



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÉSSY DAIENY FERREIRA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A GARANTIA CONSTITUCIONAL
DA ISONOMIA DE DIREITOS E PRINCÍPIOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

BARBACENA
2017

JÉSSY DAIENY FERREIRA

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A GARANTIA CONSTITUCIONAL
DA ISONOMIA DE DIREITOS E PRINCÍPIOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof. MsC. Delma Gomes
Messias

**BARBACENA
2017**

Jéssy Daieny Ferreira

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: A GARANTIA CONSTITUCIONAL
DA ISONOMIA DE DIREITOS E PRINCÍPIOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. MsC. Delma Gomes Messias
Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Álvaro Lima Guimarães Costa
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Montalvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade desta autora, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, a Orientadora Prof. MsC. Delma Gomes Messias, isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 22 de novembro de 2017.

Dedico este trabalho a todos que me auxiliaram durante esta caminhada acadêmica, em especial, à minha mãe, ao meu pai e a minha irmã que sempre demonstraram orgulho pelas minhas conquistas.

Agradecimentos

A minha família, acima de tudo, pelo amparo, força e incentivo.

A minha orientadora pela sua dedicação e disponibilidade.

A todos que colaboraram de uma maneira ou outra durante a trajetória de construção deste trabalho, meu muito obrigado!

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.” (Eduardo Juan Couture)

Resumo

Diante do padrão que se espelha de um processo justo, colocando como parâmetro o que se interpreta no meio democrático e constitucional, é notório que o conceito real de justiça, proporciona um papel fundamental ao direito de defesa, representando não somente o aspecto do direito ao contraditório, mas também permitindo seu desenvolvimento e implementação de uma forma ampla, a possibilitar que a defesa tenha oportunidade de iniciar a persecução, já garantindo seus mecanismos e métodos de defender-se quanto às imputações que lhe são feitas. A Investigação Defensiva é um procedimento que visa justamente à possibilidade do imputado poder fazer a investigação de uma forma direta, através de seu defensor, na qual poderá apurar fatos e reunir elementos para ao final servir para a convicção dos fatos apresentados. Esse procedimento vai em direção ao que se prega na Constituição Federal; até mesmo garante a eficácia e a atuação de princípios nela contidos. Cabe destacar ainda, que a implementação de tal procedimento vai permitir que o imputado tivesse mais segurança jurídica em relação a toda persecução penal, e com isso, se encontrar em grau de igualdade desde o início das fases processuais. Assim, pode-se perceber que a adoção dessa medida/procedimento no ordenamento jurídico brasileiro, trará grandes benefícios, não só para a defesa, mas para todo o processo penal. Esse método de investigação já se encontra apresentado no projeto de Lei 156/2009.

Palavras-chave: Princípio da Isonomia. Direito Penal. Código de Processo Penal. Direito de Defesa. Investigação Defensiva.

Abstract

Before the pattern that it is mirrored of a fair process, placing as parameter that is interpreted in the democratic and constitutional way, is well-known that the real concept of justice, provides a fundamental paper to the defense right, representing not only the aspect of the right to the contradictory, but also allowing your development and implementation in a wide way, to make possible that the defense has opportunity to begin the persecution, already guaranteeing your mechanisms and methods of defending with relationship to the imputations that are done him/her. The Defensive Investigation is a procedure that seeks to the possibility of the imputed exactly to make the investigation in a direct way, through your defender, in the which can clean facts and to gather elements for at the end to be for the conviction of the presented facts. That procedure is going in direction to the that preaches her in the Federal Constitution; even it guarantees the effectiveness and the performance of beginnings in her contained. He/she/you fits to still detach, that the implementation of such procedure will allow that imputed he/she had him/it more juridical safety in relation to every penal persecution, and with that, to meet in degree of equality since the beginning of the procedural phases. Like this, it can be noticed that the adoption of that way in the Brazilian juridical laws, will bring great benefits, not only for the defense, but for whole the penal process. That investigation method one already find presented in the bill 156/2009.

Keywords: Beginning of Isonomia. Penal right. Code of Penal Process. Right of Innocent. Investigation prevention.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	12
2.1	A investigação criminal.....	12
2.2	A investigação criminal adotada no Brasil	14
2.3	O inquérito Policial/ instrumentalidade.....	16
2.4	A eficácia probatória do inquérito policial	19
2.5	O inquérito policial frente ao garantismo penal	21
3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PERSECUÇÃO PENAL.....	24
3.1	O Devido processo legal, sob o crivo do Processo Penal e Constitucional.....	24
3.2	Princípio da Presunção de inocência	25
3.3	Princípio do Contraditório e da ampla defesa e o garantismo na investigação.....	26
3.4	A discricionariedade da autoridade policial diante do princípio da paridade de armas.....	29
4	DELIMITAÇÃO DO TEMA: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	32
4.1	A investigação criminal defensiva sob o crivo da igualdade	34
4.2	Julgamento imparcial.....	36
4.3	O embasamento da denúncia frente à adoção desta medida.....	38
4.4	Dos benefícios e da eficiência da investigação defensiva	41
5	A EXPERIÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	44
5.1	Modelo norte americano.....	44
5.2	Modelo italiano (nosso paradigma)	45
6	A IMPLEMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ATUAL SISTEMÁTICA DO BRASIL	48
6.1	A implementação da investigação criminal defensiva no CPP brasileiro	48
6.2	O Estado e a estrutura quanto à implementação da investigação defensiva	50
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 INTRODUÇÃO

No atual modelo brasileiro, verifica-se que o processo penal é constituído por duas fases, primeiramente constata-se a investigação preliminar que é dotada de regras específicas e características inquisitoriais, na qual será objeto de estudo posteriormente e a fase processual penal que tem como característica o sistema acusatório.

O presente trabalho visa mencionar e questionar sobre o atual sistema investigatório no Brasil, com ênfase na defesa do indivíduo, em busca da atuação do princípio da isonomia; posto que a investigação adotada atual é a investigação criminal acusatória. A abordagem pautar-se-á na defesa, quando a investigação fica prejudicada, colocando em pauta que a investigação é o ponto inicial da ação penal e o que leva o titular da ação a promover a denúncia ou a queixa.

Cabe salientar ainda, que será mencionado sobre os objetivos e a necessidade de ser adotado no País esse método, visando à igualdade entre as partes desde o início da ação penal, sendo que é garantido constitucionalmente essa isonomia entre as partes, observando que a defesa terá o mesmo direito de ir a fundo sobre as provas e apurar detalhes que às vezes passam despercebidos pela acusação.

Há de se considerar que apesar da legalização da matéria, com o PLS 156/2009, que traz o novo Código de Processo Penal Brasileiro, a investigação criminal defensiva já pode ser aplicada no atual ordenamento jurídico, frente às garantias e direitos individuais previstos na Constituição Federal de 1988, já que não há nada que proíba sua aplicação.

O direito de defesa frente à investigação, em seus dois aspectos tanto de defesa técnica como autodefesa também incidirá na fase pré-processual, encontrando amparo não só no texto constitucional, mas também no Artigo 14 do Código de Processo Penal, que permite a requisição de diligências pelo indiciado.

Pode-se concluir, que o propósito deste trabalho é analisar os aspectos e as possibilidades do imputado/indiciado poder fazer sua própria investigação diretamente, através dos meios legais, ou seja, por meio de seu defensor e de acordo com os parâmetros legais, para assim reunir elementos de convicção que possam ser favoráveis durante a persecução penal.

2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

2.1 A investigação criminal

A investigação criminal, prevista expressamente no Art. 144 da Constituição Federal de 1988, encontra-se regulada no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) e em legislação especial esparsa. É a primeira fase da persecução criminal, também chamada de fase pré-processual.

Essa fase de investigação se realiza por meio de um procedimento administrativo denominado Inquérito Policial que é presidido por uma autoridade policial, tendo como objetivo o requerimento de diligências e a apuração de indícios de autoria e prova da materialidade do delito.

Entendemos, assim, que a investigação criminal, em sentido amplo, é toda atividade que é realizada pelas autoridades policiais competentes, para se apurar o início da verdade dos fatos alegados pela notícia de um ilícito penal através de vestígios, cabendo ressaltar que esses indícios e provas colhidas servem somente como elementos informativos para embasar uma eventual peça acusatória, não podendo formalizar por si só, o convencimento do juiz.

O termo “investigação” vem do vocábulo latino *investigare*, que significa averiguação sistemática de algo, apuração de determinada coisa ou situação. Entende-se que a investigação tem como objetivo “a obtenção de dados informativos para que o órgão acusatório examine a viabilidade de propositura da ação penal”.(SILVA, 1998, p.451).

Esclarecemos ainda, que a investigação criminal no Brasil ocorre por meio de um procedimento judicial, sendo sua forma instrumental pelo fato de não se integrar por si só, ou seja, deve ter no mínimo elementos suficientes e concretos para elucidar algum tipo de enquadramento delituoso. Dessa forma, o art. 5º, §3º, do Código de Processo Penal menciona que qualquer pessoa poderá comunicar a existência de infração penal à autoridade policial, cabendo a esta, antes de instaurar inquérito, verificar a procedência das informações.

Há de se considerar que tais elementos de informações mencionados acima, são aqueles apurados na fase investigatória, em que não há participação diretamente das partes interessadas. Cabe destacar ainda, que nesse procedimento não se vislumbra o crivo do contraditório e da ampla defesa, visto ser um procedimento apenas embasador para eventual configuração de uma ação penal, não podendo o juiz de nenhuma forma utilizar as informações colhidas como forma de prova para ensejar em uma condenação.

Nesse sentido, é que se observa que os elementos colhidos nessa fase são considerados somente como forma de informação, pelo fato de não se vislumbrar o contraditório e ampla defesa, sendo certa a total ausência de defesa nesta fase, o que de alguma forma viola princípios constitucionais e causa um maior empoderamento à parte acusatória, pois é a mesma que fica encarregada de propor ou não à denúncia com base apenas naquilo que foi apurado. Assim, alguns fatos que poderiam de alguma forma beneficiar a defesa e que não é interessante para a parte acusatória apurar, se deterioram no tempo, sem que a defesa possa atuar ou mesmo ter condições de ter acesso a todos esses elementos colhidos.

Deve-se atentar que a fase de investigação criminal não serve unicamente para desvendar o crime e seu autor, mas também para afirmar que não existiu crime. Conforme exposição de motivos do CPP, de 1941, referindo-se ao inquérito policial, "é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos", um verdadeiro filtro processual a serviço da Justiça.

É notório, que pela forma que se procede a investigação criminal adotada no Brasil, não se abre espaço para que a defesa atue e consiga êxito em provar que não existiu crime, visto que, o maior cerne do inquérito é apurar e desvendar o delito, buscando todas as formas de vestígios satisfatórios para a concretização das informações recebidas.

De acordo com os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima¹:

“Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do art. 5º, inciso LV, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. De fato, pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória, sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do art. 5º, LV, da Carta Magna”.

No entanto, tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se manifestou o Supremo²:

“Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”.

Plácido e Silva conceitua investigação, no sentido gramatical, como “a pesquisa de vestígios e indícios relativos a certos fatos para esclarecer ou descobrir alguma coisa” (SILVA, 1998, p. 451).

Para Marta Saad³:

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

² Op. Cit

“O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (...)”.

Diante de tais ensinamentos e divergências que serão posteriormente esclarecidas, é possível definir a investigação criminal como⁴:

“O conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)”.

Diante do acima argumentado, conclui-se que a investigação criminal é uma fase “pré-processual”, pois ocorre antes da formação do processo criminal, sendo realizada por um procedimento judicial, em que se verifica a apuração de elementos de convicção para se constatar uma possível prática delituosa.

2.2 A investigação criminal adotada no Brasil

Na história do Direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. É natural que nas épocas em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade, o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil. (MAURÍCIO, HENRIQUE, 2013).

