



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

Investigação Criminal:
A Atuação da Defesa na Fase Preliminar do Processo Penal

Kleudson Moreira Tavares

Dissertação de Mestrado em Ciências Polícias
Área de especialização em Criminologia e Investigação Criminal

Orientação científica:

Professor Doutor Hermínio Joaquim de Matos

Lisboa

Outubro - 2017



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

Investigação Criminal:
A Atuação da Defesa na Fase Preliminar do Processo Penal

Kleudson Moreira Tavares

Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, Especialização em Criminologia e Investigação Criminal.

Orientação científica:

Professor Doutor Hermínio Joaquim de Matos

Lisboa

Outubro - 2017



Estabelecimento de Ensino: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

Curso: Mestrado em Ciências Policiais, Área de Especialização em Criminologia e Investigação Criminal.

Orientador: Professor Doutor Hermínio Joaquim de Matos

Título: Investigação Criminal: A Atuação da Defesa na Fase Preliminar do Processo Penal

Autor: Kleudson Moreira Tavares

Local de Edição: Lisboa

Data de Edição: Outubro de 2017

DEDICATÓRIA

**A meus queridos pais, filhos,
irmã, esposa e netinho, razão da
minha vida. Obrigado por
fazerem parte da minha jornada.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, por acompanhar e iluminar o meu caminho em todos os momentos da minha vida.

Aos meus queridos pais Aderson e Dorcas, exemplos de honestidade, dedicação e amor, que me ensinaram a lutar e perseverar na superação dos obstáculos e alcançar meus objetivos na vida pessoal e profissional, dispensando extraordinário apoio moral e material aos filhos e netos.

Aos meus três filhos Danilo, Atos e Anderson, por sempre estarem ao meu lado e me terem mostrado a dimensão do amor insuperável.

À minha inestimável irmã Keilla, pelo companheirismo e exemplo de ser humano que é.

À minha querida esposa Ana Lúcia, pelo apoio, incentivo e paciência pelas horas, dias, semanas e meses que me ausentei de sua companhia para que mais esse objetivo fosse alcançado.

Àquele que trouxe mais amor e alegria para minha vida, o meu príncipe e netinho Gabriel.

Ao meu estimado orientador Professor Doutor Hermínio Joaquim de Matos, pelo apoio e orientação na elaboração do trabalho que ora se conclui.

Ao Professor Doutor Nereu José Giacomolli, pelas importantes orientações iniciais desse trabalho.

À direção, professores e demais servidores do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, pela oportunidade, apoio e acolhida desde o período de aulas presenciais até a conclusão.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

A Investigação Criminal se desenvolve na fase preliminar do processo penal, buscando evidenciar a materialidade, a autoria e a circunstância da infração penal. Trata-se de procedimento administrativo que tem por características principais o sigilo e a inquisitorialidade.

Lastreados nessas duas características – sigilo e inquisitorialidade –, a doutrina e a jurisprudência sempre afirmaram que, na fase de Investigação Criminal, o investigado não passava de um mero objeto da investigação, sem qualquer direito.

No entanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que assegura aos acusados em geral a aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, renomados doutrinadores, bem como a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passaram a reconhecer que o investigado é um sujeito de direitos, e não um mero objeto de investigação.

Com isso, vem-se fortalecendo o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que aos investigados em procedimento investigatório criminal devem ser observados os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.

A aplicação desses princípios constitucionais na fase preliminar do processo penal possibilita uma efetiva e necessária atuação da defesa nessa fase. Com o objetivo de se efetivar a aplicação desses princípios nos procedimentos investigatórios, o legislador ordinário editou normas que passam especificamente a disciplinar a atuação da defesa, buscando equilibrar a sua ação com a exercida pela acusação representada pelo Ministério Público.

A atuação mais efetiva da defesa durante a Investigação Criminal, fundamentada na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais, tem o condão de propiciar a equidade de armas com o órgão acusador e, fundamentalmente, proteger o investigado contra os arbítrios do Estado.

Palavras-chave: Investigação Criminal, contraditório e ampla defesa, amplitude de atuação da defesa.

ABSTRACT

The criminal investigation is developed in the preliminary phase of the criminal process, seeking to evidence the materiality, authorship and circumstance of the criminal infraction. It is an administrative procedure whose main characteristics are secrecy and inquisitorial.

Under these two characteristics, secrecy and inquisitorial, doctrine and jurisprudence have always affirmed that during the criminal investigation phase, the investigated person was merely an object of investigation, without any right.

However, after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which guarantees to the accused in general the application of the principles of the Contradictory and Broad Defense, renowned doctrinators and the own jurisprudence of the Federal Supreme Court, has come to recognize that the investigated is a subject of rights , and not a mere object of investigation.

This has strengthened the doctrinal and jurisprudential understanding that those investigated in criminal investigations must observe the constitutional principles of the Contradictory and Broad Defense.

The application of these constitutional principles in the preliminary phase of the criminal process allows an effective and necessary action of the defense in this phase. In order to apply these principles to investigative procedures, the ordinary legislator has issued legal norms that specifically regulate the performance of the defense, seeking to balance its performance with the prosecution represented by the Public Prosecutor.

The most effective action of the defense during the criminal investigation, based on the Federal Constitution and infraconstitutional norms, has the power to promote the fairness of arms with the accusatory body and, fundamentally, protect the investigated against the arbiters of the State.

Keywords: Criminal investigation, contradictory and ample defense, extent of defense action.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

a.C. – Antes de Cristo

Art. – Artigo

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

DJ – Diário da Justiça

GNR – Guarda Nacional Republicana

HC – Habeas Corpus

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PLS – Projeto de Lei do Senado

PL – Projeto de Lei

PSP – Polícia de Segurança Pública

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

ÍNDICE

DEDICATÓRIA	I
AGRADECIMENTOS.....	II
RESUMO	III
ABSTRACT	IV
SIGLAS E ABREVIATURAS	V
ÍNDICE.....	1
INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO 1 - AS FUNÇÕES DOS SUJEITOS NA FASE PRELIMINAR DO PROCESSO PENAL.....	6
1.1 A Polícia Judiciária	7
1.1.1 Delegado de polícia	9
1.1.2 Inquérito policial	11
1.1.3 Termo Circunstanciado de Infração Penal	15
1.2 O Ministério Público.....	17
1.2.1 Ministério Público na Constituição Federal de 1988	17
1.2.2 Poder requisitório do Ministério Público na fase de Investigação Criminal	18
1.2.3 Investigação Criminal realizada pelo Ministério Público	20
1.2.4 O controle externo da atividade policial.....	23
1.2.5 O Ministério Público e a Investigação Criminal em Portugal	25
1.3 O Juiz	26
1.3.1 Juiz de garantias	27
1.3.2 Imparcialidade.....	28
1.4 O Indiciado	30
1.4.1 O indiciado como sujeito de direitos	30
1.4.2. Devido processo legal	32
1.4.3 Presunção de inocência	34
1.4.4 Dignidade da pessoa humana	35
1.5 A Defesa	36
1.5.1 As prerrogativas do advogado na investigação criminal.....	38

Investigação Criminal: A Atuação da Defesa na Fase Preliminar do Processo Penal

1.5.2 Breves considerações sobre as inovações trazidas pela Lei 13.245/2016.....	39
1.6 A vítima	40
CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	46
2.1 Considerações iniciais	46
2.2 Princípio da Ampla Defesa	55
2.3 Princípio do Contraditório.....	58
CAPÍTULO 3 – OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E A DEFESA NA FASE PRELIMINAR DO PROCESSO PENAL.....	61
3.1 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório na fase preliminar do processo penal.....	61
3.2 A Defesa na fase preliminar do processo penal.....	67
3.2.1 Defesa técnica.....	68
3.2.2 Autodefesa na fase preliminar do processo penal	75
3.2.3 Paridade de armas na fase preliminar do processo penal.....	77
3.2.4 Investigação Criminal defensiva.....	79
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

As pesquisas necessárias à elaboração desta dissertação têm por objetivo analisar e demonstrar as balizas de atuação da Defesa na fase preliminar do processo penal, sob a ótica constitucional, infraconstitucional, doutrinária e jurisprudencial, não descuidando do interesse público na apuração, processamento e punição dos autores da prática de infrações penais.

Praticada uma infração penal, inicia-se a fase preliminar do processo penal denominada de Investigação Criminal, cujo objetivo é coletar provas e elementos de informações que revelem a materialidade, a autoria e as circunstâncias nas quais tal delito ocorreria. No Brasil, essa investigação, em regra, é levada a cabo por meio do procedimento administrativo intitulado de inquérito policial, instaurado e presidido por um delegado de polícia integrante da Polícia Judiciária estadual ou federal.

A coleta de provas e de elementos de informação realizada durante a Investigação Criminal, de forma imparcial e com observância à Constituição Federal e legislação infraconstitucional, tem por fim fornecer subsídios ao Ministério Público (MP), titular da ação penal pública, para que ofereça denúncia em face do autor do delito investigado.

Uma das tradicionais características da Investigação Criminal no Brasil conduzida, como mencionado, em sua maioria, por meio do inquérito policial, é a de ser um procedimento administrativo inquisitório. Ao assumir feição marcadamente inquisitória, ao contrário da ação penal, não se subordina aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, conforme ainda apregoa a doutrina brasileira majoritária, segundo a qual o investigado ou o indiciado seriam meros objetos de investigação, sem a necessidade de sua efetiva participação.

No entanto, com a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, esse entendimento de quase total limitação de atuação da defesa na Investigação Criminal precisa ser reavaliado, sobretudo em cumprimento da nova ordem constitucional.

Ainda hoje, na doutrina tradicional, impera como voz corrente o fato de a defesa, durante a fase preliminar do processo penal, dispor de atuação extremamente limitada, não se aplicando às garantias constitucionais aos acusados em geral, o que resulta na desigualdade latente entre a defesa e o Ministério Público. Sublinhe-se que este último, além de ter o poder

de requisição de diligências e de instauração do inquérito policial, há mais de uma década, vem-se aventurando na realização direta desse tipo de investigação.

A presente dissertação está estruturada em três capítulos distintos, embora complementares, seguidos de uma conclusão que pretende atingir o objetivo inicialmente delineado. Nesse sentido, o primeiro capítulo apresenta as funções dos sujeitos na fase preliminar do processo penal, discorrendo inicialmente sobre a Polícia Judiciária e o seu papel na Investigação Criminal, com ênfase no delegado de polícia e nos procedimentos investigatórios criminais por ele presididos. Em seguida, trata do Ministério Público brasileiro, titular exclusivo da ação penal pública, bem como as suas atribuições, abordando também o Ministério Público de Portugal, abordando ainda o juiz, o indiciado e a sua defesa e, por fim, a própria vítima.

O segundo capítulo expõe os princípios constitucionais relacionados à ampla defesa e ao contraditório, trazendo a definição e a distinção entre princípios e regras constitucionais. Na mesma seção, desdobra-se a explicação do princípio constitucional do devido processo legal, considerado efetivamente um supraprincípio, pois dele decorrem o contraditório e a ampla defesa. Também são apontadas e explicadas a teoria e a amplitude desses princípios, sobretudo em relação a seu surgimento, evolução e aplicação no processo penal propriamente dito.

O terceiro capítulo intitulado “Os princípios da ampla Defesa e do Contraditório e a defesa na fase preliminar do processo penal” configura o cerne desta pesquisa. Nessa parte do estudo, são analisadas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade ou não dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase preliminar do processo penal. Quanto à defesa, examina a legislação constitucional, infraconstitucional e correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a sua atuação nessa fase do processo, almejando apontar os limites dessa ação face à atuação da acusação.

Nossa pesquisa assume relevante importância acadêmica, científica, social e político-econômico, por dispor do condão de auxiliar os poderes constituídos a encontrar o esperado equilíbrio, por parte do constituinte originário, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, entre uma Investigação Criminal eficaz e a equânime atuação da defesa e do Ministério Pública na fase preliminar do processo penal, sobretudo com respeito à dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que esse propósito somente pode ser alcançado a partir de um necessário ponto de equilíbrio entre a imprescindibilidade de uma Investigação Criminal eficiente e o respeito aos direitos do investigado e indiciado. Essa situação é traduzida pela maior amplitude de atuação da defesa na fase preliminar do processo penal, no mínimo de forma igualitária com a atuação do Ministério Público.

É possível ainda que a comunidade em geral tenha interesse neste estudo, por se tratar de um trabalho que evidencia a necessidade e a importância da interpretação das normas que regulam as investigações criminais conforme a Constituição Federal de 1988, afinal o entendimento é de que todos estão sujeitos ao risco de restrição nos campos da liberdade e do patrimônio, sem possibilidade prévia de manifestação sobre o que se apurou de modo unilateral.

Nesse mesmo diapasão, a Polícia Judiciária, como órgão encarregado da Investigação Criminal e presidência do inquérito policial, vê-se na obrigação urgente de reavaliar a sua forma de atuação, buscando sempre exercer as suas atribuições em consonância com a Constituição, assumindo, assim, o seu importante papel social, especialmente o associado à proteção da dignidade da pessoa humana.

A metodologia utilizada nesta dissertação consistiu na pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos, jurisprudência e legislação nacional, além do direito comparado, com especial referência ao direito português, constituindo uma revisão teórico-doutrinária da literatura, a fim de apresentar o estado de conhecimento sob diferentes perspectivas.

Recorremos ao método de abordagem hipotético-dedutivo, que se vale da pesquisa teórica e o subsequente pensamento de vários autores e da nossa opinião acerca de pontos relevantes. Na formatação deste trabalho, utilizamos as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

CAPÍTULO 1 - AS FUNÇÕES DOS SUJEITOS NA FASE PRELIMINAR DO PROCESSO PENAL

No Brasil, a fase preliminar do processo penal, segundo a legislação constitucional e infraconstitucional, em regra é materializada no procedimento investigatório denominado como inquérito policial. Como já mencionado, está delimitada e focada na fase preliminar do processo penal dos crimes comuns¹. Ocorrida uma determinada infração penal pública, cabe ao delegado de polícia instaurar o necessário inquérito policial, o qual tem por finalidade apurar a materialidade, a autoria e as circunstâncias do delito.

Essa etapa conta com a participação de diversos sujeitos. Por ser um procedimento eminentemente público, sob o monopólio do Estado, há o envolvimento de variados agentes públicos. Em sua presidência, em geral incumbe-se o delegado de polícia, que, por sua vez, é auxiliado por seus agentes – membros da Polícia Judiciária dos estados ou da esfera federal. Como destinatário do produto da Investigação Criminal, responsável por seu controle externo e titular exclusivo da ação penal pública, está o Ministério Público, o qual também pode requisitar diligências ou a instauração de inquérito policial ou termo circunstanciado de infração penal à Polícia Judiciária. Durante a sua tramitação, sobretudo quando provocado por representação do delegado de polícia nos casos de decretação de medidas cautelares, entra em cena o Juiz, detentor de competência constitucional para medidas cautelares com reserva de jurisdição, medidas essas que em Portugal são denominadas de medidas de coação.

Além dos sujeitos estatais que participam ou podem ser provocados a participar da fase preliminar do processo penal, há outros desvinculados de função pública. Um deles é o próprio indiciado, que será instado a se manifestar acerca dos fatos sob investigação dos quais é suspeito da autoria. Ao lado desse sujeito, atuará outro: o advogado de defesa. Esse sujeito é constituído pelo próprio investigado ou atendido por Defensor Público.

Outro importante sujeito dessa fase preliminar é a vítima da ação delituosa em investigação, que deve ser chamada a colaborar nas investigações, podendo ser, inclusive,

¹ Os crimes comuns mencionados são todos os crimes tipificados na legislação brasileira com exceção dos crimes militares.

submetida a oitivas, exame de corpo de delito e coleta de evidências de interesse da investigação. A vítima é uma das mais significativas fontes de informações sobre o delito.

No contexto desta pesquisa, portanto, os sujeitos da fase preliminar do processo penal devem ser considerados os principais intervenientes na Investigação Criminal, presidindo, requerendo ou requisitando a prática de algum ato ou, ainda, praticando algum ato decisório e até mesmo fiscalizando a sua regularidade.

Aury Lopes Jr, ao defender que na investigação preliminar não há partes, mas apenas sujeitos, assevera a inexistência de uma pretensão, bem como uma respectiva resistência. Segundo o especialista, trata-se tão somente de uma atividade que prepara o exercício de uma pretensão acusatória².

1.1 A Polícia Judiciária

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, comumente citada como Constituição Federal, confere à Polícia Judiciária a atribuição de realização da Investigação Criminal na apuração dos crimes, exceto os crimes militares. A Polícia judiciária brasileira é constituída pelas polícias civis estaduais e pela polícia federal. A polícia federal tem a sua atribuição investigativa taxativamente disciplinada pela Carta constitucional, restando às policiais civis estaduais atribuição residual, ou seja, o que não for explicitamente da competência da polícia federal. Tanto as investigações criminais realizadas pela polícia federal quanto às conduzidas pelas polícias civis são presididas por delegados de polícia das respectivas instituições. Nessas investigações criminais, os delegados são auxiliados por seus agentes - investigadores, escrivães, peritos, datiloscopistas, entre outros. Cada Estado membro brasileiro tem a sua Polícia Judiciária³, chefiadas por delegados de polícia, com

² Lopes Jr, Aury; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 519.

³ No título II do CPP, que trata do Inquérito Policial, em seu artigo 4º, está prescrito que “a Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que essas “autoridades policiais” citadas são os delegados de polícia, sejam os estaduais, sejam os federais.

missão de proceder às investigações criminais no sentido de buscar revelar a autoria, a materialidade e as circunstâncias dos delitos⁴.

Já a polícia federal constitui uma única instituição de Polícia Judiciária da União, com atuação em todo território nacional, na apuração dos delitos de sua atribuição, previstos na própria Constituição Federal⁵.

Como já mencionado, as investigações criminais realizadas pela Polícia Judiciária, em qualquer uma de suas esferas, serão sempre presididas por um delegado de polícia, a ser auxiliado por agentes policiais e polícia técnica.

A apuração dos crimes com pena máxima superior a dois anos de prisão transcorre por meio do procedimento investigatório denominado pela legislação infraconstitucional como inquérito policial, instaurado e presidido pelo delegado de polícia.

Já na apuração dos crimes cuja pena máxima em abstrato cominada não ultrapasse a dois anos de prisão, considerados de menor potencial ofensivo, será realizada por meio do procedimento simplificado de Investigação Criminal, denominado de Termo Circunstanciado de Infração Penal. Esse procedimento investigativo também é instaurado e presidido por delegado de polícia.

Em Portugal, a investigação criminal é dirigida pelo Ministério Público, o qual é coadjuvado pelos órgãos de Polícia Criminal – os quais, nos termos do artigo 3º da Lei nº 49/2008, de 27 de agosto de 2008, abrangem a Polícia Judiciária, a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana. Pelo artigo 6º da referida lei, são de competência da Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana as investigações criminais

⁴ O artigo 144, § 4º da CF de 1988 certifica que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

⁵ A Polícia Federal tem as suas atribuições elencadas no artigo 144, § 1º e incisos da CF de 1988, nos seguintes termos: “A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizada e mantido pela União e estruturada em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo dispuser a lei; II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

atribuídas pelo Ministério Público não elencadas no artigo 7º da proposição em questão, como a cargo da Polícia Judiciária, observadas as regras estabelecidas no artigo 8º.

1.1.1 Delegado de polícia

É inequívoco que, na fase preliminar do processo penal, o principal representante do Estado seja o delegado de polícia, acompanhado dos seus agentes, sendo o inquérito policial o preponderante instrumento de Investigação Criminal brasileiro.

Trata-se de um servidor público de carreira, que tem como uma de suas atribuições precípuas a presidência do inquérito policial. O cargo de delegado de polícia foi criado pela primeira vez por meio da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, sendo regulamentado pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842. Tais atos normativos alteraram o Código de Processo Criminal de 1832, para inserir a função de Chefe de Polícia no município da Corte e para cada uma das províncias do Império, incluindo ainda, as funções de delegado e subdelegados⁶.

