a punibilidade. **Dotti Advogados**, 15 set. 2023. Disponível em: <https://dotti.adv.br/o-pagamento-do-tributo-sempre-extingue-a-punibilidade>. Acesso em: 24 dez. 2024.

SARAIVAJUR. Exposição de motivos do Código de Processo Penal: decreto lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: SARAIVAJUR; Céspedes, Livia; Rocha, Fabiana Dias da (org.). **Mini código Saraiva: processo penal e legislação complementar**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz. Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito penal e processo penal: processo penal I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SINÔNIMOS. **Investigação**. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/investigacao>. Acesso em: 12 jan. 2025.

SISDEPEN, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWVhMjBjOTUtMGRmZi00YmQ4LTNmMGUtYTJlNDk3M2JlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 20 dez 2024.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar: segurança pública e direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação criminal no estado constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório, p. 41-80. *In*: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Celopas Isaias (org.). **Temas Atuais de Polícia Judiciária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça**. Reconhecimento de falta disciplinar no âmbito da execução penal. Aprovada em 10 de junho de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 15 jun. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?documentosSelecionadosParaPDF=&numDocsPagina=50&tipo_visualizacao=&data=&p=false&tipo=sumula+ou+su&b=SUMU&i=101&l=50&ordenacao=-%40NUM&operador=E. Acesso em: 4 dez. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula Vinculante nº 5**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 dez. 2024.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: A justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique (org.). **Direito Penal e**

processo penal: processo penal I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (org.). **Temas atuais de polícia judiciária**. 2. ed. rev. aum. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.