No Brasil, pode se constatar que predomina o sistema acusatório, pois aqui o que se determina esse critério de investigação é a forma democrática de se lidar e respeitar a liberdade individual. Porém, segundo o ilustre Aury Junior em sua obra Direito Processual Penal, menciona que a doutrina majoritária defende a predominância do sistema misto, onde se predomina o sistema inquisitório na fase pré-processual, e o sistema acusatório na fase processual, isto porque na fase de investigação (pré-processual) não se tem uma amplitude dos direitos individuais, sendo alguns desses direitos e garantias restritos nesta fase, levando-

³ SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴ LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

se por base que no sistema inquisitório predomina-se a supremacia estatal em detrimento dos direitos individuais. (LOPES, 2008, p. 66.).

Segundo Aury Junior⁵:

“Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual”.

Na atualidade, verifica-se que o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção entre o órgão julgador e aquele que acusa; o juiz atua de forma inteiramente imparcial, tratamento igualitário das partes, predominância do contraditório e possibilidade de resistência, destaque para o livre convencimento motivado do julgador, possibilidade de se ter direito ao duplo grau de jurisdição, entre outros direitos nessa linha de raciocínio.

É importante destacar que se traz uma crítica em relação a esse sistema, pois ele não segue o parâmetro de suas características em relação à fase pré-processual, questiona-se aqui, por qual razão não se manifesta o direito do contraditório e da ampla defesa nessa fase? Porque o direito de isonomia nessa fase sofre restrições? Não há elementos e motivos racionais que possam explicar tais limitações, pelo fato de tais direitos serem garantidos até mesmo constitucionalmente. Com isso, verifica-se que somente a adoção do sistema acusatório é fraca, diante de tamanhas restrições.

Cabe salientar ainda, que de acordo com esse sistema, o juiz julga apenas com os elementos que são coletados, formando sua convicção do que se é apurado no início até a fase final. Ora, se o julgador tem por base também o que se é apurado no início (fase de investigação) teria que se garantir também a igualdade de direitos para ambas as partes, para se ter a manifestação da imparcialidade desde o início da persecução penal, garantindo assim o trato digno e respeitoso com o agente, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva da persecução penal.

Aury Lopes Junior⁶, ao descrever sobre este sistema menciona:

“Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade”.

⁵ Op. Cit

⁶ Op. Cit

É de clara evidência que para garantir um sistema mais eficaz, devem-se igualar os direitos e garantias para as partes em ambas as fases, permitindo que tanto a acusação como a defesa já criem métodos e estruturas para uma maior segurança jurídica em toda persecução penal.

O autor destaca ainda que⁷:

“O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. É verificar se o processo efetivamente serve de limite ao exercício de poder punitivo. É condicionar o exercício do poder de punir ao estrito respeito das regras do jogo.”

Ora, traduzindo o que o autor menciona, é notório que esse sistema defende com total firmeza a figura do contraditório, é sim denominado investigação criminal acusatória, porém esse sistema não é caracterizado na sua forma literal da palavra, acusação não quer dizer que apenas a parte acusatória é que pode atuar na investigação, é acusatório, pois, no sentido real da palavra deveria significar que na persecução penal, cada órgão terá seu papel no que lhe cabe investigar, julgar, acusar e defender, esse sim deveria ser o verdadeiro sentido desse sistema para frisar o que tanto defende: a paridade de direitos.

Em melhores palavras, menciona Aury Lopes Jr⁸:

“Dizer democrático é dizer o contrário de inquisitório, o contrário de misto e mais do que acusatório. A distinção deve ser feita a partir da capacidade ou incapacidade de o sistema processual dar respostas afirmativas à compatibilidade com o cenário democrático-constitucional vigente. Nessa linha, o processo penal brasileiro pré-constituição é antidemocrático e precisa ser constantemente adequado à Constituição e à Convenção Americana de Direitos Humanos para atingir o nível de democraticidade necessário para ser considerado um sistema processual penal democrático”.

Nesta linha de pensamento, observa-se que o sistema adotado pelo processo penal brasileiro vem sendo muito criticado por não se vislumbrar um sistema totalmente democrático, visto que, deixa muito a desejar quanto à ausência aos princípios garantidos constitucionalmente, principalmente na fase pré-processual. Precisa-se adotar uma medida mais eficaz e que complemente o que se vivencia socialmente, deixando claro e colocando em prática o que é constitucionalmente garantido.

2.3 O inquérito Policial/ instrumentalidade

O inquérito Policial, segundo o autor Renato Brasileiro de Lima⁹:

⁷ Op. Cit

⁸ Op. Cit

“É um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo”.

O inquérito é definido como instrumento preliminar, não é tido como um procedimento totalmente investigatório, pois, deve-se atentar ao fato de que não são feitas todas as investigações necessárias e definitivas para uma real apuração inicial, e por isso é incoerente defini-lo como um procedimento investigatório na íntegra.

De acordo com Aury Lopes Jr o termo “instruir” vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Por isso, ao vocábulo “instrução” deve-se acrescentar o “preliminar”, para distinguir da instrução realizada também na fase processual – instrução definitiva – e apontar para o caráter prévio com que é levada a cabo. “Preliminar” vem do latim – prefixo *pre*(antes) e *liminaris* (umbral da porta) – expressando claramente que essa instrução vem antes da porta, antes do processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2014,p. 175)

O autor expressa em sua obra uma crítica ao termo investigação, sendo esse termo utilizado pela doutrina para denominar a fase pré-processual, porém, nas palavras do mesmo, o inquérito é definido como¹⁰:

“O conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo”.

No modelo brasileiro o inquérito tem natureza facultativa, ou seja, ele não é imprescindível para se originar em um processo penal, claro, se de outro modo for possível apurar a situação da notícia crime. É evidente que se precisa de uma ‘investigação’ preliminar da situação apresentada, até mesmo para não ensejar em um processo infundado e constrangedor.

Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2014) uma das maiores críticas que se faz ao Inquérito Policial é a repetição na produção da prova. O inquérito policial é normativamente sumário, inclusive com limitação quantitativa ou temporal, mas o que sucede na prática é que ele se transforma de fato em plenário. Essa conversão – de normativamente sumário em efetivamente plenário – é uma gravíssima degeneração. A polícia demora excessivamente a

⁹ Op. Cit

¹⁰ Op. Cit

investigar, investiga mal e, por atuar mal, acaba por alongar excessivamente a investigação. O resultado final é um inquérito inchado, com atos que somente deveriam ser produzidos em juízo, e que por isso desbordam os limites que o justificam.

Parte da culpa vem dada pela má valoração dos atos realizados, pois, se realmente fossem considerados meros atos de investigação, não haveria justificativa em estender uma atividade que esgota sua eficácia no oferecimento da ação penal. O problema nasce no momento em que o inquérito acompanha e integra os autos do processo e passa a ser valorado na sentença, ainda que sob a fórmula de “cotejado com a prova judicial”. Esse equivocado entendimento do valor probatório dos atos do inquérito é mais uma causa justificadora da dilação da investigação.

Como explica Manzini, só pode haver uma relação de índole administrativa entre a polícia, que é um órgão administrativo igual ao MP (quando vinculado ao Poder Executivo), e aquele sobre quem recaia a suspeita de haver cometido um delito. Os elementos apurados nesta fase nem poderia formar uma relação introdutória de discussão e embasamento na fase processual, visto que, se trata apenas de uma relação meramente administrativa, na qual se apura apenas fatos instrutórios e não se abre margem para que a defesa atue. (MANZINI, 1951).

O inquérito é um procedimento inquisitivo, onde se é apurado os indícios dos fatos para se chegar a um possível enquadramento delituoso, na qual não se tem a aplicação do contraditório, em que a autoridade policial é que se encarrega de tomar as medidas necessárias para se chegar ao esclarecimento da notícia crime e encaminhar para a autoridade competente para a propositura da ação penal.

Tem como característica ainda, ser um procedimento sigiloso, conforme o disposto no artigo 20 do Código de Processo Penal que menciona “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Porém, essa regra não pode ser considerada como absoluta, posto que, o advogado do indiciado pode tomar conhecimento do inquérito já estando o mesmo concluso, de acordo com o que é previsto no artigo 7º, III do Estatuto da Advocacia. Cabe frisar ainda que o advogado do indiciado ainda possa ter acesso aos elementos de provas no inquérito, desde que os mesmos já estejam documentados (Súmula 14 do STF).

Há de se considerar ainda, que em algumas situações, o sigilo é totalmente absoluto, não abrindo margem de acesso, em casos como na infiltração de agentes de polícia ou inteligência em tarefa de investigação (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.034/95) e no caso de interceptação telefônica (art. 8º, da Lei n. 9.296/96).

É um procedimento solene, deve ser formalizado na forma escrita e presidido pela autoridade policial, sendo a Polícia Judiciária Civil ou Federal, ao qual será presidida a cargo do delegado de polícia aprovado em concursos público, conforme prevê a CF em seu artigo 14, § 4º, juntamente com o artigo 4º, do CPP.

Em regra, não é um procedimento obrigatório, levando em conta que a ação penal poderá ser proposta conforme as informações que demonstrarem indícios de autoria e materialidade delitiva. Assim, quando já houverem indícios suficientes, não será necessária a instauração do inquérito policial.

Pode-se concluir assim, que o inquérito Policial é um procedimento inquisitivo, sigiloso, escrito, prestado por autoridade policial e não obrigatório conforme o caso concreto.

2.4 A eficácia probatória do inquérito policial

O inquérito policial pode ser visto como um procedimento com valor relativo, pois as provas colhidas nesta fase inicial devem ser, via de regra, repetidas e confirmadas no momento processual instrutório, salvo algumas exceções, como a prova pericial que no caso, são irreptíveis.

Assim, tudo que se é apurado como prova durante o inquérito, devem ser novamente apresentadas e renovadas. A razão para ter esse critério de valor é simples e segue parâmetro na Constituição, pois, no inquérito não se viabiliza o contraditório, ou seja, não se pode contraditar provas produzidas durante a fase investigatória. Dessa forma, verifica-se que o inquérito é regido pelo sistema inquisitivo quando somente se produz prova em desfavor do investigado, portanto quando ajuizada a ação penal, haverá, por conseguinte, necessidade de produção das provas sob o amparo do princípio do contraditório.

Desse modo, como já é ilustrado pela jurisprudência, “o inquérito policial tem conteúdo informativo e seu valor probatório é relativo, tendo em vista que as informações colhidas nesta fase não são realizadas sob a égide do contraditório e da ampla defesa”. (TJPR. Apr 0308528-1. 3ª C.Crim. – Rel. Des. Robson Marques Cury. J. 09.03.2006).

Cabe frisar, ainda, que as nulidades cometidas na investigação policial não contaminam a ação penal, *verbis*¹¹:

“Agravos regimental no recurso extraordinário. penal. alegação de contrariedade ao art. 5º, inc. XXXV, LIV e LV, da Constituição da República. Impossibilidade de análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Eventuais vícios ocorridos no inquérito policial: não contaminação da ação penal. precedentes.

¹¹ CURY. Robson Marques. TJPR. Apr 0308528-1. 3ª C.Crim. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.49414>.

Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF. RE 626600 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO. Julgamento: 09/11/2010).

Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria”. (STF – RHC 85286 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 24.03.2006 – p. 55).”

Há de se considerar ainda o previsto no art. 155 do CPP¹², trazida pela Lei nº 11.690/08, *verbis*:

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

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (realçado).”

Quanto às exceções do inquérito policial ser usado como único lastro da sentença condenatória, tem-se¹³:

“Provas cautelares (aquelas fundamentadas na necessidade e urgência), por exemplo: a interceptação telefônica "contraditório diferido", seqüestro de bens, etc.); Provas irrepitíveis (provas de fácil deterioração, por exemplo: vestígios deixados pela infração, perícia no cadáver, no automóvel, etc.); c)Produção antecipada de prova (instauração do incidente de produção antecipada de prova, por exemplo: para ouvir testemunha que viajará ou que está doente).”

O inquérito é tratado como um procedimento limitado na sua forma cognitiva, ou seja, deve-se apurar apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça através da notícia crime, não podendo assim haver qualquer manifestação de discussão de teses, pois, o processo de cognição ampla é reservado na fase processual. O objeto do inquérito policial será o fato transmitido através da notícia-crime ou que resultar do conhecimento adquirido através da investigação feita de ofício pela polícia. No que tange ao conhecimento do fato, deverá ser alcançado através da apuração feita pelo inquérito. Segundo Aury Lopes Júnior (2014) o modelo brasileiro adota o chamado sistema misto, estando limitado qualitativamente e também no tempo de duração.