Vale reiterar que o inquérito policial, a ser detalhado no item subsequente, é instaurado e presidido pelo delegado de polícia, o qual, auxiliado por seus agentes, realiza todas as diligências legais e necessárias à elucidação do fato criminoso sob investigação, buscando, desse modo, a sua materialidade, autoria e circunstâncias.

Sem dúvida alguma, o delegado de polícia é um dos principais sujeitos da fase preliminar do processo penal, figurando, como já evidenciado, como representante do Estado e presidente do respectivo procedimento investigatório.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, § 4º, preceitua que “às policiais civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares”. Esse dispositivo trata especificamente das atribuições das policiais civis no campo da Investigação Criminal presidida por delegado de polícia civil estadual. Na esfera federal, o

⁶ O Capítulo I do Título I da Lei nº. 261, de 03 de dezembro de 1841, trata dos regimentos de atuação da polícia. Em seu artigo 1º dispõe: “Haverá no Município da Côte, e em cada Provincia um Chefe de Policia, com os Delegados e Subdelegados necessários, os quaes, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiais são subordinadas ao Chefe de Polícia”.

mesmo artigo, em seu inciso §1º, contempla as atribuições da Polícia Federal no campo desse tipo de investigação, igualmente instaurada e presidida por delegado de polícia federal⁷.

A legislação infraconstitucional também prevê, de forma mais pormenorizada, as funções do delegado de polícia na fase preliminar do processo penal, merecendo destaque as constantes no artigo 6º do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941⁸.

Tal dispositivo supra não esgota, porém, as funções do delegado de polícia durante a referida fase do processo, pois no próprio Código de Processo Penal brasileiro há outros itens que atribuem a ele, entre outras, a presidência do Auto de Prisão em Flagrante, a representação pela decretação de medidas cautelares, a exemplo de busca e apreensão, prisão preventiva, sequestro de bens. A legislação processual penal extravagante prevê também inúmeras atribuições do delegado na presidência da Investigação Criminal, como a representação por medida cautelar em casos de quebras de sigilo telefônico, fiscal e bancário.

A Lei nº 12.830/2013 – a chamada Lei da Investigação Criminal conduzida pelo delegado de polícia –, em seu artigo 2º, inovou acerca da condução do inquérito policial,

⁷ O § 1º do artigo 144 da CF de 1988 dispõe: “A polícia federal, instituída por lei como permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”

⁸ Artigo 6º do Código de Processo Penal brasileiro prevê: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II – apresentar os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV – ouvir o ofendido; V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

conferindo-lhe, na qualidade de autoridade policial, autonomia ampla para a condução da investigação criminal⁹.

Somadas a todas as diligências previstas explicitamente na legislação em vigor, a serem realizadas pelo delegado de polícia e seus agentes durante a Investigação Criminal, este pode realizar outras diligências inominadas, desde que não proibidas, principalmente em razão da impossibilidade material de o legislador enumerar as diligências possíveis e necessárias ao esclarecimento do fato criminoso.

No curso do inquérito policial, portanto, é o delegado de polícia que possui discricionariedade para adotar as técnicas de investigação adequadas à apuração do fato criminoso em toda a sua extensão. Também é prerrogativa dele aplicar as teses jurídicas necessárias para que a investigação seja realizada em consonância às disposições inerentes ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana.

Em Portugal, não existe a figura do delegado de polícia na estrutura da Polícia Judiciária, pois esta é estruturada em carreira única. No entanto, as investigações criminais, no âmbito da Polícia Judiciária, são levadas a efeito por coordenadores de Investigação Criminal, cargo integrante da estrutura da carreira atinente, o qual se inicia como Inspetor estagiário, passa por Inspetor-Chefe, em seguida, podendo ser promovido a Coordenador de Investigação Criminal e, por fim, a Coordenador Superior de Investigação Criminal. Além de outros órgãos específicos, são igualmente competentes para realizar a investigação criminal tanto a Polícia de Segurança Pública quanto a Guarda Nacional Republicana, na apuração de delitos não reservados à Polícia Judiciária e outros órgãos.

1.1.2 Inquérito policial

No Brasil, em regra, a fase preliminar do processo penal se materializa no procedimento administrativo investigatório denominado de inquérito policial.

⁹ O artigo 2º e seu § 1º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 assenta: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.”

O *nomem juris* inquérito policial foi introduzido no direito brasileiro pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871¹⁰, embora já nas Ordenações Filipinas e Código de Processo Criminal de 1832 se apresentassem dispositivos acerca desse procedimento informativo.

O Título II do Livro I do Código de Processo Penal brasileiro trata do inquérito policial, especificamente nos artigos 4º a 23, preceituando regras que regulam sua instauração, desenvolvimento e conclusão.

Muito embora não exista disposição legal que conceitue inquérito policial, a maioria da doutrina o define como o conjunto de diligências policiais destinadas a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal, bem como a sua autoria e circunstâncias. Portanto, conforme o entendimento de Lima, o inquérito policial configura um procedimento inquisitorial administrativo, presidido pelo delegado de polícia em um conjunto de diligências necessárias à apuração da materialidade e autoria da infração penal, de forma imparcial. O objetivo é fornecer elementos significativos para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo em face do autor¹¹.

Por se tratar de procedimento preparatório da ação penal, o inquérito policial tem características e princípios próprios, conforme afirma Fernando Capez¹².

Entre esses princípios, merece relevo o da oficialidade, no qual o inquérito policial deve ser executado por órgão oficial, no caso a Polícia Judiciária, sendo que esta decorre do princípio da legalidade. Saliente-se também o caráter sigiloso na elucidação dos fatos, não comportando publicidade em razão da garantia da presunção de inocência do investigado e da necessidade de assegurar o êxito das investigações. Tal sigilo deve ser externo, pois, para o

¹⁰ A Secção III do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que trata do inquérito policial, em seus artigos 38 e 42 disciplinou: “Art. 38. Os Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, logo que por qualquer meio lhes chegue a notícia de se ter praticado algum crime commum, procederão em seus districtos as diligencias necessárias para verificação da existência do mesmo crime, descobrimento de todas as suas circumstancias e dos delinquentes. Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circumstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto...”. Nos itens do artigo 42 foram disciplinadas algumas regras sobre diligências e providências que as autoridades policiais elencadas no artigo 38 deverão observar e adotar durante a investigação criminal levada a efeito no inquérito policial.

¹¹ Lima, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niteroi: Impetus, 2013, p. 71.

¹² Capez, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 116-119.

indiciado e o seu defensor, é necessário que seja de acesso livre, ressalvadas as diligências em curso para assegurar a esperada efetividade. É também característica do inquérito policial a sua indisponibilidade, ou seja, a persecução penal é de ordem pública. Nesse sentido, uma vez iniciada, o delegado de polícia não pode mandar arquivá-lo ou renunciar à obrigação de elucidar as infrações penais, pois somente o juízo criminal, por requerimento do Ministério Público, tem a prerrogativa de arquivar o inquérito policial. Por fim, é necessário que o procedimento seja escrito para atender à finalidade de prestar as devidas informações aos sujeitos processuais.

Atesta-se, no entanto, que o tradicional princípio do inquérito policial escrito hoje se encontra relativizado, já que a utilização de outros meios de registros no inquérito foi expressamente autorizada pela reforma do Código de Processo Penal, por meio da Lei 11.719/2008, a qual introduziu, no artigo 405, § 1º, a seguinte assertiva: “Sempre que possível, o registro dos depoimentos dos investigados, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”.

Para instauração do inquérito, faz-se necessário, em primeiro lugar, que a *notitia criminis* chegue ao conhecimento, espontâneo ou provocado, do delegado de polícia. É com base na notícia concreta da ocorrência de infração penal que o delegado dá início às investigações com a instauração do necessário inquérito policial. A *notitia criminis* pode ocorrer da seguinte forma:

a) *Notitia criminis* espontânea ou de cognição imediata: trata-se do conhecimento direto dos fatos pela autoridade policial ou por meio de comunicação informal. A chamada denúncia anônima se enquadra nessa espécie, sendo denominada de *notitia criminis* inqualificada, ou delação apócrifa.

b) *Notitia criminis* provocada ou de cognição mediata: equivale ao conhecimento dos fatos por meio de terceiros.

c) *Notitia criminis* de cognição coercitiva: ocorre no caso da prisão em flagrante, situação em que a autoridade policial toma conhecimento do fato através do autor.

No direito português a notícia do crime é disciplinada no Capítulo I, do Título I, Livro VI da Parte II do Código de Processo Penal de Portugal, nos artigos 241º a 247º.

Uma vez iniciado o inquérito, a autoridade de polícia judiciária tem prazos para concluí-lo, os quais, em regra, são de 10 dias para indiciado preso e trinta dias para indiciado solto¹³.

É possível instaurar de ofício o inquérito policial, por meio de requisição judicial, requisição do Ministério Público, representação do ofendido ou de seu representante legal, requisição do ministro da Justiça na ação penal pública condicionada, bem como a partir de requerimento da vítima na ação de iniciativa privada.

Quanto à requisição de instauração de inquérito policial, Estevão Luís Jorge expõe que:

Em se tratando de requisição do Ministério Público ou do juiz, a autoridade policial estará obrigada a instaurar o inquérito policial, salvo se verificar a ilegalidade da ordem ou no caso de fato atípico ou prescrito, o que afastaria a justa causa para o início das investigações. No caso de dúvida, deverá instaurar o inquérito e, ato contínuo, elaborar relatório e enviar para apreciação judicial¹⁴.

Em caso de infração penal cuja ação seja pública condicionada, o inquérito policial não pode ser instaurado sem a representação da vítima ou do seu representante legal, já que esta configura condição de procedibilidade, sem a qual o delegado não dispõe da prerrogativa de dar início às investigações a serem levadas a efeito.

Situação semelhante é verificada nos crimes de ação privada, nos quais o delegado não pode instaurar o inquérito para apuração dos fatos delituosos sem o prévio requerimento da vítima ou por parte do seu representante legal.

Após a instauração do inquérito policial, são realizadas todas as diligências necessárias e legais à elucidação da autoria, materialidade e circunstâncias da infração penal sob investigação. Para tanto, podem ser procedidas tanto diligências de atuação direta pelo delegado e seus agentes, como outras que exigem prévia autorização judicial, a exemplo de busca e apreensão em residência, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico.

¹³ O artigo 10 do Código de Processo Penal brasileiro traz a regra geral dos prazos para a conclusão do inquérito policial, nos seguintes termos: “O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”.

¹⁴ JORGE, Estevão Luís Lemos. *O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais*. Campinas: Millennium, 2015, p. 73.

Concluídas as investigações, a autoridade policial deve elaborar um relatório circunstanciado, descrevendo os indícios e as provas colhidas, além das diligências realizadas. Esse relatório constitui a peça final do inquérito policial, a qual será remetida ao juiz competente, juntamente com os instrumentos do crime e os objetos que interessem à prova, conforme preceitua o artigo 11 do Código de Processo Penal brasileiro. Ao receber esse inquérito concluído, o juiz competente abre, então, vista ao Ministério Público para a análise e a adoção de uma das seguintes providências: oferecer denúncia em face do autor da infração penal; requisitar diligências complementares; ou requerer o seu arquivamento.

Depois de oferecida a denúncia pelo Ministério Público e de recebida, em decisão fundamentada, pelo juízo criminal competente, inicia-se a segunda fase da persecução penal, momento em que o então indiciado e denunciado passa a ser formalmente considerado réu.

Cumprir mencionar que o inquérito policial, em geral, somente é instaurado para apurar as infrações penais de maior potencial ofensivo, consideradas aquelas com pena máxima em abstrato superior a dois anos de prisão. Como poderemos observar no item seguinte, as infrações penais de menor potencial ofensivo serão apuradas por meio do procedimento investigatório denominado de Termo Circunstanciado de Infração Penal.

Em Portugal, a investigação criminal é realizada por meio do inquérito de titularidade exclusiva do Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, nos termos do artigo 263º do Código de Processo Penal português¹⁵.

1.1.3 Termo Circunstanciado de Infração Penal

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, previu a criação dos Juizados Especiais Criminais, providos por juízes togados ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, por meio de procedimento oral e sumaríssimo. Com simplicidade e informalidade, o propósito é atuar como um instrumento de pacificação social, capaz de provocar determinados

¹⁵ O Artigo 263.º do Código de Processo Penal português, que trata da direção do inquérito, dispõe: “1 – A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2 – Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Pública e na sua dependência funcional”.

comportamentos na sociedade, garantindo amplo acesso, celeridade e efetividade na prestação jurisdicional nas causas de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Com a finalidade de regulamentar o inciso I do artigo 98 da Constituição Federal¹⁶, o legislador ordinário editou a Lei 9.099/1995, disciplinando a atuação dos juizados especiais cíveis e criminais, sendo estes últimos de interesse para a nossa pesquisa.

De acordo com o artigo 61 da Lei 9.099/1995, com alteração da redação dada pela Lei 11.313/2006, são infrações penais de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais, qualquer que seja a pena prevista, e os crimes com pena máxima em abstrato de até dois anos de prisão.

No aspecto criminal, a referida lei tem aplicabilidade na Justiça comum Estadual e Federal e, ainda, na Justiça Especial e Eleitoral. No entanto, não cabe na Justiça Militar, nos termos do seu artigo 90-A. Outra ressalva de inaplicabilidade dessa lei se encontra no artigo 41 da Lei 11.340/2006, o qual estabelece que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Portanto, nos casos de inaplicabilidade da Lei 9.099/1995, os delitos continuam sendo apurados, em geral por meio de inquérito policial. Vale ressaltar que, na hipótese do artigo 90-A que trata das infrações penais de competência da Justiça Militar, as investigações criminais transcorrem a partir do inquérito policial militar, presidido por oficial da força militar a que pertença o infrator - Polícia Militar, Exército, Aeronáutica ou Marinha.

Esse procedimento investigatório simplificado, também substitui o inquérito policial. Nessa situação, o autor de infração penal de menor potencial ofensivo não será preso e autuado em flagrante se assinar compromisso de se apresentar ao juiz do Juizado Especial Criminal. Por outro lado, caso se negue a assinar tal compromisso pode ser autuado em flagrante, instaurando-se, assim, o respectivo inquérito policial. Outra exceção se verifica na

¹⁶ Inciso I do artigo 98 da CF prescreve: Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

hipótese de fatos de complexa apuração, circunstância em que o delegado pode instaurar inquérito para a apuração cabal dos fatos.

Diferentemente do Brasil, que apenas modificou o tratamento processual dos crimes de menor potencial ofensivo, simplificando sua apuração e processamento, em Portugal a grande maioria das infrações similares deixou de ser uma contravenção penal para ser considerada uma infração administrativa, chamada de contraordenação punível com sanção pecuniária, a qual é denominada como coima. Tal infração é processada em entidades administrativas com recurso para os tribunais, nos termos do Decreto Lei nº. 433/82 de Portugal, o qual, em seu artigo 1º, conceitua contraordenação¹⁷.

1.2 O Ministério Público

1.2.1 Ministério Público na Constituição Federal de 1988

Regramento previsto no *caput* do artigo 127, da Constituição Federal de 1988, assim está disposto *ipsis litteris*: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis”.

Na seara criminal, nos termos do artigo 129 da Carta Magna em questão, o Ministério Público (MP) é o titular exclusivo da ação penal pública, com as atribuições tanto de controle externo da atividade policial, quanto de requisitar diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial. Já o artigo 128 trata da estrutura do Ministério Público brasileiro.¹⁸ No exercício de suas funções institucionais, o Ministério Público goza de

¹⁷ Artigo 1º do Decreto Lei nº 433/82, de 27 de outubro, de Portugal, conceitua contraordenação nos seguintes termos: “Constitui contraordenação todo facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”.

¹⁸ O *caput* do artigo 128 da CF de 1988 relaciona a abrangência do Ministério Público nos seguintes termos: Art. 128. O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – Os Ministérios Públicos dos Estados.

garantias constitucionais descritas no inciso I, § 5º do artigo 128, como a vitaliciedade e a inamovibilidade¹⁹.

As vedações constitucionais aos membros do Ministério Público brasileiro estão fixadas no inciso II do § 5º do artigo 128²⁰.

Mesmo sendo instituição distinta do Poder Judiciário, sendo órgão com funções essenciais à Justiça, o Ministério Público também restou atingido pela reforma. Entre outros dispositivos introduzidos ou alterados, acabou por inserir no texto constitucional o artigo 130-A, que criou o Conselho Nacional do Ministério Público, para exercer o controle da atuação administrativa e financeira dessa instituição, além de outras funções elencadas no § 2º²¹.

1.2.2 Poder requisitório do Ministério Público na fase de Investigação Criminal

Como mencionado, o Ministério Público, em matéria processual penal, é o titular exclusivo da ação penal pública.

¹⁹ § 5º e seu inciso I do artigo 128 da CF dispõe: “§5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada a ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;”

²⁰ Nos termos do inciso II do § 5º do artigo 128 da CF são vedações aos membros do Ministério Público: “II – as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.”

²¹ Artigo 130-A da CF de 1988 dispõe: “O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I – o Procurador-Geral da República, que o preside; II – quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; III – três membros do Ministério Público dos Estados; IV – dois juízes, indicados pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; V – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.” Com suas atribuições descritas no seu § 2º nos seguintes termos: “§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros...”

Já na fase de Investigação Criminal, o Ministério Público, nos termos do artigo 129 da Constituição Federal, pode requisitar, com a necessária fundamentação jurídica, a instauração de inquérito policial, ou mesmo diligências investigatórias para apuração de infração penal²².

No âmbito infraconstitucional, o artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal brasileiro, atribuiu ao Ministério Público a função de requisitar a instauração de inquérito policial²³. Já a prerrogativa de requisitar a realização de diligências está disposta no artigo 13, inciso II do CPP²⁴.

Diante de indícios de ocorrência de infração penal de ação pública incondicionada, o Ministério Público pode agir da seguinte maneira: caso não possua elementos suficientes para propor ação penal pública e frente à inexistência de Investigação Criminal em andamento na Polícia Judiciária, requisita a esta inquérito policial, para a completa apuração dos fatos delituosos, apresentando ao MP as informações necessárias à constituição de ação penal pública, ou dados que evidenciem a improcedência da *notitia criminis* e o conseqüente arquivamento do respectivo inquérito.

Se já existe Investigação Criminal em curso na Polícia Judiciária, por meio do competente inquérito policial, o Ministério Público pode, no curso ou ao final deste, requisitar diligências investigativas a fim de satisfazer o convencimento pretendido.

Desse modo, ao concluir o inquérito policial e a partir da apuração empreendida, o delegado elabora relatório minucioso, enviando-o ao juízo criminal competente, que, por sua vez, ao recebê-lo, encaminha-o ao Ministério Público, titular exclusivo da ação pública. Essa análise realizada pelo MP resulta em uma das seguintes providências:

a) oferecer a denúncia em face do indiciado, caso se convença da presença dos elementos necessários, remetendo-a ao juiz criminal para análise de admissibilidade;

²² O inciso VIII do artigo 129 da CF dispõe: “VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

²³ Artigo 5º e seu inciso II do Código de Processo Penal brasileiro ordena: “ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

²⁴ O artigo 13 e seu inciso II do Código de Processo Penal brasileiro dispõe: “ Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;”

b) solicitar ao juízo criminal que a devolva à Polícia Judiciária, para a realização de diligências indispensáveis à coleta de elementos de convencimento no sentido de oferecimento de denúncia contra o indiciado ou não. Nessa situação, o delegado de polícia deve proceder às diligências, desde que se encontre, obviamente, diante de uma requisição devidamente fundamentada com base na legislação em vigor, e;

c) requerer ao juízo criminal o arquivamento do inquérito policial, caso o MP não se convença da existência dos elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, não restando qualquer diligência a ser feita.