É notório que diante do atual modelo investigatório, não se vislumbra uma grande eficácia quanto ao que se é produzido nesta fase; não se pode dar uma concretude absoluta diante da ausência de garantias que são restritas no meio investigatório. O inquérito é uma fase limitada e seu valor probatório deveria sim ser considerado mínimo diante da ação penal, o que não se verifica quando se trata do caso prático. Diante desse problema, é necessária uma reforma, para dar uma maior efetividade e elasticidade ao inquérito, viabilizando assim todas

¹² BRASIL. **Código de Processo Penal**: Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹³ Op. Cit

as formas de garantias e direitos para uma maior segurança jurídica no trâmite inicial da persecução penal.

2.5 O inquérito policial frente ao garantismo penal

O garantismo concebe um Estado Constitucional de Direito, o qual deve expressar o sistema de garantias, concebido pela ordem jurídica, em todos seus campos de atuação, de forma efetiva. Na concepção garantista, o Estado não pode se apresentar, em seus atos, de modo diferente daquele constante em seu sistema de garantias. Portanto, o garantismo concebe o Estado constituído, em sua totalidade, envolvendo todas as suas atividades e alcançando todos os seus campos de atuação (FERRAJOLI, 2010).

Partindo desse pressuposto, Cademartori (2007) acrescenta que o Estado de Direito concebido pelo garantismo, é constituído por um sistema de normas que têm presente conteúdos limitadores do poder político. Assim, apresenta um modelo ideal de Estado de Direito que deve servir de modelo para os demais estados, no qual estes devem seguir, sob pena de deslegitimação. Desse modo, os referidos estados devem postular valores que devem apresentar como finalidades, sendo estes considerados como a dignidade da pessoa humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.

Observa-se que o garantismo deve ser pautado tanto na égide de jurisdição constitucional quanto na jurisdição ordinária para a garantia dos direitos inerentes aos cidadãos, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, individuais e metaindividuais. É tratado como garantismo penal, por ter esses direitos, grande relevância e atuação no Direito Penal e no Direito Processual Penal.

Nesse sentido, Pacelli (2011) acrescenta que o garantismo disponibiliza sólidos elementos para a filosofia do Direito Penal e Processual penal, no qual também estabelece limites ao poder de punir, ou melhor, limites estes mais ou menos objetivos para conter a liberdade judiciária.

Nesta esteira de pensamento, podemos constatar que o garantismo penal pode ser visto como *ultima ratio*, ou seja, do mesmo modo que o Direito Penal pela teoria minimalista atua, tutelando assim bens jurídicos de grande relevância e sendo a última solução de situações que não foram resolvidas por outro ramos do direito. Paulo Rangel (2002) ao se referir ao garantismo penal, afirma que é defensor de um Direito Penal Mínimo, que tem por objetivo conter os abusos estatais, devendo sua presença na esfera individual, ser tão somente, subsidiária e proporcional ao referido bem jurídico. Dessa forma, para que a atuação do Direito Penal seja legítima, o Estado terá que se antecipar e adotar outras medidas previstas

em outros ramos do direito para solucionar o referido conflito, posto que, o direito penal somente deve atuar quando não houver outra forma de resolver, em casos extremos e de grade relevância.

Nesse sentido, Ferrajoli (2010) esclarece tal entendimento afirmando que o modelo normativo de direito, principalmente quando se refere ao direito penal, deve ser concebido como um modelo de “estrita legalidade”, que está inserido no Estado de Direito, no qual se caracteriza em três planos, primeiramente o epistemológico, que se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o plano político, que se caracteriza por uma técnica destinada a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, por fim, sob um plano jurídico, que se configura como um sistema de vínculos à função do Estado de punir em garantia dos direitos dos seus cidadãos.

Nessa perspectiva, o Estado de direito deve se submeter a um modelo normativo de validade substancial e possa condicionar legitimamente de seu exercício, porque tais conteúdos determinados são essencialmente substanciais. Para o garantismo, então, considerado o modelo normativo de direito, o Estado deve nascer e se reger no modelo das modernas constituições (FERRAJOLI, 2010).

Assim, percebe-se que o inquérito policial não é visto como um garantismo penal, posto que, o mesmo é considerado um procedimento administrativo destinado apenas a informar ao autor da ação penal acerca da existência do crime e de sua autoria, mas tal procedimento é marcadamente inquisitorial e, por isso, não admite o exercício efetivo do princípio constitucional do contraditório, como previsto no art. 5º, inciso LV, da CF.

Conforme afirma Rangel (2010, p. 94) “o caráter inquisitorial do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial”.

Ferrajoli (2011), ao elaborar sobre a teoria geral do garantismo, em relação à principiologia mencionou que o garantismo é orientado, além de outros relevantes princípios, pelo princípio do contraditório, da defesa ou da falseabilidade, considerando-o como a principal epistemologia da prova, assentando, que esse princípio permite que a defesa possa se manifestar no sentido de solicitar e controlar o método de provas e contra provas; que a falseabilidade que está na base desse princípio, não permite juízos de poder supremo; que esse princípio do contraditório exige, como forma de defesa da presunção de inocência do imputado, o processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado entre as partes contrapostas.

O autor expressa acima que o garantismo penal é regido pelo princípio do contraditório, o que não se verifica na estrutura do inquérito. Dessa forma, cabe ressaltar que no modelo atual acusatório, este princípio deveria ter uma atuação ampla, passando por todas as fases da persecução penal, para assim garantir os direitos inerentes a ambas as partes, passando a exprimir, de forma clara, os valores democráticos, do respeito ao imputado, tendo assim, um maior equilíbrio em relação à acusação.

Dessa forma, Ferrajoli (2011) ressalva que, para que se tenha legalmente uma igualdade de armas entre as partes, faz-se necessário que a defesa tenha as mesmas capacidades e os mesmos poderes da acusação; e também, que sua função de contraditar tenha reconhecimento em todo o Estado e grau do procedimento e em relação a todo ato probatório, bem como, assim seja, referente a todos os atos de colheita de prova, como o reconhecimento aos testemunhos e as acareações, as averiguações judiciais e as perícias ao interrogatório do imputado.

O garantismo penal é visto como uma forma de limitação da atuação do poder estatal, assegurando assim a tutela dos direitos e garantias do indivíduo. A ausência desse benefício no inquérito, causa grande sofrimento e constrangimento ao indiciado, sendo que o mesmo não postula do seu direito de defesa, ficando sujeito ao que o estado investiga, negando-se assim os direitos constitucionalmente garantido e podendo causar infundadas ações penais.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PERSECUÇÃO PENAL

3.1 O Devido processo legal, sob o crivo do Processo Penal e Constitucional

O princípio do devido processo legal é tido sob a ótica constitucional como um instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, é através dele que se concretiza o que se entende por uma jurisdição razoável e eficaz no meio social, legitimando assim, o acesso à justiça, o direito de ação e de defesa e o direito ao processo ou garantias do Devido Processo Legal.

Esse princípio está elencado no artigo 5º, inciso LIV da constituição federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal”. Esse tem por objetivo disponibilizar mecanismos para a população ter acesso amplo à justiça, e com isso viabilizar maiores condições para dar ensejo a uma razoável duração do processo e consequentemente frisar a celeridade.

As principais funções dos princípios são fundamentar as regras jurídicas complementando-as e organizando o ordenamento jurídico. Nesse sentido, (REALE, 1998, p. 306) afirma que: “Aos princípios poderá ser atribuído o fato de condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

Com o exposto acima, fica claro a importância deste princípio no âmbito penal, principalmente nas fases da persecução penal. Ora, se esse princípio fundamenta todo o processo penal porque o mesmo não incide totalmente na fase de investigação, sendo certo que é esta fase que inicia o aparato para se embasar em um processo penal. Não é lógico ter toda uma estrutura baseada em princípios somente no processo, sendo que o mesmo não foi observado na fase inicial da persecução, a qual propicia ensejo para fundamentar o processo.

Há de se considerar que a fase de investigação criminal já é o começo da ampla jurisdição e acesso da sociedade, na qual vão ser apurados elementos que irão servir para embasar a denúncia e consequentemente formar o processo; então é totalmente certo afirmar que é uma afronta aos princípios constitucionalmente garantidos e a ordem jurídica não viabilizar tal princípio já na fase inicial.¹⁴

“Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeira ordem, o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas infraconstitucionais. O Devido Processo Legal é colocado no patamar dos princípios

¹⁴ NERY, Nelson Jr. **Princípios do processo na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

constitucionais gerais. É o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

Assim, de acordo com a doutrina majoritária, o Devido Processo Legal é um princípio fundamental e constitucional expresso na Constituição Federal que funciona como instrumento de garantias processuais aos cidadãos, assegurando a pacificação dos conflitos sociais, um julgamento imparcial, em procedimento regular e o pleno exercício do direito de ação e de defesa

Com isso, é evidente que o devido processo legal deve ser observado em toda fase da persecução penal, sendo que se trata de um princípio que norteia os demais e é constitucionalmente previsto. Não se deve analisar o mesmo somente em sentido restrito, ou seja, deve-se dar ampla abordagem para se enxergar que o mesmo precisa ser interpretado de uma forma mais imponente em todo seu contexto, visto a importância e as garantias que são constitucionalmente de direito do cidadão.

3.2 Princípio da Presunção de inocência

O princípio da presunção da inocência é um dos primordiais a ser observado com eficiência em toda persecução penal, posto que, o mesmo está elencado na nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLII e se trata de um princípio de extrema importância face à sua finalidade que é evitar um real constrangimento ilegal.

Prevê-se na realidade social e atual que todos são considerados presumidamente inocentes, até que se prove ao contrário, porém na realidade que se consta na fase inicial da persecução penal é que esse princípio não é totalmente vislumbrado, ou seja, o princípio sofre restrições, o que de alguma forma viola a CF e ainda causa um constrangimento ao agente que pode a vir não ser necessário.

Há de se considerar que é evidente a limitação deste princípio na fase de investigação, sendo que o agente fica à mercê da autoridade policial, sujeitando-se a tudo que é estabelecido por ela, sem ao menos poder primeiramente ter a chance de ser comunicado por um advogado para então seguir todo o procedimento. Menciona-se aqui que a atuação do advogado nessa fase é até possível, mas com total restrição na prática.

Cabe destacar que no nosso ordenamento jurídico, a regra geral é a preservação da liberdade, sendo que, a prisão é dotada como exceção. Em melhores palavras, a autora Andréa

Maria Nessralla Bahury leciona em seu artigo “Princípio da Presunção de Inocência - Breve Reflexão Crítica” que diz¹⁵:

“A regra geral é que o autor de uma determinada infração penal somente deve ser preso após o transcurso do devido processo legal, cujo provimento final tenha sido uma sentença condenatória com imposição de pena privativa de liberdade, da qual não seja mais possível a interposição de qualquer recurso”.

Nesse contexto, observa-se com preponderância o tamanho do papel que este princípio exerce na esfera penal, não podendo assim deixar de apresentar tamanha indignação pela restrição que o mesmo sofre na fase investigatória, sendo esta, uma fase de grande relevância para a apuração de evidências concretas para ensejar em uma possível ação penal.

Assim, para que haja uma real igualdade, e com isso evitar algum tipo de constrangimento ilegal ao agente, frisa-se aqui a amplitude deste princípio da não culpabilidade na fase de investigação, estabelecendo assim uma harmonia com o que prega nosso Estado maior que é a democracia¹⁶.

“Na prática processual penal, sabem os que lá operam, além dos cidadãos leigos bem informados, que a garantia de que ninguém é culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória acaba por servir como um escudo protetor muitas vezes intransponível. Tal se dá pela interpretação recorrente e equivocada de que os princípios constitucionais fundamentais são aplicados na metodologia “tudo ou nada” e de que eventuais concessões e mitigações à amplitude da garantia significariam, de per se, um retrocesso inominável a um regime ditatorial e autocrático, muitas vezes até propalado retoricamente como fascista”.

3.3 Princípio do Contraditório e da ampla defesa e o garantismo na investigação

O Garantismo penal, idealizado por Luigi Ferrajoli em sua obra, Direito e Razão – Teoria do garantismo penal, procurou ampliar o aspecto da liberdade do indivíduo e mitigar o abuso punitivo estatal, estabilizando um meio termo no relacionamento penal, entre o indivíduo e o Estado. Cabe ressaltar, que o contraditório e a ampla defesa são princípios que trazem esse ‘garantismo’ de uma forma eficaz e, conseqüentemente, a ausência deles causam grande prejuízo na amplitude de toda uma persecução.

É de total certeza que gera um grande impacto na vida do agente por esses dois princípios não se encaixarem na fase inquisitorial, qual seja, a fase inicial da persecução penal, sendo tal fato um tamanho equívoco, visto que, tais princípios são constitucionalmente previstos e deveriam ser observados em todas as fases penais. Ora, se o que se apura na

¹⁵ BAHURY, Andréa Maria Nessralla. **Princípio da Presunção de Inocência - Breve Reflexão Crítica**. Disponível em: < <http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/30896/principio-da-presuncao-de-inocencia-breve-reflexao-critica>>

¹⁶ Op. Cit

investigação é o que se baseia uma possível denúncia, deveria desde o começo se vislumbrar a amplitude destes princípios, para assim fundamentá-la com isonomia de direitos para ambas as partes.

Esse modo de investigação, mitigando os princípios do contraditório e da ampla defesa é notoriamente fora do contexto atual, acaba por ser uma forma de abuso do poder estatal, pois de uma forma ou outra esta restringindo garantias e direitos que são constitucionalmente assegurados.

No atual cenário de nosso ordenamento jurídico, não se pode mais tratar o investigado como objeto de direito, mas, sim, como sujeito de direitos, o que apenas reforça a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação, sempre que possível e que não for prejudicial às investigações.

Cabe destacar que se percebe que há uma falha quanto à mitigação desses princípios nesta fase, posto que, o ente estatal utiliza da ausência dos mesmos na investigação para atuar de uma forma mais abusiva e assim negar qualquer forma de defesa concreta que possa a vir ser benéfica ao agente.

Lopes Júnior¹⁷ ensina que:

“O valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente servem para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento da administração da acusação, para justificar o processo ou o não processo (arquivamento)”.

De acordo com as palavras do autor, verifica-se que a fase de inquérito deveria ter apenas cunho realmente inquisitorial, deveriam servir apenas para meras presunções dos atos a serem posteriormente provados com concretude, porém, não é o que se presencia na prática, sabe-se que o valor do inquérito tem um grande peso para ensejar na condenação do agente, e é na fase inquisitorial é que os elementos de provas estão possivelmente cristalizados, na qual, seria desde o início um momento oportuno para já inserir o direito de poder exercer o contraditório e a ampla defesa, para ambas as partes se valerem de métodos que possam ser favoráveis, claro, na medida em que não atrapalhe a investigação, e assim, até mesmo evitar um possível processo infundado.

Ora, afirmar que esse procedimento investigativo não serve à sentença final é omitir em absoluto a sua verdadeira função, haja vista que em muitos casos o Juiz forma o seu convencimento com base neste instrumento, o que é permitido, inclusive, pelo próprio Código de Processo Penal (art. 155). Assim, é a lição de Renato Brasileiro¹⁸:

¹⁷ Op. Cit

¹⁸ Op. Cit

“Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador”.

Analisando o supramencionado dispositivo constitucional, leciona Dirley da Cunha Junior¹⁹:

“Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado desatino garantir instauração formal de processo e não se assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cerceado; ademais, também não haveria qualquer indício de razoabilidade e justiça numa decisão quando não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa.”

Neste contexto, fica claro que o inquérito acaba fundamentando muitos casos já no próprio processo formado, e com isso fica mais evidente ainda a inserção do direito do contraditório e da ampla defesa nessa fase, visto que, a mesma pode vir embasar a sentença. É uma total violação mitigar esses princípios na fase inicial, onde o agente pode vir a conseguir provas que possam ser benéficas e com isso ter uma melhor defesa em relação ao momento processual.

Nas lições de Brasileiro de Lima, a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta, afinal, a ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos do contraditório, qual seja: o direito à informação. Dito isso, podemos afirmar que o investigado tem direito à ampla defesa em seus dois aspectos: a-) positivo – pode-se utilizar de todos os meios que lhe permitam confrontar os elementos de prova que digam respeito à autoria ou materialidade da infração; b-) negativo – consiste na não produção de elementos de prova que possam lhe ser prejudiciais (v. G. Não fornecimento de material gráfico para a realização do exame grafotécnico, não submissão ao exame do etilômetro etc).

Diante do exposto, nas palavras de Francisco S. Neto, dentro de uma visão constitucional do Direito, nos parece que toda a persecução penal deve se pautar pelos valores e princípios previstos na Constituição da República, o que acaba por legitimar a aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o Inquérito Policial, desde que, por óbvio, não haja qualquer prejuízo à eficácia das investigações. Apenas nesse último caso o contraditório será diferido ou postergado. De resto, cabe ao Estado zelar pela sua observância, pois só assim o seu direito de punir será exercido de maneira legítima.

¹⁹ Cunha Júnior, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador, Juspodvim, 2016

3.4 A discricionariedade da autoridade policial diante do princípio da paridade de armas

Tem-se por base, que o princípio da paridade de armas tem como cerne a igualdade entre as partes, e é uma garantia constitucionalmente prevista. Esse princípio deveria ser observado e utilizado em toda persecução penal para uma maior segurança dos envolvidos, mas equivocadamente, o mesmo não é de total constatação na fase pré-processual.

Sabe-se que no nosso ordenamento jurídico, a fase inquisitorial se trata de uma fase administrativa, onde o maior destaque é a discricionariedade da autoridade policial em presidir o inquérito da forma que lhe aprouver. O agente e seu defensor ficam sujeitos ao que lhe é repassado, não tendo muito que questionar perante essa fase. Ora, é muito claro que a fase pré-processual da persecução penal é tão decisiva para a concepção da ponderação final, quanto é para a abertura e elucidação da ação penal. Portanto, não se trata de peça meramente informativa e sim de uma instrução preparatória da ação penal, na qual será uma grande influência na decisão.

Entende Mirabete²⁰:

“O inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal. Entretanto, nele se realizam certas provas periciais, que, embora sem a participação do indiciado, contém em sim maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campos para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas favor idêntico aos das provas colhidas em juízo. O conteúdo do Inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial”.

A contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser um elemento decisivo do processo penal, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal.

Ao comparar o sistema processual brasileiro com o italiano, pode-se constatar que o Código de Processo Penal Italiano permite ao acusado, por meio do advogado, a realização de prova na fase extrajudicial, por intermédio de entrevista pessoal e informal de iminentes testemunhas, arrecadação de declarações escritas com a possibilidade de impor crime de falso testemunho se a declaração for falsa, solicitar ou elaborar por meio de assistentes técnicos laudos periciais, examinar coisas ou vistoriar lugares públicos e privados, dentre outros. Esse

²⁰ Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de direito penal. São Paulo, Atlas, 1991

privilégio é uma demonstração do direito do acusado em tomar parte de todos os atos da investigação pré-processual (RABELO; *et al.*, 2011, p. 02).

Já no Brasil, a Constituição da República de 1988 deu uma nova interpretação no que diz respeito ao contraditório e a ampla defesa pelo acusado e litigantes na fase do inquérito policial, pois a mesma assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório não só no âmbito do processo judicial, mas também ao processo administrativo (BARBOSA, 2011, p. 08).

O princípio do livre convencimento motivado do presente sistema processual permite que o magistrado tenha liberdade intelectual desde que corroborado com os elementos contidos nos autos e acompanhado da obrigação de fornecer à motivação que o levou a decisão tomada, assim os dados e situações colhidos pela autoridade policial no decorrer do inquérito, sempre podem ser empregados para contribuir com a fundamentação da decisão (ALMEIDA, 2012, p. 2500).

Diante do apresentado, percebe-se que o agente e seu defensor, sofre grande constrangimento quanto ao que se refere ao princípio que rege a igualdade na fase pré-processual, fase esta, que influencia sim na hora da decisão final, ficando os mesmos à mercê do que a autoridade policial estabelece não podendo nem mesmo ter acesso no que é realmente apurado. Há de se considerar que, o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade da produção de provas no inquérito policial, bem como mostra ser elemento decisivo para esclarecer os fatos e convencer o Ministério Público, pois não só aborda uma garantia ao acusado, como também dá uma segurança ao julgador que analisará um procedimento respaldado nas garantias e direitos fundamentais constitucionais²¹.

“No âmbito dos inquéritos policiais e originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração de fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado (HC 90.232/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 2.3.2007; HC 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 24.9.2004). Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assegurado à amplitude do direito de defesa em sede de inquéritos policiais e originários, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais”.

Ao se conjugar o art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal e o art. 14 do Código Processual Penal, percebe-se que há um respaldo para a fundamentação legal para garantir ao acusado a sua participação ativa no inquérito policial produzindo provas e exercendo a ampla defesa e o contraditório. Por todo exposto, é evidente a tamanha

²¹ Op. Cit

importância que o princípio da paridade de armas representa diante de toda persecução penal e deve ter total atuação na fase inicial, posto que, o mesmo garante as partes uma segurança jurídica de igualdade, podendo ambas fazer jus do seu direito de defesa, de argumentação e de livre apreciação e produção de provas que possam, futuramente, se caso evidenciar uma ação penal, ter uma maior amplitude de defesa e esclarecimento de fatos, que muitas vezes são elucidados de forma abusiva por não haver a constatação deste princípio na fase que inicia e da base para a ação penal.

Por fim, os objetivos, portanto, da produção de provas pela defesa no inquérito policial, visando este princípio, seriam: o afastamento de uma imputação injusta na fase preliminar da persecução penal, conseqüentemente de uma eventual ação penal infundada; igualmente, caso se prosseguisse a ação penal, que o indivíduo tenha a seu favor os resultados da investigação privada, não só aos autos da investigação pública; garantir a paridade de armas, gerando um equilíbrio de provas, em face da investigação do Ministério Público; em fase da ação penal, os resultados da investigação defensiva serviriam para ampliar o campo cognitivo do magistrado, afim de que este tome a decisão mais justa e imparcial possível.

4 DELIMITAÇÃO DO TEMA: A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Entende-se por investigação defensiva, o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.

A investigação criminal defensiva já esta estabelecida no novo projeto de processo penal e de acordo com o mesmo, passará a ser facultado ao investigado através de seu advogado constituído ou defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos tomar a iniciativa de identificar fontes de provas em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Essa medida tem por fundamento à garantia da isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa, com isso em homenagem a esses princípios citados, o investigado por meio de seu defensor pode tomar a iniciativa de identificar fontes de provas em seu favor, em prol de sua defesa.

A investigação criminal defensiva tem a capacidade de levar a defesa à possibilidade de participação mais incisiva na fase pré-processual, trazendo as garantias constitucionais de proteção do acusado/imputado à investigação policial e, estabelecendo uma igualdade entre acusação e defesa. A investigação tendenciosamente acusatória é cada vez mais comum na prática criminal. Numerosos casos revelam que o investigado é indiciado sem existir qualquer indício comprobatório de autoria, ou, ao menos, nada de concreto. Ou ainda, algum erro na ocorrência policial e posterior inquérito. Apesar disso, pode ser denunciado pelo titular da ação penal, mesmo não havendo justa causa para tal. Neste lamiré, tem-se um moderno e ideal modelo de investigação criminal, com vista à verdade, aos direitos e garantias constitucionais, trazendo a possibilidade de defesa para o imputado e, ainda, garantindo a plena eficiência da investigação criminal. E por fim, evitando que casos errôneos venham a se desdobrar em ações penais infundadas.