1.2.3 Investigação Criminal realizada pelo Ministério Público

Conforme discorrido no item 1.2.1, evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 não atribui expressamente ao Ministério Público a função de realizar diretamente a Investigação Criminal, mas tão somente expressa a possibilidade de requisitar a diligência e a instauração de inquérito policial e, ainda, o controle externo da atividade policial.

Na mesma clave constitucional, não há na legislação processual penal normas que autorizem ou regulem a possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente a Investigação Criminal.

Com sensatez e discernimento, o constituinte originário explicitou, sob a noção democrática de buscar a verdade de forma imparcial e justa, que, na persecução penal, há basicamente quatro figuras primordiais: o delegado de polícia como presidente da Investigação Criminal materializada no inquérito policial; o Ministério Público como titular da ação penal; a defesa (técnica e pessoal); e, por fim, o juiz com o poder de dizer o direito no caso concreto.

Desse modo, o Ministério Público é parte no processo penal, assim como a defesa. Nessa linha de entendimento, caso se admita o órgão acusador como presidente direto da própria investigação, compromete-se com a esperada imparcialidade, a nortear a apuração das infrações penais. O chamado *parquet*, e seus promotores de justiça, tende, então, a colher apenas as provas que interessem à acusação, deixando de lado outras que favoreçam o investigado e a sua defesa. Já em Portugal o Ministério Público atua como sujeito processual.

Dessa forma, violaria o princípio da paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que a acusação disporia de tratamento privilegiado, podendo colher provas e decidir sobre a sua utilização no processo, conforme lhe convier, em total superioridade de armas em relação à defesa. Nesse sentido, Lopes Jr. traz o seguinte argumento, em contraposição ao entendimento do promotor investigador:

Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais que uma direção. Como afirma Guarnieri, por sua própria índole, o promotor está inclinado a acumular tão somente provas contra o imputado. Ao transformar a investigação preliminar numa via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes, com graves prejuízos para o sujeito passivo. É convertê-la em uma simples e unilateral preparação da acusação, uma atividade minimalista e reprovável, com inequívocos prejuízos para defesa.
25

Portanto, em relação à discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da prerrogativa, ou não, de o Ministério Público realizar diretamente a Investigação Criminal, depreende-se que não há como vislumbrar a possibilidade de sujeitar o cidadão a qualquer procedimento investigatório, sem um regramento legal descrito por lei formal editada pelo Congresso Nacional, a quem compete editar norma processual penal. Nessa linha de raciocínio, Machado salienta que:

Somos da opinião de que as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro não dão lugar à investigação criminal pelo Ministério Público, atribuindo tal atividade exclusivamente à Polícia Judiciária. A falta de previsão legal, mormente no que diz respeito ao procedimento, desautoriza a investigação ministerial, que se desenrolaria de forma inadequada e com claro prejuízo ao direito de defesa do imputado²⁶.

No entanto, mesmo diante da ausência de norma constitucional e legal que autorize o Ministério Público a Investigação Criminal direta, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 593727, com repercussão

²⁵ Lopes Jr, Aury; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 187.

²⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010, p. 29.

geral, passou a admitir a possibilidade de o MP realizar diretamente esse tipo de investigação²⁷.

Desse modo, esse julgamento do STF pacificou o entendimento jurisprudencial da possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente Investigação Criminal, estabelecendo sete requisitos para a sua regularidade, que são:

- Respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados;
- Os atos investigatórios devem ser obrigatoriamente documentados e praticados por membro do Ministério Público, ou seja, Promotor de Justiça ou Procurador da República;
- Observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, como interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e outras medidas cautelares;
- Respeitar as prerrogativas profissionais asseguradas por lei aos advogados;
- Zelar pela observância da garantia prevista na Súmula Vinculante nº 14 do STF em seus próprios procedimentos investigatórios: “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 defesa.”;

²⁷ Recurso Extraordinário (RE) 593727 “Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. (...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).”

- Realizar a investigação dentro de prazo razoável;
- As investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público estão sujeitas ao imprescindível e permanente controle do Poder Judiciário.

O instituto da chamada repercussão geral, além de ser um dos requisitos de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, tem o efeito de determinar aos demais tribunais do Judiciário brasileiro que estes devem seguir o mesmo entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo com esse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, cumpre ressaltar, por fim, como já exposto quanto à pacificação da jurisprudência, que situação similar não ocorreu com a acirrada controvérsia doutrinária sobre esse tema.

1.2.4 O controle externo da atividade policial

Como já apontado no item 1.2.1, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso VII, o Ministério Público, em uma de suas funções institucionais, assume a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial, deixando ao legislador complementar disciplinar e regulamentar tal competência.

Com base nesse dispositivo constitucional, foram editadas leis que versam sobre esse tema. A Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que trata da Lei Orgânica do Ministério Público, abordou, de forma sucinta, o controle externo da atividade policial. Já a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, acerca da Lei Orgânica do Ministério Público da União, disciplinou o controle externo da atividade policial, nos artigos 3º, 9º e 10. Embora essa Lei Complementar esteja especificamente relacionada ao Ministério Público da União, de forma subsidiária pode ser utilizada pelos Ministérios Públicos dos Estados²⁸.

²⁸ O artigo 3º da Lei Complementar Federal brasileira de nº. 75/1993, assevera que o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial justificando essa necessidade em seus incisos. Já os artigos 9º e 10 dispõem: “Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II – ter acesso a qualquer documentos relativos à atividade-fim policial; III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV – requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V – promover a ação penal por abuso de

Mesmo com o regramento previsto nas referidas leis, cotejadas com o dispositivo constitucional respectivo, o legislador não conceituou o chamado “controle externo da atividade policial”. Essa definição vem sendo tratada pela doutrina segundo a tentativa de amenizar a lacuna legal e de possibilitar um melhor esclarecimento do que objetivamente o constituinte originário intencionou conferir ao Ministério Público, já que o legislador complementar ainda não definiu minuciosamente essa atribuição.

O controle externo da atividade policial diz respeito à fiscalização empreendida pelo Ministério Público quanto ao regular andamento da atividade fim da ação policial, ou seja, na Polícia Judiciária fiscalizam-se o andamento das investigações criminais, a regularidade das prisões realizadas diretamente pela autoridade policial e o tratamento dispensado aos presos recolhidos no cárcere da unidade policial.

Já o controle interno da Polícia Judiciária, bem como as questões administrativas e disciplinares, fica a cargo da própria instituição por meio de sua unidade corregedora. Não cabe ao Ministério Público, assim, essa atribuição, o qual pode, no máximo, quando constatada alguma irregularidade dessa natureza, solicitar à unidade corregedora as providências cabíveis.

Não se trata, portanto, de subordinação das polícias ao Ministério Público, já que, como exposto, o mandamento constitucional lhe confere a função de controle externo da atividade policial e não o controle interno administrativo e disciplinar. A menção às polícias é porque estas abrangem tanto as polícias judiciárias estaduais e federais quanto as polícias administrativas, polícias militares estaduais, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal.

Cabe ressaltar que as polícias também se submetem a constante e ininterrupto controle externo de outras instituições. A própria sociedade quando denuncia abusos perpetrados por policiais, organizações não governamentais, mídia, além de outros órgãos do Estado, como as ouvidorias externas, o próprio Poder Judiciário em caso de análise dos procedimentos investigatórios e prisões realizadas pela polícia.

poder. Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.”

Constitucionalmente, tal sistemática de controle externo da atividade policial apregoa a necessidade de as funções do Estado se submeterem ao controle de uma instituição pela outra, caracterizando o denominado princípio jurídico de freios e contrapesos, o que assegura o bom funcionamento do Estado e os direitos fundamentais das pessoas, configurando verdadeiro consectário do Estado Democrático de Direito.

1.2.5 O Ministério Público e a Investigação Criminal em Portugal

O Ministério Público português guarda consideráveis diferenças com o Ministério Público brasileiro. Exemplo disso se verifica na fase preliminar do processo penal, o Ministério Público português, diferentemente do MP brasileiro, possui a atribuição de instauração do inquérito que visa à apuração de um fato criminoso, sendo coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal.

A exemplo do brasileiro, o Ministério Público português é o titular exclusivo da ação penal, não sendo possível o início de um processo criminal sem a sua iniciativa por meio da promoção da respectiva ação penal.

Quanto à Investigação Criminal, como já apontado, cabe ao Ministério Público português a instauração do inquérito na apuração de um fato delituoso, podendo delegar aos órgãos de polícia criminal do país a realização das diligências necessárias à elucidação do fato sob investigação. Nesse caso, para as investigações conferidas pelo Ministério Público português, os órgãos de polícia criminal gozam de autonomia técnica e tática na consecução das diligências necessárias ou determinadas. Isso significa que o Ministério Público português pode determinar uma diligência sem se imiscuir na técnica ou tática utilizada pelo órgão de polícia criminal em uma determinada diligência.

Como já exposto neste estudo, os principais órgãos de polícia criminal português são a Polícia Judiciária, a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana. Estes dois últimos somente realizam Investigação Criminal de forma subsidiária às atribuições expressas da polícia judiciária. Na realização de Investigação Criminal por parte do Ministério Público, esses atuam com autonomia técnica e tática.

Constitucionalmente, o Ministério Público português é regido pelos artigos 219 e 220 da Constituição da República Portuguesa. Os mandamentos estabelecem que o Ministério Público goza de autonomia e, distintamente do que ocorre com o MP brasileiro, que é independente, asseveram ainda que a instituição portuguesa é hierarquicamente subordinada, sendo a sua nomeação, colocação, transferência, promoção e ação disciplinar de competência da Procuradoria-Geral da República.²⁹ O doutrinador Guedes Valente discorre quanto à possibilidade e o perigo de ocorrer ingerência do Governo no Ministério Público português por intermédio do Procurador-Geral da República, sobretudo em razão de que a nomeação e a exoneração lhe competem³⁰.

1.3 O Juiz

Durante a fase preliminar do processo penal, o juiz assume papel fundamental na garantia da observância dos direitos fundamentais do indiciado.

²⁹ O Capítulo IV da Constituição da República Portuguesa, em seus artigos 219º e 220º trata do Ministério Público nos seguintes termos: Artigo 219º “ 1. Ao Ministério Público compete representar ao Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. 2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei. 3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares. 4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei. 5. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República.” Artigo 220º “ 1. A Procuradoria-Geral da República é o órgão do Ministério Público, com a composição e a competência definidas na lei. 2. A Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República e compreende o Conselho Superior do Ministério Público, que inclui membros eleitos pela Assembleia da República e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público. 3. O mandato do Procurador-Geral da República tem a duração de seis anos, sem prejuízo do disposto na alínea m) do artigo 133º”.

³⁰ Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da polícia: prevenção criminal e acção penal como exceção de uma política criminal do ser humano*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p.290. “O estatuto próprio e a autonomia consagrados no n.º 2 do art. 219º. Da CRP implica a separação da magistratura judicial, preconizando e permitindo a materialização da estrutura acusatória do processo penal, separando-se os corpos dirigentes de quem investiga e acusa de quem julga. Contudo, no n.º 4 do mesmo preceito consagram-se a responsabilidade e a subordinação hierárquica dos agentes do MP, contrariamente aos juizes (irresponsabilidade e independência-art. 216.º da CRP) e atribui-se a competência para as nomeações, colocações transferências e promoções à Procuradoria-Geral da República, que detém o poder disciplinar (n.º 5 do art. 219.º da CRP). A ingerência do Governo no MP não pode ocorrer de forma directa, mas há o perigo de acontecer por meio do Procurador-Geral da República, cuja proposta de nomeação e exoneração lhe compete”.

Essa aspiração está sob a reserva de jurisdição às diligências passíveis de restringir direitos fundamentais, tais como inviolabilidade de domicílio, sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, sigilo fiscal e bancário, entre outras. Nessas hipóteses, o delegado de polícia só pode realizar diligências dessa natureza diante de prévia autorização judicial. Nos casos de prisão em flagrante delito, esse controle judicial é realizado *a posteriori*, podendo, sempre de forma fundamentada, confirmar a restrição da liberdade ou determinar a colocação em liberdade com ou sem fiança. Ainda com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais do indiciado, passa pelo crivo judicial a análise da dilação de prazo para conclusão das investigações criminais solicitadas pelo delegado.

No entanto, por ter sido adotado pela legislação processual penal brasileira, o sistema acusatório, o juiz deve julgar e não encampar a produção de provas, preservando, assim, a sua imparcialidade e relegando essa atribuição às partes e aos órgãos responsáveis pela Investigação Criminal.

1.3.1 Juiz de garantias

No processo penal brasileiro o juiz, anormalmente, vem exercendo cumulativamente a competência de juiz das garantias e juiz do processo.

Cabe explicar que a menção a anomalia deriva da dissonância com as normas da Constituição Federal de 1988, que adotou o sistema acusatório no processo penal. Atribuir a um único magistrado a função de juiz das garantias e juiz do processo fere, entre outros, os princípios constitucionais da imparcialidade e do devido processo legal, resultando assim em vício de inconstitucionalidade. Mesmo diante de evidente inconstitucionalidade, trata-se de praxe atual no Poder Judiciário brasileiro.

Com a finalidade de corrigir essa inconstitucionalidade latente, foi introduzido no PLS nº 156/2009, que trata do novo Código de Processo Penal, o necessário regramento da competência do juiz das garantias, o qual passa a ser legalmente responsável pelo controle da legalidade da Investigação Criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais com reserva

de jurisdição, elencando, em seu artigo 14, uma série de competências.³¹ Já em seu artigo 16 determina-se que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo”. Ou seja, o juiz que atuar como juiz das garantias durante a investigação não pode atuar na fase de processo, restando incólume assim a sua imparcialidade.

Em diversos países europeus, as competências exercidas na fase preliminar do processo e a atuação efetiva no processo são distintas em decorrência da impossibilidade da ocorrência da prevenção. Desse modo, o juiz que se pronuncia na Investigação Criminal está impedido de atuar no processo respectivo. Nesses países, essa sistemática se apresenta de diversas formas. Na Espanha e França, nessa fase investigatória há a figura do juiz instrutor com poderes de investigação. Em Portugal, embora o Código de Processo Penal português se refira a juiz de instrução, em seus artigos 268 e 269, em razão do protagonismo do Ministério Público, não existe juiz instrutor, prevalecendo a função garantista do juiz³², como aponta Lopes Jr. Na Itália e na Alemanha, o juiz das garantias é responsável por proteger os direitos do investigado, controlando as medidas restritivas de direitos, ficando a cargo do Ministério Público a Investigação Criminal.

1.3.2 Imparcialidade

Embora não esteja textualmente previsto na Constituição Federal de 1988, o princípio da imparcialidade do juiz decorre, no entanto, de princípios escritos na Carta Magna, a exemplo dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, entre outros.

³¹ O projeto de lei do senado do novo Código de Processo Penal, PLS nº 156/2009, em tramitação na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei (PL) nº 8045/2010, ao tratar do Juiz das Garantias à partir de seu artigo 14 dispõe: “Art. 14. O Juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente...”. Nos incisos do artigo 14 elenca diversas competências do Juiz de Garantias durante a investigação criminal. Já, em seu artigo 16 assevera: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748”.

³² Lopes Jr, Aury; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 388.

Mesmo não constando no texto constitucional brasileiro, o artigo 5º, § 2º, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Lastreado nesse dispositivo, deve-se considerar, portanto, que a imparcialidade do juiz é um princípio constitucional.

Corroborando com essa assertiva, tal princípio se encontra explícito e textualmente em importantes documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como a Declaração Universal de Direitos dos Homens, a qual, em seu artigo 10, assevera que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” Nesse mesmo sentido, cabe mencionar o artigo 26 da Declaração Americana dos Direitos do Homem: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas”.

Vale ainda sublinhar o que está insculpido no artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica: “1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Guilherme Nucci ressalta a importância da imparcialidade do juiz, ao dispor que “[...] sem o julgamento desapassionado, o monopólio de distribuição de justiça, abraçado pelo Estado, ficaria prejudicado, dando ensejo ao (re)nascimento da justiça pelas próprias mãos”. E prossegue: “[...] o princípio do magistrado imparcial abarca a própria confiabilidade do sistema judiciário e do direito posto, tornando o princípio da legalidade uma realidade e não somente uma pretensão fictícia”³³.

³³ Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 371-372.

1.4 O Indiciado

Indiciado é aquele a quem, durante a Investigação Criminal realizada no bojo do inquérito policial, o delegado de polícia atribuiu, lastreado em evidências e provas coletadas, a autoria dos fatos delituosos sob investigação. O ato de indiciamento, nos termos do artigo 2º, inciso 6º da Lei 12.830 de 20 de junho de 2013, assim se caracteriza: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídico do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”³⁴.

Nesse sentido, cabe o entendimento de Renato Brasileiro de Lima, ao afirmar que:

O indiciamento é o ato resultante das investigações policiais por meio do qual alguém é apontado como provável autor de um fato delituoso. Cuida-se, pois, de ato privativo da autoridade policial que, para tanto, deverá fundamentar-se em elementos de informação que ministrem certeza quanto à materialidade e indícios razoáveis de autoria.”³⁵

Assim, durante a fase preliminar do processo penal materializado no inquérito policial e, portanto, presidida pelo delegado de polícia, as evidências e os indícios de autoria acabam apontando para determinada pessoa, que, após despacho fundamentado nos autos do inquérito, passa a ser considerada indiciada.

1.4.1 O indiciado como sujeito de direitos

O indiciado, durante a fase preliminar do processo penal, sempre foi considerado pelos operadores do direito apenas como objeto de investigação, devendo-se sujeitar aos atos de investigação sem qualquer direito à resistência ou à prerrogativa de contradizer o que contra ele lhe era atribuído pelo presidente da investigação criminal. Todavia, com a promulgação da CF de 1988, o seu artigo 1º, inciso III, passou a prever como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que considera todo e qualquer ser humano como sujeito de direitos, inclusive os suspeitos, indiciados, réus ou condenados. Esse princípio será mais bem desdobrado no item 1.4.6 deste trabalho.

³⁴ Lima, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 111.

³⁵ Idem, p. 109.

Com amparo tanto na Constituição Federal quanto na legislação processual penal, no Brasil, o indiciado goza de diversos direitos voltados à sua proteção como pessoa humana, assegurando sua integridade física e moral. Entre os direitos do preso constitucionalmente previstos, podem-se citar: a) o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante³⁶; b) o respeito à integridade física e moral do preso³⁷; c) a prisão e o local onde se encontra devem ser comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso, ou a pessoa por ele indicada³⁸; d) o direito de ser informado de seus direitos, como o de permanecer em silêncio, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; e) ser informado sobre a identidade dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial³⁹; f) o direito ao contraditório e à ampla defesa autorizado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, como será minuciosamente tratado em capítulo próprio.

Em várias situações, a legislação processual penal brasileira replica o já constante na Constituição Federal de 1988, a exemplo dos seguintes direitos aplicáveis ao indiciado: a) requerer diligências à autoridade policial, artigo 14 do CPP; b) a prisão e local onde se encontra deve ser comunicado imediatamente ao Juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicado, informar ao preso o motivo da prisão o nome do condutor e das testemunhas; c) direito de ser assistido por advogado, sob pena de nulidade absoluta de seu interrogatório ou depoimento, artigo 7º, inciso XXI da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 e, segundo a alínea “a”, por meio de seu advogado, o direito de apresentar razões e quesitos – até porque o objeto da investigação criminal é o crime e não o criminoso, partindo-se do crime para se alcançar o criminoso, e não o inverso como defende parte dos doutrinadores e aplicadores do Direito.

Em Portugal, aqueles considerados indiciados são denominados de arguidos. A diferença reside em manter essa condição até o final do processo penal, distinguindo-se do indiciado que conserva esse estado apenas na fase preliminar do processo penal, sendo que na etapa processual passa à condição de réu. Conforme o entendimento do eminente doutrinador

³⁶ Artigo 5º, inciso III da CF de 1988.

³⁷ Artigo 5º, inciso XLIX da CF de 1988.