O atual modo de apuração da infração penal remonta a uma amarga fase na história de restrição e anulação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Não obstante, a fase de investigação policial ser conhecida como fase inquisitória, distante de qualquer aplicação do contraditório e da ampla defesa. Esse modelo de investigação com repressão às

garantias constitucionais, é um tanto quanto defasado, visto que subtrai qualquer possibilidade de defesa na fase investigatória. Sendo que em regra, tende a ser demasiadamente acusatória, com vista à condenação do acusado.

A investigação criminal defensiva possibilitaria um maior detalhamento na investigação, no que é de interesse do Acusado, tendo o acusado o mesmo direito que o ofendido de poder investigar provas, no caso para assegurar sua inocência, tendo assim, a ação penal na fase investigativa um critério não tendencioso apenas para o que é apurado por aqueles que certamente estão sempre do lado do ofendido, garantido assim a imparcialidade às partes em toda ação penal, evitando ensejar um processo criminal àquele que possivelmente poderá na fase investigativa garantir sua inocência, se assim o for, não passando por um constrangimento de ser instaurado um processo criminal contra o mesmo, acarretando um mal estar, posto que pela demora da demanda, causaria prejuízos sociais, profissionais entre outros para o indiciado.

Nesse sistema, pouco conhecido, da mesma forma como o solicitador da polícia busca provas para apresentação em Juízo, igualmente o solicitador da defesa colhe os elementos favoráveis ao seu cliente. Consegue-se, assim, de acordo com René David, um processo entre particulares: não é uma luta desigual entre um acusador público, vestindo uma toga de juiz, sentando-se no mesmo estrado do juiz, tendo relações de amizade com este, e um pobre coitado sobre o qual pesam, desde a origem do processo, as suspeitas. O processo inglês se desenrola entre dois cidadãos, pouco importando que um deles, o que acusa, exerça a profissão e vista o uniforme de policial; aquele que acusa e aquele que se defende estão, abaixo do juiz inglês que vai arbitrar suas pretensões adversas, num mesmo plano. Intui-se, com isso, que a civilidade do processo, em última análise, reside na civilidade do direito à prova. (DAVID, 2000, p. 50).

Observa-se que têm casos em que o juiz julga com base em elementos apurados apenas na investigação e no inquérito, em que não é garantida a amplitude de defesa, criando assim um possível abuso de poder na fase investigativa, como exemplo, confissão forçada, prova e elementos investigativos tendenciosos a apurar somente aquilo que é supostamente alegado pela vítima.

Se no próprio processo não se pode promover uma condenação com base apenas no que foi alegado pela vítima, porque a investigação é tendenciosa somente pelo o que alega a vítima? A fase de investigação promovida apenas pela acusação é uma violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção da inocência e ao princípio da paridade de armas. Se no processo penal fere e causa nulidade ao processo se não houver a concretude da

amplitude da defesa, verifica-se que na fase de inquisitorial deveria ser imprescindível a garantia desses princípios, posto que é a base para ensejar o processo penal, na qual o indivíduo já entra como o “culpado”.

Se a investigação criminal é que baseia a denúncia, deverá o acusado ter a garantia de amplitude de defesa da mesma forma, podendo desde o início ensejar na dúvida quanto à propositura da peça acusatória, podendo até ensejar se provado desde o começo o arquivamento da ação penal, com base naquilo que foi também por ele investigado.

É uma maneira também de dar maior celeridade processual, posto que, não ira ensejar em uma demanda demorada, podendo ser provado o que se entende por necessário e provado desde o início da ação penal, evitando assim o constrangimento ao indivíduo a ser acusado e a demora processual, aliviando o judiciário de fases protelatórias, na qual já vai ser apurado desde o momento inicial.

A adoção dessa medida evitaria o constrangimento ilegal a qual o acusado de uma maneira geral sempre se encontra, é ainda enfatizaria os princípios garantidos constitucionalmente, evitando assim um mal injusto para ambas as partes.

4.1 A investigação criminal defensiva sob o crivo da igualdade

Pode-se dizer que o Processo Penal, visa possibilitar ao poder estatal, punir de forma eficaz, com a aplicação efetiva do Direito Penal, sempre respeitando os limites que garantem ao indivíduo a preservação de sua dignidade. Isso nos mostra que em um Estado Democrático de Direito; essas duas funções se relacionam de forma dialética, sem, porém desprezar as garantias do indivíduo que não podem de forma alguma serem desprezadas em prol das finalidades do Estado (FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO, 2012, p.21).

Quando se refere ao princípio da igualdade diante da persecução penal, remete-se ao pensamento de equilíbrio em uma medida certa entre as partes, ou seja, de uma equivalência de direitos e sua efetivação e não o que elas representam em si como seres humanos na sociedade. É um elemento maior do que elas apresentam perante a sociedade; diante dos olhos do judiciário, todos deveriam ter direitos iguais com a mesma garantia.

O artigo 5º da Constituição Federal refere-se a tal postulado. Tal dispositivo apresenta o princípio da isonomia na medida de se efetivar e frisar tanto a igualdade formal, como a material, ou seja, a igualdade perante o órgão estatal. José Afonso da Silva²² distingue a isonomia formal da isonomia material da seguinte maneira:

²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

Valendo-se das palavras do autor e destrinchando-as, percebe-se que a igualdade formal é aquela que todos são iguais perante a lei, em que não se admite discriminações e distinções de qualquer espécie, porém, na prática se vivencia outro modo de se relatar tal situação, pois encontramos sujeitos substancialmente desiguais. Essa desigualdade ganha vulto no processo penal em que de um lado há o Estado, estruturado e com todo o aparato oficial, e de outro o indivíduo em situação quase de mera sujeição. Assim, não basta à mera igualdade formal, deve ser buscada uma igualdade substancial. Não é suficiente dizer que todos são iguais, é preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que atinja a verdadeira igualdade.

Visto isso, a investigação criminal defensiva não pode ser confundida com a possibilidade de requerimento de diligências prevista no artigo 14 do atual Código de Processo Penal, que afirma que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. (BRASIL. Código de Processo Penal).

De acordo com Aury Lopes Júnior²³:

“Apesar de ambas as formas serem concretização do direito de defesa e, mais particularmente, dos direitos à prova e à investigação, elas não se equivalem. Ao participar da investigação pública, o defensor está circunscrito aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção restringe-se à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais.”

De acordo com o que leciona o autor, no processo penal em sua fase inquisitiva, o advogado tem claramente restrições quanto ao que se é apresentado em todo o procedimento, o mesmo tem acesso apenas às provas já documentadas e para ter acesso diretamente com o indiciado, passa por uma série de autorizações, na qual, na maioria das vezes é negado e passado por constrangimento por insistir em tentar se comunicar com o seu cliente. É de total certeza, que tal situação fere vários princípios constitucionalmente garantidos, como o da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros.

²³ Op. Cit

Deve-se observar que o defensor é dotado de autonomia e independência, e para exercer a ampla defesa com plenitude, que é a sua função como profissional do direito, deve estar rodeado de uma série de garantias que assegurem tais preceitos em relação aos órgãos acusatórios, juiz e autoridade policial.

De acordo com o entendimento de Aury Lopes Júnior²⁴,

“a prova que é colhida na fase do inquérito e trazida integralmente para dentro do processo acaba mascarando a decisão final do julgador, tendo em vista que a eleição de culpa ou inocência é o ponto nevrálgico do ato decisório e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso.”

É evidente que a ausência da igualdade entre as partes na fase inquisitiva traz grande prejuízo para a defesa, principalmente com relação ao contraditório e a ampla defesa, pois cria uma dependência extremada entre os autos da ação penal e os da investigação. Com isso provoca a indevida utilização dos elementos informativos não raras vezes como prova, quando não é esta sua função e finalidade. Além do mais, existe a identidade física do juiz que julga a ação e toma contato com o desenrolar da investigação, afrontando claramente o princípio constitucional da imparcialidade do juiz.

Diante do exposto, fica claro a demonstração do prejuízo face à ausência da isonomia de direitos na fase pré-processual da persecução penal, cabendo frisar aqui que deve haver mudanças quanto ao procedimento que se utiliza nessa fase, para ensejar em uma maior garantia da segurança jurídica e com isso evitar constrangimentos equivocados; e até mesmo para prestigiar a economia processual, pois diante do contraditório firmado nesta fase, pode-se até concluir que não venha ensejar em uma ação penal com critérios infundados.

4.2 Julgamento imparcial

No processo penal, sabe-se que o Estado é o titular do poder jurisdicional, com isso, cabe a ele resolver os conflitos penais apontados. Para tanto, é necessário que haja uma imparcialidade na sua atuação como Estado-juiz para conduzir todo o processo, caso contrário, acarretaria uma distorção no conceito de justiça, equidade e isonomia entre as partes, tendo isto em vista, explica Tourinho (2006, p. 18), “Não se pode admitir Juiz parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, não houvesse imparcialidade do Juiz”.

Tendo por base essa introdução quanto à imparcialidade, verifica-se que tal princípio deve estar presente em todas as fases da persecução penal para garantir a isonomia e equidade

²⁴ Op.Cit

entre as partes. Porém, tal princípio não é totalmente vislumbrado na fase inquisitorial, na qual a autoridade policial já inicia o procedimento tendenciosamente para o lado do que aparenta ser o mais fraco na situação.

Valendo-se da premissa que a autoridade policial preside todo o inquérito e na maioria das vezes, com tendências a prestigiar o lado da vítima, é notório que tudo que se é apurado nesta fase deveria ser confirmado e com total amplitude de defesa posteriormente no processo configurado. Porém, não é o que ocorre, pelo fato de que provas e testemunhas que poderiam ajudar e constatar algum fato desde o início da persecução perecem no tempo, e com isso, não se tem como “repetir” e afirmar tudo que se foi apurado no inquérito, sendo que se chega à fase instrutória do processo e há coisas inexplicáveis, que não se encaixam e somente teria embasamento com a complementação do conteúdo apurado na fase inquisitiva, onde não se encontra o direito do contraditório e da ampla defesa.

Face à ausência de princípios constitucionalmente garantidos na fase inquisitorial, não se pode utilizar o que foi apurado no inquérito como base para uma possível condenação. O juiz ao condenar utilizando apenas elementos inquisitivos, estaria totalmente confrontando o princípio da imparcialidade e demais outros, sendo que nessa fase pré-processual, a vítima tem total regalia, enquanto o indiciado sofre grandes restrições, onde nem se pode questionar, pois, não se tem um amparo legal idôneo e concreto para que o mesmo utilize de seus direitos constitucionalmente garantidos.

Ora, como o juiz vai julgar uma ação penal, em que os únicos elementos concretos que embasaria uma condenação foram apurados sem observar o contraditório, a ampla defesa e demais outros princípios, sendo que tais elementos podem ser impossíveis de se repetir em outra fase. Visto isso, fica claro que a adoção de um novo método de investigação, onde ambas as partes teriam acesso ao que se é apurado, prestigiaria uma investigação mais concreta e de cunho totalmente imparcial. Assim sustenta Luigi Ferrajoli²⁵:

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

A investigação defensiva é um método que vem trazer maior eficácia à investigação penal, sendo que ambas as partes conflitantes podem estabelecer meios de defesa e critérios

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

investigatórios, observando é claro os limites estabelecidos em lei. A persecução penal seria vista com uma maior concretude em relação a todas as fases, podendo se valer de um conjunto de informações valiosas e “certeiras” desde a fase inicial para um maior embasamento na decisão final, e com isso sendo totalmente imparcial em todo o processamento.

Pelo exposto acima, é evidente que a adoção da investigação criminal defensiva trará benefícios, principalmente por vislumbrar uma maior eficácia de um julgamento imparcial na fase de ação penal e com isso, os resultados da investigação defensiva serviriam para ampliar o campo cognitivo do magistrado, afim de que este tome a decisão mais justa e imparcial possível. Diante disso, não resta outra opção senão buscar medidas que garantam a imparcialidade do Juízo para que haja um processamento mais justo, o controle externo da atividade policial e a observâncias das garantias do cidadão investigado, como o contraditório e o direito de defesa amplamente assegurados.