³⁸ Artigo 5º, inciso LXII da CF de 1988.

³⁹ Artigo 5º, inciso LXIV da CF de 1988.

Lopes Jr., ao discorrer sobre os direitos e cargas processuais do arguido, o artigo 61 do CPPp português elenca os seguintes direitos:

- a) Estar presente aos atos processuais que diretamente lhe digam respeito.
- b) Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz da instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete.
- c) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.
- d) Escolher defensor ou solicitar ao tribunal que lhe nomeie um.
- e) Ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, comunicar-se mesmo em privado, com ele.
- f) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo diligências que se lhe afigurarem necessárias.
- g) Ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem.
- h) recorrer nos termos da lei das decisões que lhe forem desfavoráveis.⁴⁰

Nos itens seguintes, abordaremos alguns dos verdadeiros princípios/direitos constitucionais de proteção e equilíbrio entre a força estatal e a fragilidade do indivíduo indiciado em investigação criminal, como o princípio constitucional do devido processo legal.

1.4.2. Devido processo legal

Superado o período da vingança privada devido à evolução da sociedade, o Estado avocou o monopólio da punição penal, surgindo-se a necessidade de criação de um procedimento que legitimasse e instrumentalizasse a aplicação da correspondente pena ao praticante de conduta criminosa previamente tipificada. Essa instrumentalização legal tem por finalidade possibilitar ao Estado a responsabilização do indivíduo, facultando a este a prevenção e repressão de eventuais ações abusivas do Estado. Nesse sentido, cabe o ensinamento de Streck e Morais:

[...] Estado que, nas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim

⁴⁰ Lopes Jr, Aury. *Investigação Preliminar do Processo Penal*, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 460.

como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado⁴¹.

Na legislação brasileira, como um dos principais regramentos, destaca-se o instituto constitucional do devido processo legal, o qual tem a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nessa esteira, não se deve descuidar dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário e que reafirmam a necessidade de observância ao princípio do Devido Processo Legal, entre eles:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prescreve:

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado;

Artigo X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele;

Na mesma linha, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu artigo 7º, inciso 2, assevera que:

Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

em seu artigo 8º, estabelece ainda que:

1. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza;

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos;

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

É certo que decorrem do devido processo legal, além de inúmeros outros princípios, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sobretudo quanto à aplicação na fase preliminar do processo penal, ou seja, na investigação criminal.

⁴¹ Streck, Lenio Luiz; Moraes, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 211.

Embora configure objeto de estudo em capítulo próprio, faz-se imprescindível ressaltar que, na fase preliminar do processo penal, em atendimento ao princípio do devido processo penal, deve ser assegurado ao indiciado o direito à ampla defesa e ao contraditório, embora seja outro o entendimento da doutrina tradicional brasileira. Como já reiterado, sob o argumento de que o indiciado é um mero objeto de investigação desprovido de direitos – noção essa totalmente ultrapassada, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desse modo, as normas que regem a fase preliminar do processo penal, materializada na investigação criminal levada a cabo no inquérito policial e outros procedimentos extrapoliciais, devem ser interpretados e aplicados conforme a CF.

1.4.3 Presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É desse dispositivo que se extrai o princípio da presunção de inocência. A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, em seu artigo 8º, item “2” preceitua:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa [...].

O referido princípio também é assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual estabelece que:

Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido prova de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Consequentemente, na fase preliminar do processo penal, momento em que se realizam as investigações criminais, deve a autoridade presidente atuar na coleta de indícios e provas, tratando o indiciado com a presunção constitucional de inocência.

No entanto, deve-se ressaltar que esse princípio não tem o condão de ilidir a decretação de medidas cautelares, inclusive de restrição da liberdade do indiciado, desde que preenchidos os requisitos legais.

1.4.4 Dignidade da pessoa humana

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 elenca a Dignidade da Pessoa Humana⁴² como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de um princípio a ser observado pelo legislador infraconstitucional na elaboração das leis e pelos intérpretes aplicadores do direito, sob pena de restar eivado de vício de inconstitucionalidade por inobservância desse preceito. Atesta-se, porém, que há pouco espaço para a sua aplicação isolada— situação que deriva do fato de a CF ser muito pormenorizada, com diversas regras e princípios associados. No entanto, não é rara a sua utilização no sentido de compatibilizar ou mesmo priorizar a adoção de um preceito fundamental de mesma hierarquia constitucional.

Em Portugal, a dignidade da pessoa humana também goza de importância ímpar, como se pode extrair dos ensinamentos de Guedes Valente, que, ao recorrer a outros renomados doutrinadores portugueses, afirma que:

A dignidade da pessoa humana, como pilar (valor, princípio, identidade) da República, ao qual está subjugado o <<poder>>, implica que em primeiro lugar está a pessoa e só depois a organização política e que a “pessoa é um sujeito e não um objeto, é o fim e não o meio de relações jurídico-sociais”. A pessoa, suspeito ou arguido em processo crime, não é objeto nem é uma coisa nem um inimigo: é uma pessoa, i. e., é um Ser Humano. A dignidade da pessoa humana, como valor primordial da ordem jurídica é a trave mestra de sustentação e legitimação da República, é um <<valor-limite>> contra intervenções integrais penais securitvistas, justicialistas, de segurança nacional e belicistas de niilificação do Ser Humano e metamorfose em <<objeto>> ou em <<não pessoa>>⁴³.

⁴² O artigo 1º, em seu inciso III, da CF de 1988, dispõe: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.”

⁴³ Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e ação penal com execução de uma política criminal do ser humano*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 466-467.

O respeitável doutrinador continua:

A tutela da intransponibilidade da dignidade da pessoa humana é um dever público para o legislador, para o intérprete e aplicador das normas jurídicas – de destacar as restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais por aquela ser “a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais” e “princípio englobante onde se fundamentam todos os direitos fundamentais” – e impõe-se a todos operadores estatais que com maior frequência e assiduidade podem lesar ou ferir no seu âmago: os que actuam no quadro jurídico-criminal.

Desse modo, a fase preliminar do processo penal, assim como no processo penal como um todo, a investigação criminal deve ser norteadada pela observância, além de inúmeras outras regras conjugadas, desse princípio constitucional, sob pena de invalidade do ato praticado e de responsabilidade administrativa, cível e penal por abuso de poder. Tratar o indiciado como mero objeto de investigação sem qualquer direito nessa etapa, como outrora ocorria, afronta o princípio constitucional em questão.

1.5 A Defesa

São duas as dimensões da defesa: a técnica e a autodefesa. Podem ocorrer concomitantemente durante a investigação criminal, como no caso do interrogatório do indiciado assistido por advogado.

Defesa técnica constitui um direito constitucional irrenunciável e indisponível dos acusados em geral, compreendendo, também, os investigados na seara criminal. Deve ser realizada por profissional devidamente habilitado nas Ciências Jurídicas e obrigatoriamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ou seja, o advogado, requisito para o exercício da profissão. Tal direito de defesa técnica decorre, sobretudo, dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes e da paridade de armas que o acusado precisa dispor com a parte acusatória. Nesse sentido Aury Lopes Jr:

Por esses motivos, a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais do que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, tanto nos sistemas de instrução preliminar

judicial como nos demais, na medida em que cabe ao juiz decidir sobre as medidas que limitem direitos fundamentais⁴⁴.

No processo penal, a ausência de defesa técnica causa nulidade absoluta. Entendimento inclusive corroborado pelo STF, na Súmula 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

A atuação da defesa técnica na fase preliminar do processo penal, embora não tenha a mesma amplitude da etapa processual, também tem o seu campo de atuação imprescindível no cumprimento da Constituição, colaborando para evidenciar uma investigação criminal sob os ditames de um Estado Democrático de Direito.

A Súmula Vinculante 14, do STF, assenta que “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 defesa”.

O investigado terá o direito de escolher e nomear um advogado de sua confiança para representá-lo tanto na fase preliminar quanto no processo penal propriamente dito. Caso, na fase judicial, o defensor constituído renuncie o constituinte, é consenso o entendimento de que, um novo defensor de sua confiança deva ser constituído, sob pena de lhe ser nomeado defensor dativo, pelo juiz do processo. O mesmo deve ocorrer na fase preliminar do processo penal, sendo o defensor dativo nomeado pela autoridade presidente da investigação criminal, caso o indiciado não o faça.

Já a autodefesa é aquela exercida pelo próprio indiciado, a qual a doutrina divide em positiva ou negativa, como será desdobrado no terceiro capítulo desta pesquisa.

⁴⁴ Lopes Jr., Aury. *Investigação Preliminar do Processo Penal*, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 471. Ao ensinar que: “Por esses motivos, a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, tanto nos sistemas de instrução preliminar judicial como nos demais, na medida em que cabe ao juiz decidir sobre as medidas que limitem direitos fundamentais”.

1.5.1 As prerrogativas do advogado na investigação criminal

O principal estatuto legal brasileiro que trata dos direitos do advogado é o artigo 7º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, estando nele incluídos os direitos e as garantias referentes à sua atuação em juízo e durante a investigação criminal.

Antes do interrogatório, deve ser facultado ao indiciado conversar com o seu advogado, para a prestação do assessoramento técnico necessário à sua defesa técnica⁴⁵.

Além do que consta na legislação brasileira sobre a atuação da defesa na fase preliminar e no próprio processo penal como um todo, o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, introduziu na legislação pátria a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Esse novo diploma legal, em seu artigo 8º, item 2, traz variadas regras sobre a atuação da defesa em prol dos acusados em geral, bem como os direitos destes em juízo⁴⁶.

Nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal brasileiro, o defensor pode requerer diligências no curso da investigação criminal. No entanto, estas somente ocorrem se o delegado e presidente da investigação deferir a sua realização. Embora a consumação, ou não, da diligência requerida fique a critério discricionário do delegado, este não tem o poder

⁴⁵ O artigo 185, § 5º do Código de Processo Penal, prescreve “ Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. ” Esse dispositivo também é aplicável na fase de investigação criminal por força do artigo 6º, inciso V, do mesmo diploma legal que prevê: “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: V —ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.”

⁴⁶ O artigo 8º, item 2 do Pacto de São José da Costa Rica, preceitua: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ver assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

de indeferir se a medida é legal e pertinente, sobretudo em atendimento ao princípio constitucional da ampla defesa.

Cabe ao defensor também participar da realização das perícias, apresentando os esperados quesitos aos peritos.

A amplitude da atuação da defesa na fase preliminar do processo penal, especialmente lastreada nos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, será minuciosamente estudada no terceiro capítulo do presente trabalho.

1.5.2 Breves considerações sobre as inovações trazidas pela Lei 13.245/2016

A Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, alterou o artigo 7º, da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, denominada de Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, para introduzir dispositivos que tratam da atuação do advogado na fase preliminar do processo penal, ou seja, na investigação criminal levada a cargo por qualquer órgão público e não somente pela polícia judiciária.

A lei em questão alterou a redação do inciso XIV do artigo 7º da Lei 8.906/1994, afirmando o direito reservado ao advogado de examinar autos de prisão em flagrante e de investigação de qualquer natureza, finalizados ou em andamento, mesmo que conclusos à autoridade, deles podendo copiar peças por meio físico ou digital e tomar apontamentos. Tal prerrogativa se aplica a todas as instituições responsáveis por conduzir a investigação, sejam elas policiais ou não, ainda que sem procuração.

No entanto, essa regra é mitigada em relação às diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos, em caso de risco de comprometimento da eficiência, eficácia ou finalidade das ações, por despacho fundamentado da autoridade competente. A inobservância dessa exigência acarreta responsabilidade criminal e funcional por abuso de autoridade.

A mesma lei em comento acrescentou ao artigo 7º, em questão, o inciso XXI, inovando a legislação brasileira, ao prever causa de nulidade absoluta durante a investigação criminal. Trata-se da hipótese na qual o investigado é interrogado ou presta depoimento sem assistência de seu advogado constituído. Tal situação vicia, assim, de nulidade todos os elementos investigatórios e probatórios decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, do

interrogatório ou depoimento prestado. Esse mesmo dispositivo, em sua alínea “a”, asseverou que é direito do advogado apresentar razões e quesitos em favor de seu cliente no curso de investigação criminal, o que constitui objeto de análise e deliberação da autoridade responsável pelas investigações, a exemplo do que ocorre no caso previsto no artigo 14 do Código de Processo Penal⁴⁷.

1.6 A vítima

Ao longo dos tempos, o estudo da vítima sempre foi negligenciado pelos especialistas que focavam suas investigações no crime, no criminoso e na pena. No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, em razão do terrível legado de intolerância, racismo, atrocidades e ódio, essa realidade começa a mudar, já que a vítima passa a assumir papel fundamental, inclusive para o entendimento do crime.

Mesmo com estudos apenas incipientes sobre a vítima no início do século XX, o termo “vitimologia” foi criado por Benjamin Medelsohn, em um congresso na capital romena Bucareste, ao proferir a palestra intitulada “Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia”, em 1947. Desde o término da Segunda Guerra Mundial, outros acontecimentos contribuíram para a valorização do estudo da vítima, a exemplo dos movimentos feministas, sobretudo no que se refere à violência praticada contra a mulher, o que resultou na edição de leis voltadas à proteção e assistência dessas pessoas. Em termos conceituais, vítima é a pessoa sobre a qual recaem os danos derivados da infração penal. É considerado sujeito passivo mediato; e o Estado, sujeito passivo genérico e imediato. A vítima pode ser tanta pessoa física quanto jurídica.

Por meio da resolução 40/34, datada de 29 de novembro de 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovou a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Em seu anexo, sob o título de Declaração

⁴⁷ O artigo 14 do Código de Processo Penal prevê: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, conceitua, em seu item primeiro, o que se entende por vítima, nos seguintes termos:

Entende-se por “vítimas” as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Na fase preliminar do processo penal, nos termos do artigo 14 do CPP, a vítima tem a faculdade de requerer diligência à autoridade policial que preside o procedimento investigatório, ficando a critério desta o deferimento ou não da medida solicitada. No entanto, caso o requerimento se apresente relevante e pertinente, a autoridade policial tem, por dever de ofício, a obrigação de deferir e atender o que for legalmente solicitado.

Por outro lado, a vítima constitui uma importante fonte de informações sobre a infração penal, a quem o delegado de polícia deve perquirir em busca de elementos que propiciem a coleta de indícios e provas, capazes de revelar a autoria, a materialidade e as circunstâncias da infração penal sob investigação.

Na legislação ordinária brasileira, principalmente em razão da hipossuficiência da vítima frente às adversidades causadas pela ocorrência da infração penal, entre outras inovações legislativas, merece destaque a Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999, que instituiu o Sistema Nacional de Proteção às Vítimas e Testemunhas. Tal lei foi regulamentada pelo Decreto nº. 3.518, de 20 de julho de 2000. No caput do seu artigo 1º, prescreve-se que:

As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta lei.

Já os programas de proteção e apoio à vítima, conforme o artigo 1º da referida Lei, estão delineados em seu artigo 7º⁴⁸.

⁴⁸ O artigo 7º e seus incisos da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 dispõe: “Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I – segurança na residência, incluindo o controle de

A edição da Lei nº 11.690/2008, que altera o Código de Processo Penal brasileiro, amplia o tratamento sobre o ofendido, alterando o artigo 201.⁴⁹ São medidas que buscam melhorar o tratamento à vítima do crime, introduzindo a obrigação de comunicar o andamento do processo, recomendando que lhe seja reservado local separado, bem como resguardar o necessário sigilo, objetivando preservar a sua intimidade. Desse modo, buscam minimizar aquelas consequências que os criminologistas denominam de vitimização secundária e que decorrem do descaso ou maus tratos empregados pelos agentes e servidores de órgãos policiais.

Já o Código de Processo Penal Português em seu art. 67º-A trata da vítima, assegurando-lhe, entre outros, os direitos de informação, assistência, proteção e participação ativa no processo penal. Outro importante direito garantido é o de colaborar com as autoridades policiais e judiciárias, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e da boa decisão da causa⁵⁰.

telecomunicações; II – escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III – transferência e residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V – ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI – suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII – apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII – sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX – apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal. “

⁴⁹ A alteração promovida pela Lei nº 11.690/2008 no art. 201 do Código de Processo Penal passou a prever: Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. § 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. § 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. § 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

⁵⁰ O Artigo 67.º -A do Código de Processo Penal Português dispõe: 1 – Considera-se: a) Vítima: i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime; ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham

Em variados crimes nos quais a ação penal é condicionada à representação da vítima, o autor do crime só pode ser processado se a vítima assim o solicitar, já que a representação configura condição de procedibilidade para a realização da investigação criminal, denúncia e início do processo penal. Situação semelhante ocorre nos crimes de ação penal privada, a cargo da própria vítima, não podendo iniciar-se qualquer investigação ou processo por parte da pessoa implicada.

Outra consequência significativa, e que depende da vontade da vítima, é verificada nos crimes de menor potencial ofensivo, assim entendidos aqueles regulados pela Lei 9.099/1995. Nesses casos, a composição civil, ou seja, o acordo realizado entre a vítima e o autor da infração, tem o condão de caracterizar a renúncia tácita ao direito de representação ou queixa.

Apesar do Estado ser o titular do *jus puniendi*, em determinados casos dispõe da prerrogativa de conceder à vítima a faculdade de intervir na relação processual penal, ora na condição de titular da ação penal, na hipótese de ação penal de iniciativa privada, ora como assistente do Ministério Público. Como titular da ação penal privada, a vítima, ou o seu representante legal, atua como parte necessária, com natureza de substituto processual, já que é titular do *jus accusationis*. Quando opera como assistente do Ministério Público (acusação), a vítima não é parte necessária no processo, pois é considerada sujeito secundário da relação processual e, na sua falta, não inviabiliza o início ou o prosseguimento da relação processual.

sofrido um dano em consequência dessa morte; b) Vítima especialmente vulnerável, a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social; c) Familiares, o cônjuge da vítima ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os seus parentes em linha reta, os irmãos e as pessoas economicamente dependentes da vítima; d) Criança ou jovem, uma pessoa singular com idade inferior a 18 anos. 2 – Para os efeitos previstos na subalínea ii) da alínea a) do n.º 1 integram o conceito de vítimas, pela ordem de prevalência seguinte, o cônjuge sobreveio não separado judicialmente de pessoas e bens, ou a pessoa que convive com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e os ascendentes, na medida estrita em que tenham sofrido um dano com mote, com exceção do autor dos factos que provocam a morte. 3 – As vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1. 4- Assistem à vítima os direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal, previstos neste Código e no Estatuto da Vítima. 5 – A vítima tem direito a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

Quanto ao instituto da assistência pela vítima é importante destacar a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça - STJ, a qual entende ser permitida a intervenção do assistente, mesmo que não haja interesse patrimonial. Nesse sentido, assevera que o assistente também é:

[...] interessado na averiguação da verdade substancial. O interesse não se restringe a aquisição de título executório para reparação de perdas e danos. O direito de recorrer, não o fazendo o Ministério Público, se dá quando a sentença absolveu o réu, ou postulando aumento da penal. A hipótese não se confunde com a justiça privada. A vítima, como o réu, tem direito a decisão justa. A pena, por seu turno, é a medida jurídica do dano social decorrente do crime.” (Resp. 13.375/RJ).

No direito lusitano, Germano Marques de Silva, assevera que:

A intervenção dos particulares no processo penal é por muito contestada por poder constituir um fator de perturbação, pois não é de esperar deles a objetividade e a imparcialidade que devem dominar o processo penal, mas é também por muitos outros considerada como uma excelente e democrática instituição e assim o entendemos também.

Para o especialista, o assistente é um simples colaborador da acusação pública, conceituando-o como: “sujeito processual que intervém no processo como colaborador do Ministério Público na promoção da aplicação da lei ao caso e legitimado em virtude da sua qualidade de ofendido ou de especiais relações com ofendido pelo crime ou da natureza deste”⁵¹.