4.3 O embasamento da denúncia frente à adoção desta medida

É de conhecimento jurídico na esfera penal que a denúncia é presidida pelo órgão acusador, qual seja o Ministério Público. Tal órgão acusador é incumbido de oferecer a denúncia quando há elementos suficientes para embasar a ação penal e desta feita, utiliza o que se é apurado no inquérito para tomar as providências necessárias quanto ao caso, ou seja, a ação penal já se inicia com base no que se é colhido na fase inicial da persecução penal, onde se encontra grandes restrições ao direito de defesa. Visto isso, vê-se que o inquérito é procedimento pré-processual, servível ao órgão acusador e não ao processo, pouco menos ao juiz da causa.

Não é por menos que o apurado no inquérito é válido apenas como elemento de informação na teoria, porém, o que se vê na prática é a aplicação de tais elementos, até mesmo para configurar em uma possível condenação. Ora, se o inquérito é que fornece a base para sustentar a denúncia para ensejar em uma ação penal, é totalmente um equívoco a ausência de defesa nessa fase, posto que, uma das partes fica sujeita ao que lhe é submetido, tendo seus direitos restritos e com isso há uma grande violação a preceitos até mesmo constitucionalmente garantidos, prejudicando toda a persecução penal e colocando a justiça e o direito em desequilíbrio.

Nesse contexto, é preciso conhecer e permitir que a defesa também produza provas no inquérito policial, para ajudar na reconstrução dos fatos que ali se diz. Nesse diapasão, o magistério de Malan²⁶:

De fato, durante essa fase investigativa podem ser produzidas provas cautelares, não reproduzíveis ou antecipadas, todas elas passíveis de valoração pelo juiz criminal na sentença (art. 155 do CPP). Nesse sentido, o acusado (na acepção ampla, abrangente do investigado, indiciado etc.) tem legítimo interesse em amealhar, já na fase de investigação preliminar do delito, elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja por ensejarem juízo de admissibilidade da acusação seja por influenciarem favoravelmente o convencimento do juiz na sentença.

De acordo com Badaró:²⁷

Deve-se procurar evitar a surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria debatida. Nem sempre a questão de direito se resolve em um simples processo de subsunção. Aliás, o processo de subsunção apresenta um item bastante complexo, embora frequentemente este não aflore na decisão judicial, parecendo algo simples e automático. Embora a tipicidade penal pareça atenuar o problema, nem sempre é fácil qualificar juridicamente os fatos.” (BADARÓ, 2015, p. 52).

É evidente que somente ter uma defesa ampla no processo em si formado, gera uma insegurança à defesa, pois aquilo que se foi apurado no inquérito que é a fase inicial de toda a persecução penal também faz parte da formação do conhecimento e da aplicação da decisão do ora Julgador e com isso a defesa fica em prol do que lhe é permitido, não podendo questionar certas restrições que estão amparadas por lei. Agora resta a dúvida, será que tais restrições que é imposta no inquérito é realmente favorável para ambas às partes e para o processo penal, ora trata-se de uma dúvida que vem gerando inseguranças, e é claro que se verifica várias falhas e prejuízos pela ausência de certas garantias que deveriam estar presente em toda persecução penal, fazendo valer assim, com total segurança diante de um Estado democrático de direito o devido processamento legal de um conflito social.

Nota-se que o inquérito policial, além das suas finalidades doutrinariamente professadas (servir à formação da *opinio delicti* para a denúncia ou arquivamento das peças informativas do inquérito policial), tem o condão de restringir a liberdade, por exemplo, do cidadão, sem ter processo e com a sua inocência presumida. É um cenário em que os direitos fundamentais são extremamente rarefeitos, como cotidianamente assistimos. O estado de desolação e a violência psicológica que pode ser (e é frequentemente) praticada pelo Estado por meio de suas investigações silenciosas e ocultas é absolutamente incompatível com o

²⁶ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

²⁷ BADARÓ, Gustavo H. Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

império dos direitos fundamentais, pacificado, sobretudo, com o neoconstitucionalismo e concretizado na dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, cabe aqui aos três poderes se unirem e colocar em prática o que é realmente a democracia no âmbito penal, garantindo um processo com uma maior segurança jurídica, dando margem à amplitude de defesa em toda persecução penal e com isso permitindo o acesso de informações que podem ensejar em uma defesa certa, com mais concretude e com uma maior efetivação na resolução do conflito, sem abrir margem para dúvidas e acusações surpresas, em que pode vir a gerar em um constrangimento ilegal e sem um real fundamento.

Visto isso, é importante frisar que a adoção da investigação defensiva no processo penal brasileiro é o cerne, ou seja, o ponto principal para ensejar em tais garantias, permitindo que a defesa tenha seus próprios meios de investigação, claro respeitando os preceitos legais e com isso garantindo uma maior amplitude de defesa, vislumbrando a isonomia de direitos em todo momento processual penal. Com a adoção da investigação defensiva, o órgão acusador terá que analisar tudo que se é apurado e submeter-se ao que foi colhido tomando as providências cabíveis, com isso terá um momento processual justo e imparcial.

Em suma, nas palavras de Joaquim Canuto Mendes de Almeida²⁸, enxergando o imputado como sujeito de direitos:

“Uma vez que o inquérito policial se destina a servir de base à denúncia ou queixa, a servir de fundamento a um despacho judicial de que resulta para o indiciado o mal do processo, seria absolutamente contrário a qualquer senso de justiça, e ao sistema mesmo de nosso processo penal, afastá-lo, como se nada tivesse ele a ver com sua própria liberdade”. “O autor quis frisar a possibilidade de defesa na fase investigatória como meio de garantir a isonomia de direitos entre as partes na fase inicial da persecução”.

Por fim, necessário citar as principais vantagens globais, trazidas pela investigação defensiva, apontadas por Edson Luis Baldan²⁹:

“1. A investigação defensiva obriga o aprimoramento da investigação policial ou do Ministério Público, a fim de que esta possa se opor à investigação realizada pela defesa; 2. Fomento ao desenvolvimento das ciências ligadas ao Direito Penal – Criminalística, Criminologia, Medicina Forense; 3. redimensionamento da atuação jurídica do advogado na constituição da prova criminal, antes como mero espectador passivo, agora como produtor dessa prova; 4. obriga a motivação judicial na admissão da acusação com uma análise mais veemente sobre os elementos indiciários e de prova; 5. fortalece a prova criminal, agora produzida tanto por

²⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

²⁹ Baldan, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *RBCCrim*, n. 64, v. 15, p. 270, 2007.

defesa como por acusação de maneira igualitária, favorecendo a busca da verdade real e dando”.

4.4 Dos benefícios e da eficiência da investigação defensiva

A adoção da Investigação criminal defensiva no País seria uma medida certa, na qual beneficiaria a defesa da mesma forma que a acusação é amparada na fase investigativa, acarretando assim, a garantia ao princípio da igualdade entre as partes em todas as fases da ação penal, evitando um possível e provável constrangimento ilegal, frisando desde já grandes indícios da inocência do indivíduo, podendo provar com toda a investigação criminal. Aquilo que for apurado na investigação poderá ser utilizado também a favor do acusado, prestigiando assim a economia processual, visando não ensejar em um processo criminal desnecessário.

A Investigação Defensiva dará a oportunidade de o Juiz julgar com todos os elementos produzidos tanto pela defesa quanto pela a acusação em todas as fases processuais, garantindo a imparcialidade como um todo. O acusado terá a chance de desde o início provar que não poderia ser o culpado dos fatos, sendo garantido que se provado e não tendo provas e indícios de materialidade e autoria ele será presumido inocente, não podendo ensejar em uma peça acusatória.

Neste sentido, Francisco da Costa Oliveira enumera os benefícios decorrentes da investigação defensiva, a saber: “(I) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (II) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (III) Intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e (IV) Maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa. (A defesa e a investigação do crime. Coimbra: Almedina, 2004, PP.21/24.).

Ainda, nas palavras de André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan³⁰, a investigação criminal defensiva tem como benefício:

“As vantagens da investigação a cargo do defensor são inegáveis e interessam ao panorama processual penal em geral, `seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque se volta a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como já dito, constitui uma das pilastras sobre a qual se funda a reforma do justo processo”

A investigação criminal defensiva possibilitará o afastamento de uma imputação injusta na fase preliminar da persecução penal, conseqüentemente de uma eventual ação penal infundada; igualmente, caso se prosseguisse a ação penal, que o indivíduo tenha a seu favor os resultados da investigação privada, não só aos autos da investigação pública; garantir a

³⁰ Op. Cit

paridade de armas, gerando um equilíbrio de provas, em face da investigação do Ministério Público; em fase da ação penal, os resultados da investigação defensiva serviriam para ampliar o campo cognitivo do magistrado, afim de que este tome a decisão mais justa e imparcial possível.

Malan (2012) ressalva que muitas vezes os prazos processuais e/ou o clamor da opinião pública pressionam a Polícia Judiciária e o MP a encarar com presteza a fase investigação preliminar do crime, sendo que a pressão para solucionar o caso não permite que sejam adequadamente pesquisadas todas as possíveis linhas investigativas e fontes de prova favoráveis ao investigado. Eventuais fontes de prova favoráveis ao acusado tendem a desaparecer na fase judicial e, por isso, a investigação criminal defensiva deve ocorrer no bojo do caderno investigatório e não somente na instrução processual.

Malan (2012, p. 300) também sugere que o diagnóstico da efetividade da defesa técnica penal no país também se beneficiaria de pesquisa empírica semelhante, focada no cumprimento do dever ético da investigação criminal defensiva, que deveria ser direito fundamental assegurado a qualquer acusado e não privilégio de poucos que possuem condições financeiras. Explanando sobre o tema³¹:

“Tal pesquisa poderia indagar de determinada amostragem desses profissionais, por meio de formulários padronizados, se eles têm por hábito: (a) entrevistar pessoalmente com o acusado e seus familiares; (b) requerer cópia da íntegra dos elementos informativos amealhados pela Polícia Judiciária ou parte processual acusadora; (c) tentar localizar fontes de prova testemunhal defensiva; (d) pesquisar elementos de prova sobre os antecedentes sociais do ofendido e das testemunhas de acusação, a fim de contraditá-los; (e) visitar o local do crime; (f) efetuar pesquisas sobre os fatos imputados em bancos de dados, registros comerciais, repartições públicas, na imprensa e/ou na rede mundial de computadores; (g) solicitar pareceres técnicos a peritos particulares; (h) contratar investigadores particulares, (i) requerer em Juízo a produção de elementos probatórios etc”.

Diante de tais benefícios explanados pelo autor, percebe-se que a adoção desta investigação vai garantir uma maior amplitude de defesa na fase investigativa, posto que a adoção dessa medida seria um meio necessário de obrigar o acesso ao contraditório e ampla defesa em toda ação penal, tendo o acusado desde o início da ação penal, a garantia de uma defesa mais eficaz e detalhada, frisando o princípio da presunção de Inocência, evitando um constrangimento ilegal, caso a investigação acusatória acarrete em um processo criminal, sem ao menos permitir que a defesa ingresse também com um meio para investigar vestígios, que podem ser útil, para até não ensejar em um processo criminal, não ofendendo assim o princípio garantido constitucionalmente e evitando um constrangimento injusto e incerto.

³¹ Op. Cit

Com a adoção dessa medida no Brasil, vai obrigar o melhor aprimoramento da investigação policial ou do Ministério Público, a fim de que essa possa se opor à investigação realizada pela defesa. Irá haver um redimensionamento da atuação jurídica do advogado na constituição da prova criminal, agora como produtor dessa prova e não como mero espectador. Essa medida obriga a motivação judicial na admissão da acusação com uma análise mais veemente sobre os elementos indiciários e de prova. Visa fortalecer a prova criminal agora produzida tanto pela defesa como pela acusação de maneira igualitária, favorecendo a busca da verdade real e dando sustentáculo maior à decisão motivada do magistrado.

Esse método de investigação possibilitará para o direito processual penal brasileiro uma maior segurança jurídica, uma vez que, tem o objetivo de fazer valer os direitos e garantir sua aplicação para ambas às partes em todo momento processual. É de clara percepção que é uma medida totalmente adequada aos critérios constitucionais e vai mais além, pois garante a aplicação de princípios contidos em nossa *Carta Magna*.