Nos termos do Código de Processo Penal português, nos artigos 68, 69 e 70, a assistência no país lusitano tem regramento distinto do que mormente se atribui à assistência no processo penal brasileiro, especialmente em relação à pessoa qualificada como assistente da acusação e à sua abrangência de atuação.

Quanto à maior participação da vítima no processo penal, faz-se importante demarcar as observações feitas por Pletsch:

O que se observa na cena processual contemporânea, ou melhor, nas reformas legislativas, é o retorno da vítima ao jogo (processual). Se já nociva a participação da vítima no processo, voltada para a indenização cível, posto que poderia ser assegurada naquela esfera a reparação do dano, a sua intervenção, na prática, não está dirigida tão-só à constituição do título executivo, mas vingar a lesão sofrida, o que é justificável pela sua

⁵¹ Silva, Germano Marques de. *Curso de processo penal*, V. I. Lisboa: Verbo, 1996, p. 308.

incapacidade de distanciamento e racionalização, como já referido. A implicação prejudicial deste direcionamento é que contribui para reforçar a acusação e, conseqüentemente, dar-lhe mais armas do que aquelas das quais a defesa dispõe, ou seja, agrava-se a situação do acusado que é contemplado com um duplo acusador.⁵²

Portanto, observa-se a evolução do regramento da participação efetiva da vítima no processo penal, tanto na legislação brasileira, quanto na legislação dos países democráticos, com atuação que varia da fase de investigação criminal até o final julgamento do caso.

⁵² Pletsch, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 97.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

2.1 Considerações iniciais

Nos Estados Constitucionais Democráticos de Direito, os sistemas normativos são estruturados principalmente em duas espécies – os princípios e as regras.

Ao versar sobre a definição de princípio, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo ensina que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁵³

O mesmo jurista complementa: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”⁵⁴.

Já Yuri Carneiro Coelho enumera particularidades do conceito de regras, sob a ótica de Gomes Canotilho e Eros Grau, nos seguintes termos:

Canotilho diz que [...] as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*) [...]; o jurista Eros Graus identificou que as regras devem ser aplicadas por completo ou não, não comportando exceções [...]. Isso é afirmado no seguinte sentido; se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa

⁵³ Bandeira de Melo, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.53.

⁵⁴ *Ibidem*, p.53

mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra.⁵⁵

Uma vez apresentada a definição de princípios e regras, importante citar algumas diferenças entre ambos, sob a perspectiva de outro renomado doutrinador Amaral Júnior, que assevera:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente⁵⁶.

Segundo o constitucionalista português Gomes Canotilho⁵⁷, um sistema constituído somente por regras geraria um ordenamento rígido e fechado, exigindo uma quantidade absurda de comandos para atender às necessidades naturalmente dinâmicas da sociedade. Já um ordenamento jurídico exclusivamente principiológico produziria insegurança, considerando-se o seu alto grau de abstração, ao tratar apenas de modo secundário a prescrição de comportamentos.

No direito contemporâneo, Gomes Canotilho sintetiza, com a propriedade e clareza que lhe são peculiares, os cinco principais critérios de diferenciação entre regras e princípios apresentados pela doutrina, que são:

i) **Grau de abstração:** com base neste critério, as regras são entendidos como as normas jurídicas que possuem baixo grau de abstração, por outro lado, os princípios são entendidos como as normas jurídicas que possuem um elevado grau de abstração;

⁵⁵ Coelho, Yuri Carneiro. *Sistema e Princípios Constitucionais Tributários*. Revista Jus Naigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999.

⁵⁶ Amaral Júnior, Alberto do. *A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo*. In: BENJAMIN, Antônio Herman de V. *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993, p. 27.

⁵⁷ Canotilho apud Bertoncini, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 78.

ii) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: através deste critério, entende-se que as regras constituem nas normas jurídicas que são suscetíveis de aplicação direta, mediante subsunção, enquanto os princípios, por serem semanticamente indeterminados e abertos, necessitam de interferências consolidadoras (do legislador, do magistrado, do intérprete);

iii) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: conforme este critério, os princípios consistem nas “normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico”;

iv) Proximidade da ideia de direito: segundo este critério, as regras consistem nas “normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”, enquanto os princípios consistem em ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz)”;

v) Natureza normogenética: com base neste critério, os princípios consistem em “fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenando, por isso, uma função normogenética fundamentante⁵⁸”.

Portanto, pelos critérios caracterizadores dos princípios elencados por Gomes Canotilho acima, resta evidenciado que a natureza jurídica da ampla defesa e contraditório é de princípios constitucionais.

Discorrido sobre a conceituação dos princípios e regras, bem como apresentados seus principais traços diferenciadores, imprescindível falar, ao menos em linhas gerais, a respeito de um dos principais princípios do direito processual, do qual, indubitavelmente, decorrem os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Esse “supraprincípio” é o do Devido Processo Legal.

O princípio do Devido Processo Legal tem origem na Magna Charta Libertatum de 1215, outorgada pelo Rei da Inglaterra João Sem Terra, o qual, politicamente desgastado em razão de derrotas sofridas em guerra de conquistas, não resistiu às pressões dos nobres que se insurgiam contra os abusos da Coroa Inglesa. Com isso, cederam-se aos nobres, e não à população em geral, direitos que limitavam os poderes monárquicos, assegurando aos senhores feudais uma longa lista de direitos, entre eles os de serem julgados pelas leis da terra, ou seja, dos próprios feudos. Portanto, a Magna Carta tinha o objetivo de garantir direitos aos nobres frente aos arbítrios do monarca.

⁵⁸ Gomes Canotilho apud Santos, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios processuais constitucionais*. Salvador: Jus Podium, 2016, pp. 109-110.

O princípio do Devido Processo Legal foi previsto expressamente no art. 39, da Magna Carta de 1.215, que textualmente previa:

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.⁵⁹

Por outro lado, Adhemar Ferreira Maciel afirma que a origem do Devido Processo Legal é mais antiga do que as próprias instituições inglesas:

Remonta a mais de cinco séculos antes da era cristã: em *Antígona* de Sófocles, peça (...) presumidamente (do) ano de 441 a.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos (...) Édipo (...) quando descobriu que seus quatro filhos eram filhos dele com sua própria mãe, num gesto de autopunição, vazou seus olhos e passou a vagar pela Grécia, guiado pela filha Antígona. Com sua morte, seus dois filhos (...) irmãos de Antígona, passaram a disputar o poder político em Tebas. Numa batalha, um irmão matou o outro, e um tio deles, Creonte, assumiu o governo. O primeiro decreto de Creonte foi proibir que se desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polínces, considerado traidor da pátria. A pena pela desobediência seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não escritas, que se perdiam na perspectiva dos tempos, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem⁶⁰.

Ainda em relação ao princípio do Devido Processo Legal, Taruffo, mesmo concordando quanto à sua origem inglesa e de que o embrião do devido processo legal nasce a partir da *Magna Charta Libertatum*, do Rei João Sem Terra, editada no ano de 1215 na Inglaterra, considera que, no entanto, a sua constituição dogmática e axiológica só ocorreria séculos depois, já que as ordálias voltaram a ser o meio e o instrumento de julgamento aceito e confiável, sendo este aprovado cultural e socialmente na época, sobretudo porque resolviam as contendas judiciárias de forma rápida, simples e eficaz⁶¹.

⁵⁹ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245.

⁶⁰ Pamplona, Danielle Anne. *Devido processo legal, aspecto material*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 35.

⁶¹ Taruffo, Michele. *La Símplice Verità: Il giudice e La costruzione dei fatti*. Roma: Editori Laterza, 2009, p.7.

De acordo com esse doutrinador, somente em meados do século XVII o devido processo legal teria voltado ao cenário jurídico, a fim de assegurar os direitos relacionados a valores como a liberdade, a vida e a propriedade. Com o objetivo de restaurar e alargar o campo de abrangência da revolucionária locução *law of the land*, Coke acaba por imprimir à expressão um outro significado, revelando em sua obra - *A law of the land* - que o *common law* e o *common law* exigiriam um *due processo of law*.⁶² Nesse sentido, a nova expressão *due process of law*, que comporta um conteúdo axiológico mais amplo, passou a ser utilizada nas Declarações de Direitos e em todas as Constituições democráticas da Europa e da América.

Da tradição jurídica inglesa, o princípio do Devido Processo Legal recebeu, portanto, uma nova dimensão nas colônias da América do Norte. No entanto, a expressão *due process of law* somente foi inserida na Constituição americana em 1791 pela Quinta Emenda Constitucional, nos seguintes termos:

Ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou por outro crime infante, a não ser perante denúncia ou acusação de um grande júri, exceto tratando-se de casos que, em tempo de guerra ou perigo público, ocorram nas forças navais ou terrestre ou na Guarda Nacional, durante o serviço ativo; nem ninguém poderá ser, pelo mesmo crime, duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde, nem ser obrigado a servir de testemunha contra si próprio em qualquer processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade propriedade, sem um devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização.⁶³

Posteriormente, no ano de 1868, a Décima Quarta Emenda ampliou a aplicação do devido processo legal aos Estados Federados, *in verbis*:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e dos Estados onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.

⁶² Coke, Edward. *Institutes of the Laws of England*. Londo: 1648, p. 50.

⁶³ Álvares, Anselmo Prieto e FILHO, Wladimir Novaes. *A Constituição dos EUA anotada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 71.

Como visto, o princípio do Devido Processo Legal, conforme estudo desenvolvido no âmbito do sistema jurídico norte-americano, está apoiado em três pilares considerados vitais para a sociedade: a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

É importante destacar que, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o princípio do Devido Processo Legal não estava expressamente previsto na legislação brasileira, embora, no entanto, tenha sido sempre observado. Desse modo, a Constituição brasileira consagra esse princípio em seu art. 5º, inciso LIV, ao estabelecer que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Trata-se de princípio constitucional fundamental intangível pelo legislador ordinário, por configurar-se como cláusula pétrea, como previsto no art. 60, § 4º, inciso IV da referida Carta Magna. Nesse sentido, somente um poder constituinte originário na elaboração de uma nova Constituição tem o poder de alterar o conteúdo de tal princípio constitucional.

Na legislação internacional, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XI, nº 1, o qual garante que:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Nos termos da CF de 1988, o princípio do Devido Processo Legal equivale a direito fundamental de primeira geração, a ser obrigatoriamente respeitado nos processos judiciais e administrativos, bem como na própria produção normativa.

Também a legislação portuguesa, o princípio do Devido Processo Legal está assegurado e previsto na Constituição da República Portuguesa, em seu art. 20º, nº 4, que dispõe: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Processo equitativo, ou seja, processo justo, isento e igualitário é extraído do devido processo legal, restando assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Roberto sustenta que a construção objetiva da cláusula do Devido Processo Legal, de sorte a impor um instrumento (processo) que atua mediante um poder (jurisdição) vinculado a uma fonte segura (lei), foi uma escolha para a aplicação da lei penal racionalmente, dotada de

equilíbrio e bom senso, porquanto sustentada na confiança da “razão artificial” da lei e no bom senso (justo) de seu aplicador, a impor uma garantia linear a todos os cidadãos⁶⁴.

Segundo Nowak, o próprio conteúdo intrínseco desse princípio é a garantia de um procedimento justo, sendo esta a razão de ser de tal preceito⁶⁵.

Já o devido processo penal, como bem ensina o doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre Moraes, propicia ao indivíduo proteção material e formal, ou seja, tanto na proteção ao direito de liberdade do indivíduo quanto lhe garantindo paridade total de condições com o Estado-persecutor e a plenitude de defesa. Nesse sentido, seus corolários são a ampla defesa e o contraditório⁶⁶.

Na pós-modernidade, o processo penal se estrutura pela principiologia constitucionalista da Ampla Defesa, do Contraditório e da Isonomia, apresentando-se como direito e garantias às partes das quais a jurisdição será exercida de forma válida e legítima.

Conforme ensinamento de Avena, diversos são os direitos decorrentes do devido processo legal, merecendo destacar:

Direito ao processo, que se traduz na garantia de acesso ao Poder Judiciário; à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; a um julgamento público e célere, sem procrastinações indevidas; ao contraditório e à ampla defesa; à igualdade, o que abrange a paridade de armas e o tratamento processual isonômico; de não ser investigado, acusado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas; à assistência judiciária gratuita; à observância do princípio do juiz natural; à produção probatória; de ser presumido inocente e, conseqüentemente, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se fosse culpado, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória; de não ser obrigado à autoincriminação; de ser ouvido pessoalmente perante o juiz, a fim de poder narrar sua versão dos fatos; de defesa patrocinada por profissional com capacitação técnica; o direito de conhecer os motivos que conduziram o juiz à sua decisão, daí a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais consagrada no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal; ao duplo grau de jurisdição; de propor revisão criminal em relação à sentença penal condenatória, quando ocorrentes as hipóteses que autorizam o ingresso dessa ação⁶⁷.

⁶⁴ Roberto, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Forum, 2011, pp. 42-43.

⁶⁵ Nowak, John E. et al. *Constitutional Law*, 2ª ed. Saint Paul Minn.: West Publishing Company, 1983, p. 557.

⁶⁶ Moraes, Alexandre. *Direito constitucional*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 186.

⁶⁷ Avena, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 62.

Cumprido ressaltar, ainda se referindo ao princípio do Devido Processo Legal, o seu duplo aspecto – o primeiro no âmbito processual (formal), também denominado de devido processo penal procedimental e o segundo, em seu âmbito substancial, também invocado como devido processo legal substancial, material ou substantivo. No aspecto procedimental (formal), o devido processo legal constitui-se na interpretação mais tradicional na doutrina, ou seja, basicamente um procedimento ordenado, com respeito a um conjunto de garantias mínimas, como o contraditório, o juiz natural e a duração razoável do processo. Já no aspecto substancial, o devido processo legal, nas palavras de Lima, “significa que o Estado não pode, a despeito de observar a sequência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. Exige-se razoabilidade da restrição”⁶⁸.

Quanto à dimensão processual, formal ou procedimental do devido processo legal, o jurista Silveira assim se manifesta:

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar um advogado), que deve ser aplicado sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.⁶⁹

Já a dimensão substantiva do devido processo legal, sob a ótica de Canotilho, protege os direitos dos cidadãos que não podem ser suprimidos ou manuseados, quer seja pelos legisladores, quer seja pelo governo de forma geral⁷⁰.

Do princípio constitucional do Devido Processo Legal decorrem os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, os quais se apresentam como pedra fundamental de todo processo, sobretudo do processo penal, consistindo-se em garantias instituídas para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal estatal.

⁶⁸ Dezem, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26.

⁶⁹ Silveira, Paulo Fernando. *Devido processo legal. Due process of law*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 242.

⁷⁰ Canotilho, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 494-495.

Parte da doutrina brasileira entende que o contraditório está inserido na ampla defesa. Para Bastos, o contraditório é a exteriorização da própria defesa, cabendo à parte contrária o direito de oposição, tanto na exposição de versão diferente, como oferecendo interpretação distinta da realizada pelo autor⁷¹.

Nesse mesmo sentido está o entendimento de Ferrajoli, ao afirmar que a defesa é “um instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa”, bem como entre as provas e as contraprovas, assegurando, assim, a paridade de armas das partes.⁷² No outro vértice, também há quem sustente que o direito de defesa pode ser compreendido como uma manifestação do contraditório.

A íntima ligação entre ambos os princípios é indiscutível, embora não se confundam. Desse modo Grinover, Fernandes e Gomes Filho assim dispõem:

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantia. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.⁷³

Faz-se importante trazer a lume os caracteres diferenciadores dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório. No primeiro, o réu pode utilizar de todas as formas possíveis e legais para se defender dentro do processo. Já pelo segundo princípio, diante de qualquer prova apresentada ou alegação da outra parte feita à parte contrária, cabe a esta última o direito de se manifestar, o que leva ao equilíbrio dentro do processo.

Nesse sentido, Badaró aponta que:

Destacar e distinguir a defesa do princípio do Contraditório é relevante na medida em que, embora ligados, é possível violar o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do Contraditório não diz

⁷¹ Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 286-287.

⁷² Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 490.

⁷³ Grinover, Ada Pellegrini; FERANDES, Antônio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ªed. São Paulo: RT, 2004, p.90.

respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de ser observado pelo próprio juiz.⁷⁴

2.2 Princípio da Ampla Defesa

Em linhas gerais, nesta seção discorreremos sobre o princípio da Ampla Defesa, reservando-se ao próximo capítulo a respectiva análise sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e a legislação ordinária processual, bem como a sua utilização ou não pela defesa na fase preliminar do processo.

A exemplo do princípio do Contraditório, o princípio da Ampla Defesa decorre do “supraprincípio” Devido Processo Legal.

Segundo o constitucionalista Bastos,

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.⁷⁵

Na mesma medida está o juízo de Moraes, ao afirmar que “por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se.”⁷⁶ De acordo com Giacomolli, dela derivam diversas outras garantias, como o direito de não colaborar com a acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o *nemo tenetur*, o direito ao silêncio e à igualdade de armas⁷⁷.

Ao discorrer sobre a importância da ampla defesa, jurista e magistrado Nucci afirma que esse princípio:

Envolve todos os estágios procedimentais onde se colha prova definitiva acerca da culpa de alguém, preferindo-se acolhê-la em excesso, em lugar de

⁷⁴ Badaró, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

⁷⁵ Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 387-388.

⁷⁶ Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.125.

⁷⁷ Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125.

restringi-la por cautela. A ampla defesa jamais pode ser constituída de ato formal, sem substância e eficiência, pois se cuida de interesse indisponível do indivíduo, merecendo integral contemplação estatal⁷⁸.

No Brasil, desde a primeira Constituição republicana, datada de fevereiro de 1891, o direito à ampla defesa está assegurado. O § 16, do art. 72, dessa Constituição reservava aos acusados “a mais plena defesa”. A Constituição de julho de 1934, no inciso XXV do art. 133 também fixava a mesma garantia. Já a Constituição autoritária de 1937 dispunha que, na instrução criminal, ficam asseguradas “as necessárias garantias de defesa”. A Constituição de 1946, decorrente da restauração da democracia após a ditadura do Estado Novo, assegura a plena defesa. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 também proporcionavam aos acusados uma defesa ampla. E na Constituição de 1988, seu art. 5º, inciso LV, igualmente estabelece, aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, a ampla defesa.

O princípio da Ampla Defesa também está previsto em diversos diplomas legais internacionais, a exemplo de O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, dispondo em seu art. 14.3, alínea “d”, que reconhece a toda pessoa acusada de um delito o direito de “estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo”.

No mesmo sentido, atua o Convênio Europeu à Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, o qual, em seu art. 6.2, alínea “c”, apregoa que toda pessoa possui direito a defender-se por si mesma, ou a ser assistida por um defensor de sua escolha e, não possuindo meios para pagá-lo, poder ser assistido gratuitamente por um advogado de ofício.

Segundo Greco Filho, são meios imanentes à ampla defesa:

⁷⁸ Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324.

a) ter o conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da justiça e; e) poder recorrer da decisão desfavorável.⁷⁹

A ampla defesa se apresenta sob duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica – garantia indisponível –, além de ser uma condição de igualdade de armas entre acusação e defesa, implica na escolha pelo acusado de advogado de sua confiança, profissional habilitado em Direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Já a autodefesa é a defesa exercida pessoalmente pelo imputado.

Ainda sobre essas duas vertentes da ampla defesa, leciona Rovégno que:

[...] deve reunir a possibilidade de autodefesa e de defesa técnica, por advogado. De fato, uma não poderá ser verdadeiramente adequada sem a outra. O defensor técnico conhece o direito e, assim, os caminhos do processo e as possibilidades jurídicas abertas à defesa: mas, desconhece os fatos e, dessa forma, não saberá isoladamente aproveitar os recursos da técnica de forma plena. O acusado, por outro lado, conhece os fatos e muito tem a oferecer, contudo, não poderá fazê-lo de forma satisfatória se não for orientado sobre os momentos, as formas e as possibilidades de oferecer tais dados. Donde se conclui, logicamente, que as duas facetas do direito de defesa são complementares e somente a sua coexistência em todo desenrolar do processo é capaz de assegurar a efetividade da participação em contraditório.⁸⁰

Ao contrário da defesa técnica, a autodefesa é renunciável e pode ser dividida em positiva e negativa, conforme já apontado no item 1.4.4 deste trabalho.