A sociedade em si, espera do órgão estatal um meio de confiabilidade nas relações jurídicas, na qual depositam credibilidade nas resoluções e métodos que proporcionam para solucionar os conflitos, e é por isso que se deve adotar um método em que ambas as partes tenham direito de se manifestar em todas as fases persecutórias, ora, na própria fase inquisitorial o indiciado é apenas um suspeito, prezando nesta feita á inocência do mesmo.

Diogo Malan³², sabiamente, alega que:

“De fato, durante essa fase investigativa podem ser produzidas provas cautelares, não reproduzíveis ou antecipadas, todas elas passíveis de valoração pelo juiz criminal na sentença (art. 155 do CPP). Nesse sentido, o acusado (na acepção ampla, abrangente do investigado, indiciado etc.) tem legítimo interesse em amearhar, já na fase de investigação preliminar do delito, elementos informativos que lhe sejam favoráveis – seja por ensejarem juízo de admissibilidade da acusação seja por influenciarem favoravelmente o convencimento do juiz na sentença”

Encontraremos um momento processual no qual o acusado poderá levar a juízo todos os elementos que considerar necessários para evitar o recebimento da acusação, evidenciando a preocupação do legislador em evitar acusações desprovidas de sustentabilidade, sendo a solução para um maior aperfeiçoamento da investigação criminal no País para ambas as partes.

³² Op. Cit

5 A EXPERIÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO ESTRANGEIRO

5.1 Modelo norte americano

No modelo norte-americano, a gestão da prova é incumbência das partes e não do juiz, vigorando o princípio da liberdade de provas, ou seja, o uso de determinado meio de prova em juízo, não depende de previsão legal, basta que seja produzida e considerada apta a convencer o julgador. O verdadeiro senhor da investigação criminal é o Ministério Público e seu poder discricionário permite decidir sobre a submissão do caso à preliminar *hearing* e ao *grandjury*, para a confirmação da existência de uma *probable cause*, e também negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (MACHADO, 2011, p. 126).

A persecução penal, nos Estados Unidos da América, é ordenada em três grandes fases: investigatória, adjudicatória e judicial (denominadas, respectivamente, *investigatorystage*, *adjudicatorystage* e *judicial stage*). (MACHADO, 2011, p. 98). O modelo Norte-Americano tem características muito peculiares, por isso, não é possível fazer transposição adequada dos seus institutos para o ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica, mas as referências quanto à investigação defensiva é interessante ressaltar.

A defesa possui poderes investigatórios, podendo colher os meios de provas necessários para fundamentar suas alegações, devendo observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo. Lembra João Gualberto Garcez Ramos que, “Em razão da onerosidade da Justiça Criminal norte-americana, as partes preferem produzir as provas fora do Juízo e, posteriormente, introduzi-las nos autos, na forma documental, para a discussão durante o julgamento” (MACHADO, 2011, p. 100).

O parecer norte-americano sobre a investigação defensiva tem como foco principal, possibilitar que a defesa tenha acesso ao que se é apurado no inquérito e igualar da mesma forma que acusação, permitindo que a defesa tenha uma amplitude técnica para elucidar a apuração de provas e demais elementares. O modelo norte-americano, “prevê o acesso amplo e irrestrito aos elementos de convicção amealhados pela Polícia Judiciária ou parte acusadora, para que o defensor saiba quais são os fatos passíveis de investigação, pois há acusados que nada sabem sobre os fatos em apuração, por esquecimento, retardo mental, uso de drogas ou inocência.” (MALAN, 2012, p. 282.).

Sobre a Norma 4-4.1, que dispõe sobre o dever de instigação, vale transcrever o inteiro teor da sobredita norma³³:

“O advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação. A investigação deve incluir esforços para obter informação na posse acusadora e da Polícia Judiciária. O dever de investigar existe independentemente da confissão do acusado, ou de afirmações para o advogado de defesa sobre fatos que configuram culpa, ou a afirmação da intenção do acusado de se declarar culpado. O Advogado de defesa não deve buscar adquirir a posse de elementos de prova pessoalmente ou por intermédio de um investigador quando seu único propósito for o de obstruir o acesso a essa prova”.

Deve-se atentar ao fato de que a doutrina norte-americana é totalmente inversa aos que é normalmente típico, pois a produção de provas é incumbência das partes e não do Juiz. As partes detêm tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação.

Com base nos dizeres do autor acima citado, fica claro que a investigação inicial é o momento em que ambas as partes envolvidas podem administrar a questão de gerir as provas e determinar diligências em relação ao que for apurado. A Autoridade Judiciária para não violar sua imparcialidade, deve-se manter inerte em relação à atividade probatória e com isso submeter-se a analisar o que foi apurado pela acusação e defesa.

Em face do exposto acima, concluiu Machado que “a investigação defensiva é plenamente admissível nos Estados Unidos da América, até mesmo por ser consequência natural do regime jurídico adotado neste país” e mais ainda: “que atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória. Os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo juiz na fase adjudicatória (MACHADO, 2010,p. 127).

Não há qualquer violação à norma constitucional para haver a realização da investigação defensiva no sistema, é até mesmo uma característica do sistema jurídico da *common Law* (direito comum). Porém, devem ser seguidas as regras gerais estabelecidas no texto constitucional e as orientações promovidas pelos Tribunais.

5.2 Modelo italiano (nosso paradigma)

A Itália sofreu no passado grande modificação na sua estrutura legislativa na esfera penal, o modelo que apresentava grandes restrições às garantias constitucionais e autoritarismo exacerbado, passou a vislumbrar a imparcialidade com a aplicação do sistema acusatório desde a investigação criminal, tendo o juiz apenas a função de julgar.

³³ Op. Cit

Há de se considerar que até o ano de 1988, quando foi promulgado o atual Código de Processo Penal a persecução penal era composta por duas fases: a primeira era a fase pré-processual de caráter inquisitório, com o objetivo de se apurar elementos de provas e a segunda de discussões e debates, para a decisão e julgamento final da causa.

A investigação Defensiva, na Itália, denomina-se *investigazioni difensivee* encontra respaldo constitucional nos artigos 24, 2 e 111 da constituição da República³⁴.

“O primeiro estabelece, genericamente, o direito de defesa; ao passo que o segundo prevê que o sujeito passivo deve dispor de tempo e das condições necessárias para preparar a defesa e poder adquirir qualquer meio de prova a seu favor”

A Constituição Italiana preza pelo direito de defesa em todas as fases da persecução penal; reconhece que o indiciado deve ser informado o mais breve possível das acusações feitas para ampliar seu método de defesa, e com isso obter elementos efetivos para a compreensão de todos os aspectos da ação penal. Nesse sentido, é possível destacar que o conceito mais coerente para o processo penal justo, é permitir que a defesa tenha os mesmos direitos que a acusação, tanto quanto a garantia da ampla defesa como sua implementação no meio persecutório.

No que diz respeito a procedimentos de inquérito no Código Italiano, dispõe: – o direito do advogado de estar presente, mas não de ser notificado com antecedência (art. 365, CPP); – o direito de examinar os resultados dos procedimentos de inquérito e apreensão (art. 366, CPP) e o direito de rever os atos de inquérito (art. 324, CPP *instanzadiriesame*). Durante o estágio do pré-julgamento, o suspeito e seu advogado possuem o direito de conduzir investigações (ver art. 391-bis/391- *decies*, CPP, introduzido pela já mencionada Lei n. 397/2000) e o direito de freqüentar os atos que possuem valor probatório no julgamento; por exemplo, investigações técnicas irrepetíveis de pessoas, lugares ou coisas sujeitas a alterações e requerer a presença de um perito (art. 360, CPP); ou, em caso de “incidente probatório” (art. 392, CPP), em que a evidência, por razões de emergência, é adquirida segundo as mesmas regras e garantias da fase de julgamento.

Destaca-se ainda, que no Código Italiano quando um suspeito é preso provisoriamente, ele possui o direito de ser informado da acusação (ver arts. 388 e 391, CPP, e acima, em III); o direito de assistência jurídica (ver arts. 104 e 386, CPP); e o direito de ser ouvido por um juiz (ver art. 391, CPP). Versus o despacho que endossa a prisão, o preso pode apelar para a Corte de Cassação (art. 391, § 4º, CPP).

³⁴ GATTO, Pietro. *Le investigazione preventive Del difensore*. Milano: Giuffrè, 2003. (Dissertação de Mestrado).

Dessa forma, pode-se verificar que no processamento penal Italiano, o advogado tem amplos direitos, podendo ter acesso ao que é apurado pelo promotor, e até mesmo submeter ao órgão ministerial documentos e conclusões da investigação feita por ele próprio e o acusado ainda tem o direito de pedir uma entrevista com o promotor. Com isso, fica claro que é uma investigação mais paritária, que visa uma maior segurança para as partes e permite que o critério para fundamentar em uma possível ação penal seja mais consistente, sem dúvidas, tendo o indiciado desde o início o direito de provar até mesmo sua inocência, não gerando com isso, uma movimentação maior de vários órgãos para ensejar em uma ação infundada.

Atualmente, a Investigação Defensiva vem sendo utilizada pelos Defensores na Itália, para buscar elementos de provas favoráveis aos assistidos. Nas palavras de Paolo Tonini³⁵:

“A investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado. É direito com relação à autoridade judiciária, que deve permitir a sua livre realização. É dever com relação ao cliente, pois a investigação defensiva pode ser necessária, para a efetiva tutela de seus interesses”.

No que tange à valoração dos resultados obtidos na investigação defensiva, ainda deverá haver grande debate na ceara jurídica brasileira. Mas pelo acima exposto, verifica-se que na Itália, há uma equivalência e igualdade entre a investigação defensiva e pública, sendo que a força probatória e a utilização processual é a mesma. Assim, deve o Estado-juiz utilizar seu critério de julgamento para fazer uma análise das provas contidas no processo e, assim fazer um julgamento objetivo e imparcial.

³⁵ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura Penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

6 A IMPLEMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NA ATUAL SISTEMÁTICA DO BRASIL

6.1 A implementação da investigação criminal defensiva no CPP brasileiro

A partir da análise e de todo o exposto sobre a investigação defensiva neste trabalho, cabe aqui destacar, o desenvolvimento e o parecer do projeto que idealiza a implementação dessa medida para a futura incorporação no ordenamento jurídico brasileiro. O que se presencia no projeto é que não houve grandes mudanças em relação à investigação preliminar. Mais adiante serão abordados os detalhes minuciosos da mudança principal que apesar de ser pequena, causará grande revolução na persecução penal, organizando com isso uma justa estrutura social.

Ao analisar o projeto, verifica-se logo no seu início já se fazendo menção ao contraditório e a ampla defesa, e ainda consta a atuação do defensor em todas as fases da persecução penal; com isso, fica claro que tais previsões são pontos principais da mudança ao inserir a investigação defensiva em nosso ordenamento. Há de se considerar ainda, que o processo penal será regido pelo sistema acusatório. Como se pode ver³⁶:

“Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Observa-se que o sistema continua sendo o acusatório em relação ao processo penal, sendo assim, o inquérito continua regido pelo sistema inquisitorial, tendo o inquérito que continuar com seu sigilo profissional. Na verdade, o inquérito deveria ser instrumento para a isenta apuração dos fatos relatados na notícia do crime, pois é dirigido pela polícia judiciária que em sua função deveria agir com imparcialidade e desvinculada das pretensões de ambas as partes na persecução penal.

Porém, o que se vivencia na prática é um total desapontamento quanto à imparcialidade, posto que, o inquérito é muito mais voltado à formação do contexto probatório da acusação do que da defesa. Nos dizeres de André Machado (2009), isso ocorre por dois motivos: (i) desequilíbrio de poderes entre o Ministério Público e imputado, nesta fase, com claro favorecimento ao primeiro; e (ii) preconceito arraigado na Polícia Judiciária e

³⁶ BRASIL, Projeto de Lei 156 de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-12/gustavo-holanda-pl-permite-investigacao-criminal-defensiva> Acesso em: 15 de setembro de 2017

no Ministério Público de que a eficácia da investigação está ligada à comprovação do crime (MACHADO, 2009, 146).