O princípio da Ampla Defesa também se destina ao legislador, pois a ele está limitado elaborar leis infraconstitucionais, no sentido de assegurar que todo acusado tenha defensor e plena ciência e conhecimento da acusação que lhe é imputada e provas, com efetiva possibilidade de contrariá-las, apresentando ou requerendo a produção de outras provas. Mesmo o poder constituinte reformador deve observância ao princípio do contraditório, sob pena de vício insanável, como se verá no próximo capítulo.

⁷⁹ Greco Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15.

⁸⁰ Rovégno, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005, pg. 271.

2.3 Princípio do Contraditório

Em uma ótica inicial o princípio do contraditório pode ser entendido como a possibilidade de os sujeitos processuais influírem no convencimento do magistrado, permitindo às partes do processo a participação e a manifestação sobre todos os trâmites da construção processual e probatória. Nessa medida, Lopes Jr, afirma que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) a defesa, expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imunes a penas arbitrárias e desproporcionais. É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo⁸¹.

Preliminarmente o princípio do contraditório evidencia-se por assegurar ao sujeito passivo o direito de ser informado sobre a acusação, a fim de que possa oferecer, em um segundo momento, resistência à imputação, assegurando à pessoa indicada como provável autor de uma infração penal o conhecimento acerca da imputação e a possibilidade de reação. Portanto, o contraditório engloba dois momentos, o direito de informação e a possibilidade de contraposição.

Germano Marques da Silva defende que o princípio do contraditório se traduz na estruturação da audiência na forma de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. Cada um dos titulares é chamado a aduzir as suas razões de fato e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a disreterar sobre o resultado de uma e outras⁸².

É certo que o princípio do Contraditório é garantido pelas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, pois assegura que para todo ato processual haja uma reação apropriada, proporcionando a equidade e a paridade de armas. Desse modo, cabe o magistério

⁸¹ Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 11 edª São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.

⁸² Silva, Germano Marques da. *Curso de processo penal*, V. II. Lisboa: Verbo, 1999, p. 77.

de Almeida: “o contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”⁸³.

A moderna Constituição Portuguesa, em seu art. 32, no capítulo denominado “As garantias de processo criminal”, estabelece que, no processo criminal, devem ser assegurados não só o direito de defesa, a presunção da inocência e a estrutura acusatória do processo criminal, como também o princípio do Contraditório. A exemplo do princípio da Ampla Defesa, em nossa história constitucional o Contraditório foi fixado a partir da Constituição Republicana de 1891.

O princípio do Contraditório, ao lado da Ampla Defesa, está insculpido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Evidenciando a importância desse pressuposto nos Estados Democráticos de Direito, o princípio do Contraditório também consta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), efetivamente inserida na legislação brasileira por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, que, em seu art. 8º, dispõe:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação formulada contra ela, ou para que se terminem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Mangone compreende que o contraditório compõe-se de três elementos essenciais: a) a informação, que se realiza pela ciência de todos os atos processuais de interesse da parte, independente se favoráveis ou contra; b) a reação, que se concretiza pela possibilidade de argumentar, contra argumentar e produzir provas de seus argumentos; e c) a participação, que se evidencia pelo direito de participar e acompanhar todos os atos processuais, bem como de ter todos os seus argumentos enfrentados pelo juiz no momento da decisão⁸⁴.

Lebre de Freitas, doutrinador português, afirma ser condição básica do contraditório assegurar às partes o direito de resposta durante todo processo judicial, ressaltando que esse

⁸³ Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1973, p. 82.

⁸⁴ Mangone, Kátia Aparecida. *A garantia constitucional do contraditório e a sua aplicação no direito processual civil*. Revista de Processo. São Paulo, n. 182, pp. 362-383, abr, 2010.

princípio ultrapassa a vital característica de resposta para se chegar à necessidade de ser atuante na formação da decisão. De acordo com Lebre de Freitas:

Por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que, formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada uma oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão, tal como, oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar, assim se garantindo o desenvolvimento do processo em discussão dialéctica, com as vantagens decorrentes das afirmações das partes.

A esta concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechtliches gehor*, entendida como garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factuais, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apreçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo⁸⁵.

Além disso, o contraditório busca a colaboração das partes com o regular exercício da atividade jurisdicional, já que esta deve guiar-se por um esquema dialógico, exigindo do juiz que exerça a jurisdição com o auxílio das partes, proferindo, assim, decisão legítima, meticulosa e justa.

Evidencia-se, assim, que o princípio do Contraditório não é exclusivo da defesa, pois se aplica igualmente à acusação, por configurar a possibilidade de que as partes dispõem de contraditar os atos e os procedimentos adotados pela parte contrária. Nesse sentido, cabe o ensinamento de Coutinho, ao proclamar que o contraditório se traduz “na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para solução do caso penal”⁸⁶.

⁸⁵ Lebre de Freitas, José. *Introdução ao processo civil – Conceito e princípios à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 96-97.

⁸⁶ Coutinho Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, ITEC, Porto Alegre, nº 1, 2001, p. 26.

CAPÍTULO 3 – OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E A DEFESA NA FASE PRELIMINAR DO PROCESSO PENAL

3.1 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório na fase preliminar do processo penal

Os procedimentos investigatórios criminais realizados na fase preliminar do processo penal são marcados por características que, em geral, impediriam a aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla defesa, sobretudo em razão da inquisitorialidade e da sigilosidade, não dependendo da iniciativa das partes ou de terceiros para se movimentar, bem como da não acessibilidade por todos.

No entanto, como iremos desdobrar ao longo deste estudo, esses óbices são superáveis ou mitigados, pois não são admitidos mais na atualidade procedimentos investigatórios secretos, como já ocorrera no passado. A investigação criminal contemporânea, principalmente pelas transformações político-criminais que ensejaram a opção por um modelo de intervenção penal garantista, não pode ser vista sob a lógica de investigação inquisitorial de outrora, como ainda alguns insistem.

Até a Constituição Federal de 1988 era pacífico o entendimento de que na fase preliminar do processo penal, a exemplo do Inquérito Policial, não eram admitidos o contraditório e o direito de defesa, por serem considerados procedimentos eminentemente inquisitórios. Naquela época, o investigado era considerado mero objeto da investigação.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vozes doutrinárias começaram a ecoar no sentido de que o investigado, nos termos dos novos direitos e garantias, não pode mais ser considerado um simples objeto de investigação, mas sim sujeito de direitos.

Com isso, evidencia-se que a referida Constituição foi além das anteriores, ao assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório no âmbito judicial e também no processo administrativo e, ainda, não só aos litigantes, mas também aos acusados em geral, nestes inseridos os investigados/indiciados na fase preliminar do processo penal.

Portanto, dentro de um sistema penal garantista, como o brasileiro, a ampla defesa e o contraditório abrangem não apenas a instrução processual presidida pelo juiz, mas também

toda a instrução probatória que tenha repercussão sobre o processo. É o caso das investigações criminais levadas a efeito durante a fase preliminar do processo penal.

O art. 14 do Código de Processo Penal assegura ao investigado o direito à investigação ao lhe permitir o requerimento de diligências à Autoridade Policial. Esse direito do investigado de requerer a realização de diligências é um exemplo intrínseco do direito de defesa nessa fase preliminar. Cabe ressaltar ainda que esse requerimento de diligências formulado pelo investigado/indiciado não vincula a atuação da autoridade policial, que não fica obrigada a cumprir tal solicitação, podendo indeferi-la caso a entenda impertinente, sempre com a necessária fundamentação legal.⁸⁷ Do eventual indeferimento da diligência solicitada, não cabe recurso. Indeferido, porém, o requerimento de diligência, resta ao requerente levar o seu pleito ao Ministério Público ou Juiz do caso, que, entendendo-o procedente, requisita, então, à autoridade policial a realização da diligência pedida.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa discricionariedade da autoridade policial de indeferir o requerimento de diligências formulado pela defesa do investigado passou a ser extremamente mitigada, diante da garantia do direito de defesa, inclusive na fase preliminar.

Desse modo, a não ser que a diligência requerida seja evidentemente impertinente e desnecessária, a autoridade está obrigada a atender, por exemplo, nos requerimentos de formação do corpo de delito, a realização das perícias necessárias ao esclarecimento da verdade, de interrogatórios, oitivas do ofendido, inquirição de testemunhas, juntada de documentos, como dito, desde que indispensáveis e úteis à elucidação das circunstâncias dos fatos, da sua autoria e materialidade. Portanto, apenas é admissível o indeferimento de requerimento por parte da defesa do investigado se as medidas pleiteadas se apresentam inúteis, protelatórias ou desnecessárias, despacho que deve ser proferido devidamente motivado.

No meio acadêmico e doutrinário brasileiro, a admissibilidade da ampla defesa e do contraditório na fase preliminar do processo penal, ou seja, na etapa de investigação criminal, vem tomando corpo. Eugênio Pacelli de Oliveira reitera que o direito de defesa na

⁸⁷ O art. 14 do Código de Processo Penal brasileiro prescreve: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

investigação criminal constitui o exercício dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988⁸⁸.

Na mesma direção está o entendimento do renomado processualista Lopes Jr., que defende veementemente o direito de defesa na fase preliminar do processo penal, o qual, no Brasil, como já dito, é, em regra, exteriorizado por meio do Inquérito Policial. Para o alcance da máxima efetividade do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, o doutrinador em questão afirma ser inafastável a incidência do contraditório e o direito de defesa no inquérito policial. Nesse sentido, ratifica que o direito de defesa:

é aplicável no inquérito policial, em que pese todo ranço do senso comum espelhado por numerosas jurisprudência e doutrina”. Segundo esse doutrinador o direito de defesa se evidencia pela autodefesa positiva ou negativa durante seu interrogatório, pelo direito de ser acompanhado por advogado, requerer a realização de diligência ou a juntada de documentos, possibilidade de impetrar habeas corpus e mandado de segurança.⁸⁹

Em consonância com este, resta o entendimento de Guimarães ao apregoar que a não admissibilidade de aplicação da ampla defesa no inquérito policial resulta na ilegitimidade das investigações. Para ele, é inconcebível ser considerado culpado na fase pré-processual sem a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. Nesse caso, restaria uma decisão administrativa eivada de ilegitimidade e evidente arbitrariedade por parte do Estado, situação totalmente incompatível com o atual sistema constitucional brasileiro⁹⁰.

Ainda acerca da aplicabilidade ou não do princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na fase preliminar do processo penal, analisando-se os termos insculpidos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal – especialmente quanto ao alcance do seu enunciado, se restrito ao processo penal e administrativo ou ao alcance da investigação criminal levada a cabo no Inquérito Policial –, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro afirma que este pode ser

⁸⁸ Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸⁹ Lopes Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

⁹⁰ Guimarães, Johnny Wilson Batista. *Análise garantista do indiciamento no inquérito policial*. Revista Jus Navigandi. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/19166>>. Acesso em: 27 set. 2017. O especialista afirma que: “saber-se culpado na fase pré-processual, sem possibilidade de contraditar ou alçar a seu favor os benefícios da ampla defesa, é o mesmo que ser obrigado a aceitar passivamente uma decisão ilegítima. A ilegitimidade de tal decisão administrativa reside na impossibilidade de contestação, e sem essa possibilidade depara-se com a arbitrariedade do Estado. A precariedade que traz malefícios ao investigado não pode ser suportada pelo sistema constitucional”.

encarado como um processo administrativo *sui generis*, pois, embora não exista um litígio com acusação formal, há, sim, uma controvérsia a ser solucionada, principalmente no que diz respeito à materialidade delitiva e à sua autoria. De acordo com o especialista, os atos de investigação afetam o exercício dos direitos fundamentais, atuando com caráter coercitivo e importando em certa agressão aos estados de inocência e de liberdade do investigado⁹¹.

Sobre os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na fase preliminar do processo penal, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro analisa que:

Contraditório consiste no acesso do interessado à informação (conhecimento) do que foi praticado no procedimento, podendo então exercer a reação (resistência). É dizer, a partir da ciência do ato persecutório o sujeito pode se contrapor aos atos desfavoráveis, sendo possível influir no convencimento da autoridade. Já a Ampla Defesa abrange a possibilidade de manifestação, seja pessoalmente (autodefesa) – em seu favor (defesa positiva) ou se abstendo de produzir prova contra si (defesa negativa) – ou por meio de defensor (defesa técnica). Nota-se que a Ampla Defesa está umbilicalmente ligada ao Contraditório. A primeira faceta do Contraditório (direito à informação) permite que o sujeito saiba dos atos praticados, enquanto seu segundo elemento (possibilidade de reação) permite que o sujeito saiba dos atos praticados, enquanto seu segundo elemento (possibilidade de reação) faculta ao indivíduo sua efetiva participação. Logo, a defesa garante o contraditório, e também por este se manifesta e é garantida.⁹²

Na esteira da hermenêutica garantista, a qual norteia a interpretação dos direitos e garantias fundamentais, não há como olvidar que, entre os acusados em geral está contido o investigado, em desfavor de quem o Estado já exerce parcela do *ius puniendi*, a exemplo dos casos de adoção de medidas cautelares de busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e até mesmo prisão.

⁹¹ Castro, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial*. Revista Consultor Jurídico. Nov 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em: 20 set 2017. Pela sua visão: “Ademais, nada impede o etiquetamento do inquérito policial como processo administrativo *sui generis*. Apesar da resistência em utilizar o termo processo na seara não judicial, a verdade é que, nada obstante não haver na fase policial um litígio com acusação formal, existe sim controvérsia a ser dirimida (materialidade delitiva e autoria). Apesar de não existir partes, vislumbram-se imputados em sentido amplo; e os atos sucessivos, tanto os intermediários como o final, afetam o exercício de direitos fundamentais, existindo inegavelmente uma atuação de caráter coercitivo que representa certa agressão ao estado de inocência e de liberdade. Não há como negar que, com a decretação de prisão em flagrante, indiciamento, apreensão de bens e requisição de dados no bojo do inquérito policial, ocorre interferência na esfera de garantias do cidadão. Ainda que não se possam catalogar tais restrições de direitos como sanções, a realidade é que do inquérito policial podem advir severas consequências para o imputado, seja por decisão do delegado de polícia ou do juiz. Mesmo que se insista em rotular o inquérito policial como procedimento, o fato é que esse método de exercício de poder deve ser modulado para garantir o respeito a direitos, numa verdadeira processualização do procedimento” (2017, p.02).

⁹² *Ibidem*.

No entanto, é corrente a afirmação da não aplicação do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar da investigação criminal. Essa afirmação tem por base a interpretação literal da Constituição Federal, especificamente do seu art. 5º, inciso LV, desconsiderando a hermenêutica garantista presente nos dispositivos da Magna Carta.

Com esse entendimento, parte da doutrina e da jurisprudência entende a impossibilidade de aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na fase preliminar da investigação criminal. Nesse sentido, Lima expõe que na doutrina e na jurisprudência impera a compreensão de que a aplicação do contraditório somente é obrigatória no processo penal, sendo inaplicável na fase investigatória⁹³.

Também comunga do entendimento da não existência da ampla defesa e contraditório o doutrinador Tourinho Filho, asseverando que, por não haver acusação na investigação criminal, também não pode existir defesa, sendo impossível se restringir algo que não existe. E continua: por não haver defesa na investigação criminal, o advogado dos investigados, quando se fizer indispensável o sigilo, não pode assistir aos atos de investigação⁹⁴.

⁹³ Lima, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, pg. 88. Leciona que: “Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a observância do contraditório só é obrigatória, no processo penal, na fase processual, e não na fase investigatória. Isso porque o dispositivo do art. 5º, LV, da Carta Magna, faz menção à observância do contraditório em processo judicial ou administrativo. Logo, considerando-se que o inquérito policial é tido como um procedimento administrativo destinado à colheitas de elementos de informação quanto à existência do crime e quanto à autoria ou participação, não há falar em observância do contraditório na fase preliminar de investigações.”

⁹⁴ Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 207-208, discordando da aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa dispõe que: “Com o sigilo haverá restrição à defesa? Evidentemente, não. Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo os Advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial. Este é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria. O *jus accusationis* não se exerce nessa fase. A acusação inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa. Proposta a ação, sim, deve haver o regular contraditório, erigido, aliás, entre nós, à categoria de dogma constitucional, como se infere do inc. LV do art. 5º da CF [...]”. O processualista ainda apresenta sua interpretação sobre o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “Certo que o art. 5º. LV, da *Lex Legum* proclama que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo... se permitem a ampla defesa; então, por conseguinte, não se pode dizer que o processo administrativo aí compreenda o inquérito, sob pena de transudarmos os indiciados em litigantes... o que sabe a disparate. Ademais, quando o dispositivo constitucional fala em processo administrativo com ampla defesa refere-se iniludivelmente, àquele procedimento que pode culminar com alguma sanção, como ocorre nas administrações públicas. Às vezes são denominadas sindicância. E, às escâncaras, tal não se dá no inquérito, peça meramente informativa”.

Em geral, aqueles que se posicionam contrários à aplicação do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar do processo penal justificam a sua inaplicabilidade na natureza da investigação criminal, como já explicado, por ser inquisitivo e ainda se baseiam na interpretação gramatical do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Ainda que as posições contrárias à aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na fase preliminar do processo penal (investigação criminal) e que o procedimento tenha caráter inquisitivo, este não é incompatível com o exercício do direito de defesa. Ou seja, não perturba os atos investigatórios, já que o principal interesse do investigado nessa fase preliminar é demonstrar que não é o autor dos fatos sob investigação ou as circunstâncias de seu interesse.

Nos Estados Democráticos de Direito, como no caso do Brasil, o direito fundamental de defesa sempre será observado e aplicado, inclusive junto aos investigados. No entanto, na fase preliminar do processo penal, durante as investigações criminais, estas se dividem em atos de investigação e atos de instrução. No primeiro, os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa devem ser tratados com ressalvas, pois em determinados atos o sigilo se faz imprescindível, a exemplo das interceptações telefônicas e de busca e apreensão. Já em outros atos de investigação, é fundamental a participação da defesa, como nos casos de produção de provas irrepetíveis, reprodução simulada dos fatos. Por outro lado, nos atos instrutórios, por serem acoimados por formalidades, deve prevalecer a aplicação do contraditório e da defesa.

Assim para se assegurar o devido processo penal de partes, com o inevitável e necessário confronto probatório entre acusação e defesa, bem como a proteção às liberdades, é imprescindível que sejam garantidos os meios inerentes à defesa *ab initio* da persecução penal, incluída a fase preliminar, como: a) ter conhecimento dos fatos investigados; b) poder apresentar alegações contra imputações formuladas; c) acompanhar a prova produzida e fazer a contraprova; d) ser assistido por defesa técnica de advogado; e) dispor da prerrogativa de impugnar os atos instrutórios ilícitos. Assim, a necessidade de dar conhecimento ao investigado dos fatos investigados e das provas produzidas, além da possibilidade de insurgência prévia, marca a fase preliminar do processo penal com a característica de uma contrariedade antecipada às alegações e provas do acusador no processo, indispensáveis à sua habilitação democrática.

Para garantir os direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo em relação à dignidade da pessoa humana⁹⁵, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, faz-se imprescindível reservar aos investigados a utilização dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, a serem mitigados temporariamente em casos específicos. Desse modo, é possível equacionar a necessidade de exercício desses direitos com a eficiência e a eficácia da investigação criminal, embora nunca sejam totalmente suprimidos. Sob pena de eivar de vício de inconstitucionalidade os indícios e provas colhidas nessa fase preliminar do processo penal.

Guedes Valente preconiza que a atividade de polícia/OPC deve ser realizada com imparcialidade, estrita legalidade e eficiência, pois sujeita ao contraditório. Afirma ainda que o contraditório atua como “freio balizador e limitador” da atuação preventiva e repressiva dos órgãos de polícia/OCP⁹⁶.