Diante dessa característica acusatória do inquérito policial, fica claro o total constrangimento a uma das partes que no caso é a defesa, sendo medida imperiosa a adoção da investigação defensiva para combater tal violação. Tendo o defensor à possibilidade de reunir elementos que possam também contribuir para a construção do inquérito, será possível vislumbrar a isonomia de direitos e fazer valer a paridade entre ambas às partes, desde o início da persecução penal, ampliando assim o campo cognitivo do Magistrado, nesta fase, evitando acusações infundadas e medidas cautelares descabidas.

Apesar de pouco tratada na doutrina, a “investigação criminal defensiva” assume relevância no debate jurídico-penal em relação ao Projeto de Lei 156/2009. Nesse sentido³⁷:

“Art. 9º Para todos os efeitos legais caracteriza-se a condição jurídica de “investigado” a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Art. 10. Toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e de outras pessoas indiretamente envolvidas.

Parágrafo único. A autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no caput deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação.

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que 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.”

Cabe salientar que embora não venha haver grandes mudanças no novo Código de Processo Penal, a modificação que vai ter com a adoção da investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, trará grandes benefícios para todo o aparato penal, buscando com isso chegar mais perto da igualdade concreta idealizada para um processo penal justo, impedindo que qualquer decisão seja baseada em elementos parciais que possam causar certo constrangimento ilegal.

Por fim, vale a transcrição e análise do artigo 13 do Projeto³⁸, dispositivo que chega próximo da finalidade que preconiza neste trabalho:

³⁷ Op. Cit

³⁸ Op. Cit

“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.”

6.2 O Estado e a estrutura quanto à implementação da investigação defensiva

A partir do exposto acima sobre a investigação defensiva, fica claro que a adoção dessa medida no ordenamento jurídico brasileiro trará benefícios e favorecimento a ambas as partes dentro do âmbito persecutório. Porém, deve-se atentar ao método de implementação dessa medida, quais critérios serão utilizados, e se o Estado em que se vivencia hoje no Brasil é organizado e estruturado para viabilizar esse tipo de investigação.

Há de se considerar que como já demonstrado, sabe-se que a investigação defensiva é a prática onde a própria parte envolvida faz a sua investigação direta, claro, sob a supervisão e através de um advogado. A dúvida que fica é se a parte defensiva tem meios e métodos para custear essa investigação, em que se precisa colher provas, fazer perícias, sendo que na maior parte dos casos conflitantes, o indiciado é hipossuficiente não podendo arcar com essas despesas.

Será que neste caso de hipossuficiência, o Estado nomeará um defensor público para exercer esse tipo de função de “investigar”? Presumi-se que sim, pois de acordo com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 8º, 2, “e”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se caso o imputado não tiver condições de suportar os custos de um advogado, incumbe ao Estado prover assistência jurídica integral e gratuita e a investigação defensiva não deixa de ser uma grande assistência.

Cabe salientar que deve ser observada a estrutura e organização dessa medida, para que haja meios do imputado ter a possibilidade de grande inserção em relação a tal investigação, na qual irá permitir um maior desenvolvimento da persecução, em que ambas as partes terão direito de se manifestar, e com isso garantir uma maior eficácia quanto à segurança jurídica desde o início do processamento penal.

Nessa linha, cabe à defensoria Pública patrocinar os interesses dos hipossuficientes, nos termos dos artigos 134 da Constituição da República, *verbis*: “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º LXXIV” (MACHADO, 2009, p.147).

Nesse sentido, para Rogério Lauria Tucci (2004, p. 104), a Defensoria Pública é instituição tipicamente social, de “advocacia do povo”, que servirá para a “necessária e prévia

orientação jurídica, bem como para a defesa, pré-processual e processual, em todos os graus de jurisdição, das pessoas desprovidas de recursos financeiros para o respectivo custeio”.

Com a instituição deste contraditório preliminar, tornou-se indispensável à previsão de investigação defensiva pelo ordenamento jurídico pátrio. Somente por meio dessa atividade investigatória, o imputado terá condições de reunir elementos para embasar a sua resposta preliminar. (MACHADO, 2009, p.149).

Assim, é notório que para a implementação dessa medida no ordenamento jurídico pátrio, exige um grande suporte estatal, na qual é dever do Estado proporcionar todos os mecanismos que trarão uma maior segurança jurídica e possibilitar que as partes se encontrem em grau de igualdade em todo o momento processual. É claro que a adoção dessa medida trará gastos iniciais para ser estruturada, mas em um futuro próximo será feita a compensação, pois vai ser um momento processual em que as partes já poderão buscar meios para não ensejar em processo penal infundado, e com isso não ter dispêndio para se chegar a uma conclusão que inicialmente já pode ser esclarecida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi abordado, percebe-se que o tema defendido no presente trabalho é de grande importância no cenário da justiça brasileira, pois, ficou claro que o principal objetivo da investigação defensiva é trazer para o ordenamento jurídico pátrio o parâmetro de igualdade entre as partes no âmbito persecutória do processamento penal. É notório que a adoção dessa medida trará grandes mudanças em toda persecução penal, prestigiando a defesa em que a mesma encontra-se no atual momento com certa fragilidade diante da fase preliminar.

Tendo em vista o que representa o inquérito na persecução penal, pode-se afirmar que é uma fase inicial, em que se colhe as primeiras informações que irá embasar toda a persecução penal. Apesar de não poder utilizá-las como única fonte de prova para ensejar em um decreto condenatório, o mesmo tem grande relevância para influenciar na decisão final do julgador.

Visto isso, como foi bem destacado no presente trabalho, é evidente que a ausência do contraditório na fase inicial causa grandes prejuízos para a defesa, sendo que a mesma fica sujeita aos critérios que são apurados pela polícia judiciária e pelo *Parquet*, que querendo ou não, tem uma tendência enorme de prestigiar e beneficiar com um grau recorrente à acusação, que no primeiro momento parece à parte mais “fraca”.

Em face disso, a defesa encontra-se em certo desequilíbrio em relação à fase inicial se for comparado com a segurança que a parte acusatória já tem estabelecida no início da persecução, o que causa um constrangimento enorme para a parte, que no momento ainda é considerada inocente, mas não tem nem o direito de defender-se plenamente quanto às imputações que lhe são feitas. Ora, a acusação já sai beneficiada na fase preliminar, e só posteriormente a defesa vai ter direito de se defender quanto às acusações que lhe são feitas, ou seja, de questões que às vezes nem mesmo serão lembradas ou que irão se perder e deteriorar com um determinado lapso de tempo.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema acusatório, que tem a definição marcada pela separação das funções de acusar, defender e julgar e tem por garantia básica, com destaque para a igualdade, o contraditório e a ampla defesa. Se o sistema adotado tem por garantia o contraditório, é totalmente um equívoco a falta de tal princípio na fase que dará embasamento a toda persecução penal. Tendo isso em vista, surgiu a discussão quanto à incidência desse princípio na fase preliminar.

Cabe salientar que a justificativa para a ausência do contraditório e da ampla defesa é de que a reação e a participação do imputado nessa fase trariam prejuízo ao desenvolvimento da investigação; e nesta fase, nada poderia constar para gerar um tipo de influência em relação ao julgador, e com isso o imputado fica à mercê do que se é apurado com seus direitos restritos, pois, supostamente com o seu direito de defesa amplo traria algum tipo de prejuízo ao inquérito.

É totalmente descabida essa justificativa, pelo fato de que os atos que serão apurados pela parte acusatória não terão a influência da defesa, que somente terá acesso aos atos que serão documentados e que será objeto de possível impugnação. Com a investigação defensiva, a defesa poderá fazer sua própria investigação e com isso da amplitude ao seu direito de poder colher provas, entrevistar testemunhas para poder engrandecer seus métodos defensivos e se for o caso de já provar sua inocência.

Há de se considerar que ao final do processo, quando se esta diante da decisão final de toda a persecução penal, o julgador, na prática, leva em grande consideração o que se foi apurado na fase preliminar, e em muitos casos julga com base exclusivamente no que foi colhido e falado nesta fase. Dessa forma, fica caracterizada a violação e o constrangimento que o imputado passa por no primeiro momento não ter sido orientado plenamente do que deveria fazer e dizer, ficando à mercê do que possivelmente será encontrado e apurado pelos investigadores, não podendo nem ao menos ir em busca de provar os fatos na qual ele defende.

Diante disso, pode-se conceituar a investigação criminal defensiva como uma medida investigatória que será realizada pelo defensor do imputado, em qualquer momento da persecução penal, com o eventual auxílio de assistentes técnicos, com o objetivo de reunir elementos favoráveis ao seu cliente.

Com a adoção da investigação defensiva, as partes na fase preliminar terá a garantia do equilíbrio em relação aos direitos fundamentais, à igualdade e à defesa. De acordo com a isonomia, as partes devem ter os mesmos direitos, ônus e deveres, em cada grau e estado do procedimento penal.

Já se constatou que essa medida está adequada aos parâmetros constitucionais, não havendo nenhum tipo de vedação quanto sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro e nos países na qual ela vem sido adotada, tem grande relevância e atribui às partes a iniciativa investigatória e probatória e vem lhe conferindo ampla liberdade no desempenho dessa atividade.

Submeter o indiciado e suposto imputado refém de uma investigação pública, dotada de vícios, que não há a observância de preceitos constitucionais, na qual a defesa sofre bastantes restrições, desrespeita totalmente os fundamentos de um processo penal acusatório e não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, sendo assim, a aprovação e adoção desta forma de investigação é o que se tem como verdadeira justiça e garantia da segurança jurídica de toda uma sociedade.

Por todo o exposto, deve-se instituir um procedimento detalhado quanto à investigação defensiva, observando sua estrutura e métodos de implementação, na qual estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BAHURY, Andréa Maria Nessralla. **Princípio da Presunção de Inocência - Breve Reflexão Crítica**. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/30896/principio-da-presuncao-de-inocencia-breve-reflexao-critica>>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

BRASIL, **Projeto de Lei 156 de 2009**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-12/gustavo-holanda-pl-permite-investigacao-criminal-defensiva>>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Artigo 14. Vademecum. São Paulo, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BADARÓ, Gustavo H. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. RBCCrim, n. 64, v. 15, p. 270, 2007.

CANGIANO, Ângela C. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: EditoraRevista dos Tribunais, 2012.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e Estado de Direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

CUNHA, Marcelo de Araújo. **Só é Preso Quem Quer**. Ed. Brasport. São Paulo, 2009.

CUNHA, Júnior Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador, Juspodvim, 2009.

CURY. Robson Marques. **TJPR. Apr 0308528-1. 3ª C.Crim.** Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.49414>>. Acesso em: 16 de setembro de 2017.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUARTE, André Augusto Mendes Machado; ALMEIDA, Leonardo Lopes de. **Investigação criminal defensiva. Uma breve análise sobre o inquérito policial brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, Jul. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2011.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO.

GATTO, Pietro. **Le investigazione preventive Del difensore**. Milano: Giuffrè, 2003. (Dissertação de Mestrado).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____ **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. **A paridade de armas no processo penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília: Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1>>. Acesso em: 15 abril de 2017.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

MACHADO, André Augusto Mendes. **Estudos de processo penal**. São Paulo: Scortecci, 2011.

MACHADO, A.A.M. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.).

MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Barcelona: Europa-América, 1951).

MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. **A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro**. In: Revista Liberdades, nº 12, Jan./Abr. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de direito penal**. São Paulo, Atlas, 1991.

NERY, Nelson Jr. **Princípios do processo na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RHENDRIX, Bruno. **Reflexões Sociojurídicas** – Ano IX – Nº 12- Março 2009. Disponível em: <http://br.vlex.com/source/revista-direito-justica-5029/issue_nbr/%2312>. Acesso em: 13 de agosto de 2017.

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

SANNINI NETO. **Inquérito policial, contraditório e ampla defesa: o garantismo na investigação**.

SCORZA, Franco; SCORZA, Paola. **L'Attività Investigativa Del Difensore nel Giusto Processo**. Piacenza: La Tribuna, 2003.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TONINI, Paolo. **Manual di procedura Penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito processual penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.