3.2 A Defesa na fase preliminar do processo penal

Assim como no processo penal judicial, na fase de investigação criminal, a qual transcorre na fase preliminar do processo, a defesa pode apresentar-se por meio da autodefesa e da defesa técnica. A autodefesa é exercida pelo próprio indiciado, como no caso do seu interrogatório, sendo assegurada a todos os indiciados enquanto sujeitos de direitos. Já a defesa técnica exige a atuação de um advogado, profissional com formação superior em Ciências Jurídicas e devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

⁹⁵ O art. 1º da Constituição Federal de 1988 prescreve que: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

⁹⁶ Valente, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 254-255, ao tratar da importância do contraditório na atividade da polícia/OPC prescreve que: “O princípio do contraditório tem relevância para a actuação da polícia/OPC como freio balizador e limitador da actuação preventiva e repressiva, quer a priori quer a posteriori da intervenção da AJ. Mas é a montante, na consciencialização de que o seu labor vai ser examinado e contraditado em outras sedes, que deve induzir a polícia/OPC a prosseguir uma actuação cingida ao primado da liberdade, assim como a carrear para o processo todos os elementos probatórios independentemente de serem ou não favoráveis ao arguido.”

3.2.1 Defesa técnica

O advogado é indispensável à administração da justiça. Esse preceito está devidamente insculpido no art. 133 da Constituição Federal de 1988⁹⁷.

Já, no art. 5º, inciso LXIII, está previsto que o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Esse direito abrange todo e qualquer tipo de prisão, seja por sentença transitada em julgado, seja em razão de uma das prisões cautelares, como preventiva, em flagrante e temporária.

Para adequar a legislação infraconstitucional com as normas da CF de 1988, especificamente quanto aos investigados/indiciados como sujeito de direitos, em 12 de janeiro de 2016 foi sancionada a Lei nº 13.245, que alterou o art. 7º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que trata dos direitos assegurados aos advogados. Foram, assim, introduzidas prerrogativas a esses profissionais para que atuem na defesa dos interesses dos investigados/indiciados na fase preliminar do processo penal. As inovações reformularam o inciso XIV, acrescentando o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12⁹⁸.

O inciso XIV e § 10 da lei supra regula o acesso do advogado ao procedimento investigatório presidido por qualquer autoridade pública, em alguns casos mesmo sem

⁹⁷ O art. 133 da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

⁹⁸ As alterações levadas pela Lei 13.245/2016 ao art. 7º da Lei 8.906/1994, que trata dos direitos do advogado, foram: XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzi investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findo ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a)apresentar razões e quesitos; § 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligência em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

procuração. Aqueles acobertados pelo sigilo judicial, desde que com procuração nos autos, também disporão de pleno acesso.

A par dessa autorização ampla de acesso aos autos de investigação, objetivando preservar a eficiência dos atos, a lei em testilha trouxe, em seu § 11, o regramento que autoriza a autoridade à frente da investigação a restringir o acesso do advogado a determinados elementos de convicção vinculados a diligências em andamento, ainda não documentadas. O propósito é preservar a eficácia e a eficiência da investigação. Sem essa previsão legal, a investigação ficaria sobremaneira prejudicada, pois se os atos investigatórios chegarem ao conhecimento dos investigados perderão, por completo, a sua eficácia, podendo resultar em malsucedida elucidação da suposta infração penal. Cabe fazer uma análise entre o conteúdo da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal⁹⁹ e o §11, comentado no parágrafo anterior. Nesse sentido, o próprio STF se manifestou pela inaplicabilidade da referida Súmula nos casos previstos no mencionado parágrafo, ou seja, nas diligências que ainda se encontram em andamento. O objetivo é não comprometer a finalidade de tais diligências ainda em curso¹⁰⁰.

Já o § 12 supracitado insere no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil as consequências, no campo criminal e administrativo, a serem suportadas por aqueles que não cumprirem o regramento, ou embaraçarem as prerrogativas conferidas aos advogados. Possibilita ainda ao advogado se socorrer ao juízo competente para fazer valer as suas prerrogativas, efetivando o direito de acesso aos autos de investigação.

⁹⁹ Prevê a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal que: “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 defesa”.

¹⁰⁰ O STF na Rcl 22062 AgR. Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 15.03.2016. DJe 20.5.2016, asseverou que: “[...] Segundo se extrai da leitura da Súmula Vinculante 14, o Defensor pode ter acesso às diligências já documentadas no inquérito policial. No entanto, a diligência à qual o reclamante pleiteia acesso ainda está em andamento e, em virtude disto, a súmula vinculante não é aplicável ao presente caso. (...) o acesso às diligências que ainda se encontram em andamento não é contemplado pelo teor da Súmula Vinculante 14. Tal hipótese não é contemplada sequer pelo artigo do Estatuto da Ordem do Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) citado pelo agravante. (...) 7. A autoridade reclamada, nas informações prestadas (evento 8), trouxe elementos capazes de evidenciar a necessidade de imposição de sigilo ao procedimento, fundamentado no caráter inicial das investigações e no risco de comprometimento da finalidade das diligências ainda em andamento, caso o reclamante ou qualquer outra pessoa tivesse acesso aos autos. Essa hipótese está contemplada pelo § 11 do art. 7º da Lei 8.906/94, acima citado.

Na perspectiva de efetiva participação do advogado na fase preliminar do processo penal, a mais importante inovação trazida pela Lei nº 13. 245/2016, sem sombra de dúvidas, foi a inclusão do inciso XXI no rol de direitos dos advogados estabelecidos no art. 7º da Lei. 8.906/94, que textualmente dispõe que: “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; b) (VETADO)”.

O inciso XXI, portanto, normatizou a presença do advogado durante a investigação, atuando na defesa de seu cliente investigado ou indiciado, podendo acompanhar interrogatórios e depoimentos, oferecendo razões e quesitos. Pela proposição, é absolutamente nulo o ato praticado durante a investigação com tolhimento ao exercício das prerrogativas do advogado, inclusive a invalidade de todos os elementos investigatórios e probatórios decorrentes do ato então considerado nulo.

Esses dispositivos legais buscam assegurar a participação efetiva da defesa na fase preliminar do processo penal, devendo ser pautados pelo processo penal do equilíbrio, procurando-se preservar as garantias do investigado em face da atuação estatal, sem, no entanto, esvaziar ou atrapalhar a atividade investigativa.

Também no Código de Processo Penal podem ser verificadas previsões comuns do direito de defesa, como: requerimento de diligência pelo advogado da defesa; acesso do advogado de defesa aos autos de inquérito policial; presença do advogado de defesa no interrogatório levado a efeito na investigação criminal; impetrar mandado de segurança e habeas corpus; direito ao silêncio, entre outras.

O Projeto de Lei 156/2009 do novo Código de Processo Penal Brasileiro já aprovado no Senado Federal e encaminhado à Câmara Federal, em sintonia com as normas constitucionais, busca assegurar ao investigado e o seu defensor na fase de investigação criminal o direito à defesa e ao contraditório¹⁰¹.

¹⁰¹ O Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, atualmente tramitando na Câmara Federal, quando à participação do investigado e seu defensor na fase de investigação criminal disciplina que: “Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que

Outro Projeto de Lei, também de iniciativa do Senado Federal, de nº 366/2015, já tramitado nas comissões e apto a ser votado em plenário, altera o artigo 14 do Código de Processo Penal, acrescentando os §§ 1º e 2º, disciplinando o direito do defensor do investigado de ter acesso aos elementos de provas, possibilitando, também, vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligências.¹⁰² Busca, desse modo, o equilíbrio das partes –acusação e defesa –, na fase preliminar do processo penal, atendendo, assim, aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais da ampla defesa, contraditório e paridade de armas, afinal, desde a sua fase preliminar, o processo pretende efetivar o *jus puniendi* estatal ao tempo em que limita e restringe a atuação do Estado-acusador.

Portanto, ao longo da fase preliminar do processo penal, a defesa salvaguarda o investigado nos casos de produção antecipada de provas, inibe abusos e excessos das autoridades, procura evitar acusações infundadas e resguarda o investigado de seu estado psicológico. Tudo porque se encontra em uma posição de inferioridade e hipossuficiência em relação ao Estado, evidenciando, assim, que a defesa técnica tem caráter de irrenunciabilidade.

No entanto, conforme aponta Feitosa, é difícil conciliar e equacionar o visível conflito entre a eficácia da investigação e a garantia dos direitos fundamentais da defesa¹⁰³.

concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso a que faz referência o caput deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material. Art. 12. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída. Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no caput deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada. 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.”

¹⁰² O Projeto de Lei 366/2015, iniciado no Senado Federal e aguardando votação do plenário, altera dispositivos do Código de Processo Penal. Dentre essas alterações acrescenta ao art. 14 os §§ 1º e 2º com a seguinte redação: “ § 1º É direito do defensor, no interesse do investigado ou indiciado, ter acesso aos elementos de prova que, já documentados nos autos do inquérito policial ou outro procedimento de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, excetuados os registros relativos a diligências em andamento e medidas cautelares sigilosas, cujo acesso possa prejudicar a eficiência das investigações. § 2º Ressalvado risco à eficácia das investigações, em caso de indiciamento pelo delegado de polícia, em ato fundamentado nos elementos de prova que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria, o indiciado, por meio de seu defensor, terá vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, suspendendo-se o prazo do inquérito, se for o caso, observando o disposto no caput.”

¹⁰³ Feitosa, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 48, preceitua que “O drama e a tragédia da persecução criminal transcorrem cotidianamente num cenário formado por duas forças diretas que colidem tensamente, acarretando a contrariedade fundamental da persecução criminal: quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e de sua autoria

Mas, como visto, o legislador infraconstitucional trouxe mecanismos que visam a assegurar a eficiência na investigação e o direito de a defesa ter acesso aos autos de investigação ao excluir desta as diligências ainda em curso, efetivando, assim, a dupla função do processo penal do equilíbrio entre a eficácia e o garantismo.

Há determinadas situações nas quais são colhidas provas definitivas no curso da Investigação Criminal e que, por razões lógicas, não é possível se assegurar da contraditoriedade no momento da produção. Exemplo disso é a necessidade de realização de uma perícia quando a Polícia Judiciária ainda não possui sequer um suspeito de autoria. Outro caso a ser citado é a gravação de conversas, por meio de interceptação telefônica, com autorização judicial prévia. Nessas situações, o contraditório será postergado para momento possível.

A Súmula Vinculante nº 14 do STF 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 de direito”. Corroborando esse entendimento, Giacomolli ensina que “o exercício da ampla defesa somente será efetivo quando o suspeito ou o acusado, bem como o defensor, tiverem acesso à documentação dos atos de investigação e dos atos processuais”¹⁰⁴.

É certo que, na fase preliminar do processo penal, são produzidos atos irrepetíveis e de conteúdo e substância probatória, como interceptação telefônica, prova pericial e busca e

(princípio institucional punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, e quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e de sua autoria”.

¹⁰⁴ Giacomolli, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127, quando à possibilidade de aplicação do princípio da ampla defesa na fase preliminar do processo penal, apregoa que: “O exercício da ampla defesa somente será efetivo quando o suspeito ou acusado, bem como o defensor, tiverem acesso à documentação dos atos de investigação e dos atos processuais. O acesso ao imputado, como regra, se dá através do direito à informação, o que não é suficiente à defesa técnica, aplicando-se desde a fase preliminar até o julgamento final, abrangendo também a execução penal. Segundo o STF, “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 defesa” (Súmula Vinculante 14). Ressalvem-se as situações de sigilo necessário, como ocorre nas interceptações telefônicas, durante a sua realização. O descumprimento de Súmula Vinculante pode ser remediado através de reclamação ao STF, nos termos do art. 103-A, § 3º, da CF.”

apreensão, que podem influir na convicção do juiz quanto à procedência ou não do pleito acusatório¹⁰⁵.

Assim, na instrução da Investigação Criminal, em que são coletados indícios e até provas da materialidade, circunstâncias e autoria, o indiciado deve lançar mão do direito de reação ao Estado-acusador, não se podendo exigir-lhe a inércia.

Em precedente a Súmula Vinculante supra o STF, por meio de sua Segunda Turma, assim decidiu:

Há, é verdade, diligência que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documento dos elementos retóricos colhidos na investigação, nesses devem esta acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelos menos, ao que diga respeito ao seu constituinte. (HC 88190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006).

Importante destacar a necessidade de permissão, a partir da qual o investigado pode conversar com o seu defensor, de forma reservada, antes do interrogatório no procedimento investigatório criminal, a fim de integrar a autodefesa com a defesa técnica. Sem isso, seria praticamente inócua a presença do defensor durante o interrogatório do investigado.

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 208º, também dá tratamento constitucional aos advogados como essencial à administração da justiça, nos seguintes termos: “A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

¹⁰⁵ Nesse sentido, o art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

3.2.1.1 Breves apontamentos sobre a defesa técnica na fase preliminar do processo penal em alguns países.

Na Argentina, a exemplo do Brasil, também é facultado ao imputado o direito de entrevista com seu advogado a fim de receber assessoramento técnico antes de ser interrogado pela autoridade competente. Lá o defensor do imputado pode requerer diligência ou medidas probatórias ao órgão investigativo, que só serão atendidas se o presidente da investigação reputá-las como úteis e pertinentes. A investigação é presidida pelo Juiz de Instrução, estando o Ministério Público e a polícia subordinados às suas ordens.

Na Itália, a fase pré-processual tem a denominação de *indagini preliminar*, expressão que, traduzida para o português, significa exatamente “investigações preliminares”, e é realizada pelo Ministério Público, contando com o auxílio da Polícia Judiciária nas investigações. Durante o procedimento investigatório, então, a defesa do investigado dispõe do direito de participar de alguns atos da investigação. No entanto, durante as investigações não há produção de provas, não havendo a aplicação do princípio do Contraditório. Já, na excepcionalidade de colheita antecipada de provas, esta será acompanhada pelo defensor do investigado. Por outro lado, a legislação processual italiana permite que a defesa faça a sua própria investigação, a chamada investigação defensiva. Encerradas as investigações será realizada audiência preliminar, ocasião em que o Ministério Público apresentará a acusação ao Juiz de Instrução, oportunizando, assim, a ampla defesa e o contraditório.

No sistema processual penal alemão, as investigações criminais também são presididas pelo Ministério Público, com o auxílio da polícia. Na prática, a polícia é quem realiza as investigações, procedendo a todas as diligências necessárias para elucidar o fato. Durante toda a fase de investigação, o investigado e o seu defensor não têm acesso aos autos, não sendo possível o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Já a Investigação Criminal no sistema inglês é regida por leis esparsas e jurisprudência, não havendo um código de processo penal. As investigações são presididas e realizadas pela polícia, que decidirá se o investigado terá, ou não, conhecimento dos autos. Não Inglaterra não existe a instituição do Ministério Público, logo a acusação é feita pelo Serviço de Persecução da Coroa (*Crown Prosecution Service*), órgão formado por policiais. Se não houver provas suficientes para uma acusação formal, a investigação é arquivada. No

entanto, em caso de provas suficientes para sustentar uma acusação, será submetida à Corte, para que autorize essa providência.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 20º, nº 2, garante: “Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consultas jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade”. Já em seu artigo 32º, nº 3, preceitua: “O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória”.

Já o Código de Processo Penal Português, em seu artigo 61, nº 1 e alíneas, colaciona direitos do arguido em qualquer fase do processo, inclusive na etapa de Investigação Criminal. Especificamente quanto aos direitos do arguido aplicáveis durante a investigação, dispositivo supra traz as alíneas “c”, “d”, “e”, “f”, “g” e “h”.

A Investigação Criminal é presidida pelo Ministério Público, coadjuvado pela polícia criminal que, a depender do local e da gravidade do crime, poderá ser auxiliado pela Polícia Judiciária, PSP ou GNR.

3.2.2 Autodefesa na fase preliminar do processo penal

Na fase preliminar do processo penal, autodefesa nada mais é do que a defesa exercida diretamente pelo próprio indiciado durante a Investigação Criminal, buscando contradizer o que a ele está sendo atribuído, ou apresentar provas de que não praticara os fatos sob investigação. Importante não ser confundida com defesa pessoal, já que, neste caso, o indiciado possui habilitação técnico-jurídica e está devidamente inscrito na OAB, atuando na qualidade de advogado em causa própria.

O principal meio de exercício da autodefesa do indiciado ocorre no momento do interrogatório, ocasião em que pode contradizer as evidências e indícios a ele atribuídos. Sendo o interrogatório um momento de defesa do indiciado, poderá ele renunciar à participação desse ato, não sendo assim possível obriga-lo a comparecer à Polícia Judiciária para realizá-lo. Antes da Lei nº. 10.792/2003, que alterou o Código de Processo Penal, o

interrogatório era tratado como meio de prova e não como meio de defesa como é considerado a partir de então.

Importante destacar que o indiciado, no momento do seu interrogatório, deve-se fazer acompanhar por seu defensor, sob pena de nulidade absoluta, nos termos da redação dada ao inciso XXI, incluído no artigo 7º da Lei 8.906/1994, pela Lei 13.245/2016.

A autodefesa pode ser afigurada de duas formas: positiva ou negativa.

Ocorre autodefesa positiva quando o indiciado é chamado a se manifestar no Inquérito Policial, como no caso de interrogatório policial, reprodução simulada dos fatos, fornecimento de material genético, entre outros, ou mesmo, de forma proativa, quando atua em sua defesa praticando atos que busquem evidenciar a improcedência dos fatos e evidências a ele atribuídas.

Já, a autodefesa negativa se observa na situação em que o indiciado é instado a se manifestar, como, por exemplo, no interrogatório policial, optando por se manter em silêncio ou se abster de realizar a conduta solicitada, a qual tem por objetivo a coleta de evidências ou provas, amparado no direito constitucional ao silêncio e de não produzir provas contra si, sem que isso possa ser interpretado em seu desfavor. Portanto, trata-se de um atuar de modo negativo, a partir do qual o investigado se nega a declarar, a contribuir com as investigações, a se submeter a intervenções corporais, a participar de reconstituições, acareações, reconhecimento fotográfico e outros atos investigatórios que possam produzir provas contra si mesmo.

O instituto da autodefesa encontra amparo na legislação ordinária e na própria Constituição Federal de 1988, sobretudo em seu art. 5º, incisos LV e LXIII¹⁰⁶.

A autodefesa, positiva ou negativa, deve manifestar-se de forma espontânea e sem qualquer tipo de tortura física ou psicológica, sob pena de restar eivada de ilicitude e contaminar, desse mesmo vício, as evidências e provas que dela derivam, sendo, portanto, imprestável à Investigação Criminal e subsequente processo penal.

¹⁰⁶ Os incisos LV e LXIII do artigo 5º da CF de 1988 acentuam: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

3.2.3 Paridade de armas na fase preliminar do processo penal

Todas as inovações constitucionais e legais sobre a defesa na fase preliminar do processo penal, devidamente apontadas neste estudo, buscam assegurar ao investigado a possibilidade de atuar ativa e efetivamente em sua defesa nessa fase e, também, equilibrar a atuação da acusação e defesa.

O Ministério Público conta com todo aparato estatal e legal em prol de sua atuação durante a Investigação Criminal, podendo requisitar instauração de inquérito, realização de diligências e perícias, além de outras ações voltadas à coleta e produção de provas. Aliada ao poder requisitório do Ministério Público está a característica da Investigação Criminal de ser inquisitória, motivo esse que, para parte da doutrina e jurisprudência, praticamente inviabilizaria a atuação da defesa nessa fase.

Em razão de notória e histórica desigualdade é que a Constituição Federal de 1988 assegurou aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa. Portanto, as autoridades que presidem as investigações criminais, em respeito aos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, devem oportunizar ao investigado uma Investigação Criminal revestida justamente pelo contraditório e ampla defesa, buscando garantir, assim, a igualdade entre o órgão acusador e a defesa.

Embora não adotada e regulamentada no Brasil, há doutrinadores que defendem que a investigação criminal defensiva seria um dos meios de reforçar e garantir a paridade de armas entre o investigado e o órgão acusador.

Mesmo com o reconhecimento constitucional e legal da atuação efetiva da defesa na fase de Investigação Criminal e da equidade entre acusação e defesa, o Ministério Público, órgão constitucionalmente responsável pela acusação criminal, com poder legal requisitório de instauração de inquérito policial e realização de diligência, sem qualquer amparo constitucional e infraconstitucional, vem-se imiscuindo diretamente na Investigação Criminal – a ponto de presidir autonomamente essa investigação, agravando ainda mais a disparidade de armas desse órgão acusador com a defesa na fase preliminar do processo penal.

Como já destacado no primeiro capítulo desta dissertação, no Brasil tradicional e legalmente a Investigação Criminal é conduzida pela Polícia Judiciária federal e estadual, por meio do inquérito policial. Tal investigação é presidida por profissional com formação jurídica, denominado de delegado de polícia, cujo compromisso único é com a apuração da verdade real, de forma imparcial e profissional, pois formado em Ciências Jurídicas e qualificado em cursos de formação em técnicas específicas. Já o Ministério Público, além de fiscal da lei, na seara criminal é o titular exclusivo da ação penal pública, responsável por formular a acusação ao autor dos fatos criminosos revelados pela Investigação Criminal. Ao investigado e o seu defensor cabe buscar as provas que corroborem com a tese defensiva e contraditar as provas contra ele apresentadas. E, por fim, com imparcialidade e jurisdição, apresenta-se ao Juiz que irá decidir de acordo com as provas carreadas aos autos do processo-crime, absolvendo ou condenando o acusado.

Portanto, seguindo-se essa linha de raciocínio, o legislador constitucional e infraconstitucional brasileiro apresenta um sistema processual penal que intenta equilibrar a atuação do Estado na persecução penal com a defesa do investigado e acusado. Na primeira fase da persecução penal (fase preliminar do processo penal), encontra-se o delegado de polícia como representante imparcial do Estado na presidência da Investigação Criminal, e dois outros atores importantes, o órgão acusador Ministério Público e do outro o investigado e seu defensor. Já na segunda fase da persecução penal, está o Juiz como presidente do processo penal e, da outra parte, a acusação, também representada pelo Ministério Público, bem como o acusado e o seu defensor.

Em observância às normas constitucionais da CF de 1988, considerada a constituição cidadã, o legislador infraconstitucional e os aplicadores do direito devem buscar o tratamento paritário entre a atuação do órgão acusador e a defesa, não somente na fase processual, mas também na etapa preliminar do processo penal, sob pena de realização de Investigação Criminal em afronta à ordem constitucional vigente.

3.2.4 Investigação Criminal defensiva

Investigação Criminal defensiva é aquela realizada pelo indiciado e seu defensor, na coleta de elementos de provas que revelem a inocência do investigado ou atenuem os fatos a ele atribuídos.

Uma das principais diferenças entre a investigação estatal e a investigação defensiva é que esta não goza de imperatividade e, conseqüentemente, os seus atos são desprovidos de coerção, restando contar com a colaboração espontânea das pessoas e entes públicos ou privados.

No Brasil não há legislação que autorize e regule a realização de Investigação Criminal defensiva. No entanto, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 156/09, que trata do novo Código de Processo Penal, o qual, em seu artigo 13, passa a prever essa possibilidade nos seguintes termos: “É facultado à vítima, ou seu representante legal, e ao investigado identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive indicar pessoas a serem entrevistadas, nos termos do art. 26 deste Código”¹⁰⁷.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em Portugal é admitida a Investigação Criminal defensiva, conforme discorre o doutrinador português Francisco Oliveira, a saber:

O comum do cidadão pode investigar livremente qualquer facto, tendo como única fronteira a da legalidade do seu comportamento. Aliás, não existem no nosso ordenamento jurídico quaisquer limitações à atividade de <<investigar por conta própria>> ou por intermédio de terceiros, pelo que podemos partir da afirmação de um princípio geral da livre investigação dos factos, coincidente com alguns dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, tais como o direito à liberdade individual, o direito de se informar e de ser informado livremente e sem impedimentos, o direito à livre circulação, entre outros¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Artigo 26 do Projeto de Lei 156/09, o novo Código de Processo Penal, que prevê: “Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. § 1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público. § 2º A vítima poderá solicitar à autoridade policial que seja comunicada dos atos relativos à prisão ou soltura do investigado e à conclusão do inquérito, devendo, nesse caso, manter atualizado seu endereço ou outros dados que permitam a sua localização.”

¹⁰⁸ Oliveira, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.31.

De acordo com ele, a respeito da possibilidade de a defesa realizar diretamente Investigação Criminal:

Assim sendo, podemos ainda sustentar a afirmação geral de que, excepto quando tal lhe seja vedado por lei ou por decisão proferida por autoridade legalmente competente, o arguido e o seu defensor poderão livremente investigar factos e circunstâncias, aceder ao local do crime e examiná-lo, entrevistar testemunhas, consultar e copiar documentação a que tenham acesso, guardar bens de sua posse ou propriedade, etc.

Caso seja aprovado o Projeto de Lei do novo código de processo penal, criando a possibilidade de a defesa realizar diretamente atos de investigação, mesmo que com inúmeras limitações, sobretudo quanto ao respeito aos direitos e garantias individuais, bem como pela ausência de imperatividade de seus atos, essa situação ensejará mais um passo em direção à paridade de armas entre a defesa e a acusação, já que esta, como já mencionado, conta com todo aparato estatal e poder de requisição de instauração de Inquérito Policial e realização de diligências.

CONCLUSÃO

A fase preliminar do processo penal, ou seja, a etapa de Investigação Criminal, que, no Brasil, em regra, materializa-se nos procedimentos investigatórios Inquérito Policial e Termo Circunstanciado de Infração Penal, tem por finalidade a apuração da materialidade, autoria e circunstâncias da infração penal.

No Brasil, essa fase preliminar sempre foi tratada como eminentemente inquisitória e sigilosa, tratando o investigado como mero objeto da investigação, desprovido de qualquer direito ou poder de interferir nas investigações, com mera possibilidade de apresentar sua autodefesa durante o interrogatório e requerer à autoridade presidente do procedimento a realização de diligências, ficando a seu critério a sua realização, ou não.

Por esse entendimento –doutrinário e jurisprudencial –, a atuação da defesa do investigado na fase preliminar do processo penal era inócua e sem efetividade alguma, bem como sem qualquer possibilidade de influenciar no resultado da Investigação Criminal.

Do outro lado, está a acusação, no Brasil representada pelo Ministério Público, o qual conta com toda a estrutura estatal, sobretudo policial e pericial, para buscar elementos que corroborem com a sua tese acusatória, evidenciando um completo desequilíbrio e superioridade de atuação em relação à defesa.

Além desse desequilíbrio entre acusação e defesa, com explícita superioridade de armas da primeira, a situação do investigado era extremamente agravada pelos excessos e abusos de autoridade praticados pelos responsáveis pelas investigações criminais, resultando em graves violações de direitos humanos. Mesmo nesses casos graves, a defesa dos investigados encontrava sérias dificuldades de atuar, por sequer ter acesso ao procedimento investigativo e ver os seus pleitos indeferidos pela autoridade presidente da Investigação Criminal lastreados simploriamente em sua discricionariedade.

Essa realidade fática e cultural do tratamento do investigado na fase preliminar do processo penal começa a mudar a partir do reconhecimento, pelo constituinte originário, na Constituição Federal de 1988, a denominada Constituição Cidadã. Diversos direitos e garantias foram materializados na nova Constituição com o objetivo de limitar a atuação do Estado protegendo os cidadãos de seus arbítrios. Já em seu artigo primeiro, afirma ser um dos

fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Depois, em seu quinto artigo, em dezenas de incisos, elenca diversos direitos e garantias aos cidadãos como verdadeiros limitadores a atuação do Estado. Entre eles, explicitamente, estão os princípios do Devido Processo Penal, do Contraditório e da Ampla Defesa. Para o atendimento ao princípio do Devido Processo Legal é imprescindível a observância do Contraditório e da Ampla Defesa.

A partir da Constituição Federal de 1988, de forma lenta e ainda tímida, o legislador infraconstitucional passou a editar leis que autorizem a atuação da defesa do investigado durante a Investigação Criminal, como as previstas no art. 7º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), sobretudo por sua recente alteração levada pela Lei nº 13.245/2016.

As autoridades que atuam na primeira fase do processo penal – Juiz, Promotor de Justiça e Delegado de Polícia – devem balizar a sua atuação pelos preceitos constitucionais e legais já existentes e que já asseguram a atuação mais efetiva da defesa na fase preliminar do processo penal. Diversas medidas restritivas e situações constrangedoras podem ocorrer ainda durante a Investigação Criminal. Por meio de medida cautelar, o investigado pode ter a sua liberdade completamente cerceada ou limitada, os seus bens apreendidos, a sua privacidade invadida por meio de interceptação telefônica ou telemática, entre outras medidas. É possível ainda que a sua reputação seja gravemente atingida pela investigação, sobretudo quando resulta em indiciamento, pois, nesse momento, a autoridade presidente, por despacho devidamente fundamentado, atribui a ele a provável autoria da infração penal sob investigação.

Para atendimento aos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, a autoridade presidente do procedimento investigatório criminal, em regra o delegado de polícia, deve procurar o equilíbrio entre a eficiência e a efetividade da investigação com a concreta participação do investigado e de seu defensor na fase de investigação, sob pena de se verificar uma investigação eivada de vícios de inconstitucionalidade.

Já em relação à atuação da acusação e defesa na fase preliminar do processo penal, mesmo com a evolução de tratamento constitucional e legal da defesa, é de extrema importância que os dispositivos constitucionais e legais já referidos sejam interpretados com a

finalidade de buscar o equilíbrio de armas entre ambos, considerando ainda a hipossuficiência financeira e material da defesa.

Outro ponto de atenção que se deve ter na fase preliminar do processo penal é o de garantir o modelo trazido pela Constituição Federal de 1988 quanto à participação dos representantes estatais. Uma instituição pública responsável pela Investigação Criminal, em regra, são as Polícias Judiciárias estaduais e federal, agindo de maneira imparcial na busca da verdade dos fatos. A promoção da ação penal pública também está a cargo do Ministério Público, em face daquele autor revelado pela investigação realizada pela Polícia Judiciária. E, por fim, uma instituição responsável em proferir o direito no caso concreto, condenando ou absolvendo aquele indivíduo identificado é o Poder Judiciário.

No entanto, o que se verifica atualmente no Brasil e precisa ser corrigido, pois à margem da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional por total ausência de previsão, é a atuação inconstitucional do Ministério Público, vem presidindo diretamente a Investigação Criminal. Com essa atitude, viola os direitos e garantias constitucionais do investigado, pois sem atribuição para tal, agravando profundamente o desequilíbrio de equidade entre acusação e defesa, ferindo, assim, de morte o princípio da paridade de armas a ser observado já na fase de Investigação Criminal.

A indispensável instituição do Ministério Público assume a função constitucional de titularidade exclusiva da ação penal pública, de requisição de instauração de Inquérito Policial, de requisição de realização de diligências e, ainda, de controle externo da atividade policial, não tendo razão para se imiscuir diretamente em atividades alheias à sua vocação constitucional e legal.

Do outro lado da estrutura estatal de persecução penal na fase preliminar do processo penal, encontra-se o investigado e o seu defensor, que, como já apontado, anteriormente relegado a um ordinário objeto de investigação. Como também já reiterado, vivemos em outros tempos, tempos de reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e de diversos outros direitos e garantias individuais constitucionais. E é nesse novo tempo que as autoridades públicas devem nortear o exercício de suas atribuições e competências, reconhecendo a necessidade de

se assegurar ao investigado e o seu defensor o direito de efetivamente participar das investigações criminais.

Malgrado a evolução constitucional e legal quanto à necessidade de efetiva atuação da defesa na fase preliminar do processo penal, ainda persiste o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário de que nessa etapa processual é incabível a aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, restringindo sobremaneira a atuação da defesa. Uma fração dessa doutrina e jurisprudência assenta entendimento de que a fase de Investigação Criminal é norteadada pelo sigilo e inquisitorialidade, sem possibilidade, portanto, de aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Já outra parcela, menos radical, embora comungue da inaplicabilidade dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, admitem uma maior participação da defesa em alguns atos de Investigação Criminal.

Pelas pesquisas e análises realizadas no presente trabalho, restaram inequívocas a possibilidade e a necessidade, por imposição constitucional e legal, da aplicação dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa já na fase de Investigação Criminal e, conseqüente ampliação de participação da defesa nessa etapa. No entanto, ainda carece de mecanismos legais que promovam uma verdadeira equiparação de armas da defesa com as que já dispõe a acusação. Nessa perspectiva, está a paridade de armas entre acusação e defesa, constante no projeto do novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei nº 156/2009, já aprovado no Senado Federal e em tramitação na Câmara Federal, prevendo a possibilidade de a defesa realizar diretamente alguns atos de investigação, inserindo no direito brasileiro a denominada investigação defensiva¹⁰⁹.

¹⁰⁹ O artigo 13 do Projeto de Lei 156/2009 (Novo Código de Processo Penal) introduz a investigação defensiva no direito brasileiro nos seguintes termos: “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, toma 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 resguardando 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 de inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.”

Isso não significa que a defesa exercitará esse direito em tempo real em todos os atos de diligências, podendo ser postergada se a natureza da diligência assim o exigir, sobretudo se assim depender sua eficiência e efetividade. Cabe à autoridade presidente da Investigação Criminal agir de forma a equilibrar a atuação imediata da defesa com a efetividade e eficiência das diligências investigatórias.

Por fim, o propósito desta pesquisa não foi o de esgotar a matéria, mas de apresentar os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o campo de atuação da defesa na fase preliminar do processo penal, apresentando a evolução constitucional, infraconstitucional, doutrinária e jurisprudencial sobre esse tema. Também buscamos expor os argumentos voltados à necessidade de uma maior reflexão por parte dos operadores do direito acerca da temática abordada, principalmente em face de sua importância e do impacto negativo na vida das pessoas, bem como a impreteribilidade de se respeitar os direitos e as garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal, dignos de reflexos no ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório – O novo papel do ministério público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. In: BENJAMIN, Antônio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, vol.6., São Paulo: RJ, 1993.

ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 1973.

ÁLVARES, Anselmo Prieto e FILHO, Wladimir Novaes. **A Constituição dos EUA anotada**. São Paulo: LTr, 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NRB 10520: informação e documentação: citações em documentos; apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.

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

_____. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. **A incidência do contraditório no inquérito policial**. Editora Edimor.

BARROS, Marco Antônio de Barros. **Busca da verdade no processo penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. São Paulo: Pillares, 2008.

BIASOTTI, Carlos. **Advocacia criminal. Teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008.

BINDER, Alberto M. **Introducción Al Derecho Procesal Penal**. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires:AD-HOC, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Estado Social e Estado Liberal**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAZ, José. **Investigação Criminal: a organização, o método e a prova – Os desafios da nova criminalidade**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRODBECK, Rafael Vitola. **Inquérito policial. Instrumento de defesa e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

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

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **O Princípio da paridade de armas no processo penal – A igualdade de partes em face da investigação criminal pelo ministério público e pela defesa**. São Paulo: Empório do Direito, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Tradução, José Antônio Cardinalli. **As misérias do processo penal**. Itú: Servanda, 1995.

_____. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Revista Consultor Jurídico. Nov 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 20/09/2017

CHOUKE, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Polícia e estado de direito na américa latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: RT, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Yuri Carneiro. **Sistema e princípios constitucionais tributários**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1282>. Acesso em: 11 jul. 2017.

COKE, Edward. **Institutes of the Laws of England**. London: 1648.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileira**. Revista de Estudos Criminais, ITEC, Porto Alegre, nº, 2001.

DEZAN, Sandro. **Investigação criminal conduzida por delegado de Polícia**. Curitiba: Juruá, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: RT, 2016.

DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2012.

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

FERNANDO, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel. **Curso de Direito Constitucional**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo**. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Bonsucesso: Nau Editora, 2013.

FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação privada na investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil – Conceito e princípios gerais à luz do Código revisto**: Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Prova Penal. Estado Democrático de Direito: valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal**. São Paulo: Letras e Conceitos Ltda, 2015.

_____. **Reformas do processo penal – Considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **Juizados especiais criminais Lei 9.099/95. 3ª ed. 2009.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Maria Laura Magalhães. **O crime organizado na visão da convenção de palermo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e ampla defesa.** Curitiba: Juruá, 2010.

GRANDINETTI, Luis Gustavo; CASTANHO de Carvalho. **Processo penal e constituição – Princípios constitucionais do processo penal.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal.** 8ª ed. São Paulo: RT 2004.

GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. **Análise garantista do indiciamento no inquérito policial.** Revista Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19166>. Acesso em: 27 set. 2017.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário.** Col. Del Rey Internacional – Vol. 6. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

INELLAS, Gabriel Cesar Z. de. **Como advogar no crime.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JORGE, Estevão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais.** Campinas: Millennium, 2015.

KHAELED JR., Salah Hassan. **Busca da verdade no processo penal.** Para além da ambição inquisitorial. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

KLEVENHUSEN, Renato Braga. **Direitos fundamentais e novos direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 2ª ed. Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LOPES, Maria da Glória. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal, Vol. 1**, 2ª ed. Campinas: Millennium, 2009.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MEIRA, José Boanerges. **Inquérito Policial**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)**. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, tomo IV.

MIRZA, Flávio. **Advocacia Criminal – Direito de defesa, ética e prerrogativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MANGONE, Kátia Aparecida. **A Garantia Constitucional do Contraditório e a sua Aplicação do Direito Processual Civil**. Revista de Processo. São Paulo, n. 182, abr, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

_____. **Direitos humanos fundamentais – Teoria geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

NOWAK, John E. ET al. **Constitucional Law**, 2ª ed. Saint Paul Minn.: West Publishing Company, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16^a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal** – Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal, aspecto material**. Curitiba: Juruá, 2004.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal, uma introdução jurídico-científica**. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Introdução às ciências policiais: A polícia entre ciência e política**. Coimbra: Almedina, 2015.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. **Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana**. In: SILVA, Marco Antônio Marques da; MIRANDA, Jorge. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

ROVEGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas: Bookseller, 2005.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2007.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

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

SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdade e garantias**. Coimbra: Coimbra, 2012.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **Investigação criminal especial. Seu regime no marco do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antônio Montella; RUARO, Regina Linden. **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, M. **Metodologia científica para a elaboração, escrita e apresentação de Teses**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal, V. II**. Lisboa: Verbo, 1999.

_____. **Curso de processo penal, V. I**. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Igualdade na Persecução Criminal: Investigação e produção de provas nos limites constitucionais**. In: Processo Penal e Garantias Constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal. Due process of law**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Paulo Alexandre Fernandes. **Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia.** Coimbra: Almedina, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, José Barcelos de. **A defesa na polícia e em juízo.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: II giudice e La costruzione dei fatti.** Roma: Editori Laterza, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal Vol. 1,** 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo Penal Vol. 2,** 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Indiciamento e qualificação indireta – Fase da investigação criminal.** Revista dos Tribunais, n. 571, 1983, p. 292-294.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da polícia: prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

_____. **Teoria geral do direito policial.** 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “processo ao retrocesso”.** São Paulo: Almedina, Brasil, 2010.

_____. **Direito penal do inimigo e o terrorismo. O progresso ao retrocesso.** Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Processo Penal – Tomo I.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Do mandado de detenção europeu.** Coimbra: Almedina, 2006.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal.** Vol. 02, Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

WEBER, Cristiano. **O advogado diante da inquisitorialidade do inquérito policial.** São Leopoldo: Oikos, 2009.