

**FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ (FAACZ)
CURSO DE DIREITO**

ANNE MARINO THOMPSON

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

**ARACRUZ
2017**

ANNE MARINO THOMPSON

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso -
Monografia - apresentada ao Curso de
Direito das Faculdades Integradas de
Aracruz (FAACZ), como requisito parcial
para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Fábio Vargas Adami

ARACRUZ
2017

ANNE MARINO THOMPSON

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia - apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ), como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Fábio Vargas Adami

Aprovada em ____ de ____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Me. Fábio Vargas Adami
Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

Prof. Me. Mariza Giacomini Lozer
Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

Prof. Esp. Dolivar Gonçalves Junior
Faculdades Integradas de Aracruz – FAACZ.

Agradeço, sobretudo, a Deus, pelo dom da vida, e por se fazer presente em todos os momentos, abençoando e iluminando o meu caminho.

Aos meus pais, em conjunto, a quem devo e dedico esta vitória, obrigada por nossa base ser sempre o amor.

Ao meu irmão Lucas, que com sua maneira, demonstrou seu carinho e companheirismo.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado, por tornarem essa trajetória única e inesquecível.

Ao Professor. Me. Fábio Vargas Adami, pela orientação, disponibilização de tempo, dedicação e paciência para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos demais professores, por compartilharem com sabedoria e paixão seus conhecimentos e experiências.

Mas eu confio em ti, Senhor, e digo: "Tu és o meu Deus". O meu futuro está nas tuas mãos".

Salmos 31: 14-15.

RESUMO

A investigação defensiva tem por finalidade dar maior enfoque ao modelo processual garantista, segundo o qual há necessidade de ser assegurada uma maior amplitude dos direitos e garantias fundamentais, pois, por ter a investigação pré-processual caráter inquisitória, as provas serão produzidas sobre o enfoque de um contraditório postergado. Nesse sentido, surge na doutrina a necessidade de assegurar ao investigado a possibilidade de produzir provas em sua defesa, já que o órgão acusador municia-se com aquelas coletadas no inquérito policial. Concluí-se que, urge a necessidade de, em um Estado Democrático de Direito como o do Brasil, prever-se de forma positivada o direito de o investigado atuar de forma ativa, pois esse modelo investigatório somado à limitação de instrumentos defensivos prejudica sobremaneira a demonstração da inocência do acusado. Para se alcançar os objetivos deste trabalho, será utilizada a metodologia exploratória, que visará realizar uma avaliação das principais doutrinas, e de outra banda, adotar-se-á uma abordagem de métodos mistos, que consistirá na coleta de dados em livros e revistas jurídicas que tratam do tema.

Palavras-Chave: Investigação defensiva. Direito de defesa. Produção de provas. Investigado.

ABSTRACT

The purpose of the defensive investigation is to give greater focus to the guarantor procedural model, according to which there is a need to ensure a broader range of fundamental rights and guarantees, since, because pre-procedural research is inquisitorial, the evidence will be produced on the approach of an adjourned contradictory. In this sense, it appears in the doctrine the need to assure the investigated the possibility of producing evidence in his defense, since the accusatory body commits itself with those collected in the police investigation. It is concluded that, in a Democratic State of Law such as Brazil, it is urgent to predict positively the right of the investigated to act in an active way, since this investigative model added to the limitation of defensive instruments greatly impairs the demonstration of the innocence of the accused. In order to achieve the objectives of this work, the exploratory methodology will be used, which will aim to perform an evaluation of the main doctrines, and in another band, a mixed methods approach will be used, which will consist of data collection in books and legal journals that deal with the theme.

Keywords: Defensive research. Right of defense. Production of evidence. Under study.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo;

CF/88 – Constituição Federal de 1988;

CP – Código Penal;

CPP – Código de Processo Penal;

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil;

Inc. – Inciso.

PLS – Projeto de Lei do Senado Federal

STF - Supremo Tribunal Federal;

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL | 12 |
| 2.1 CONCEITO | 12 |
| 2.2 INQUÉRITO POLICIAL | 15 |
| 2.2.1 Conceito | 15 |
| 2.2.2 Natureza jurídica do Inquérito Policial | 16 |
| 2.2.3 Características do inquérito | 17 |
| 2.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INVESTIGATIVO | 19 |
| 3 O CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL | 24 |
| 3.1 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL..... | 24 |
| 3.2 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO . | 25 |
| 3.2.1 Princípio do contraditório | 25 |
| 3.2.2 Princípio da ampla defesa | 27 |
| 3.3 O DIREITO À DEFESA E AO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL... | 28 |
| 3.4 A FIGURA DO DETETIVE PARTICULAR – LEI 13.432/2017 | 30 |
| 3.5 DIREITO A DEFESA NO INQUÉRITO E O PROJETO DO NOVO CPP | 33 |
| 4 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA | 35 |
| 4.1 DIFERENÇAS ENTRE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E O PEDIDO DE DILIGÊNCIAS..... | 36 |
| 4.2 TENTATIVAS DE INSERÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL ATRAVÉS DA LEI 13.245/2016..... | 38 |
| 4.3 DO DIREITO COMPARADO | 41 |
| 4.3.1 Estados Unidos | 41 |
| 4.3.2 Itália | 44 |
| 4.4 OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA | 47 |

| | |
|--|-----------|
| 4.5 A DEFENSORIA PÚBLICA NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA | 49 |
| 4.6 O GARANTISMO PENAL..... | 51 |
| 4.7 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS | 55 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 60 |
| REFERÊNCIAS..... | 62 |

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) assegura a todos os acusados e litigantes, no âmbito administrativo, assim como no processual o direito ao contraditório e a ampla defesa. Entretanto, observa-se certa resistência de parcela da doutrina em recepcionar a possibilidade de se aceitar que o investigado faça uso destas prerrogativas.

O instituto da investigação defensiva nasce com a finalidade de assegurar ao investigado a paridade de armas, pois, observa-se que o Ministério Público é municiado de documentos e provas produzidos pela autoridade policial, mas de outro lado, o investigado e seu defensor pouco podem solicitar a produção de provas.

Desse modo, se aceita a tese que o investigado pode e deve produzir suas provas, para que possa litigar em juízo em igual pé de igualdade, o sistema jurídico penal tornar-se-á mais equânime.

Diante desta necessidade surge o questionamento: A investigação defensiva assegura o contraditório e a ampla defesa na fase das investigações pré-processuais?

Para demonstrar que urge a necessidade da implementação da investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro surge o presente trabalho, e para responder de forma satisfatória a esse questionamento, dividiu-se este estudo em 3 capítulos.

Seguindo esta linha, será abordado no primeiro capítulo os conceitos iniciais sobre a investigação criminal realizada no Brasil, sendo levada em consideração a investigação realizada pela polícia judiciária, bem como aquela executada pelo Ministério Público no uso de suas atribuições.

Visando, ainda, demonstrar uma maior ênfase ao tema investigação defensiva, será enfatizado no capítulo dois a verdade real, os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como far-se-á uma análise do projeto do novo Código de Processo Penal, a fim de demonstrar se há modificações significativas no âmbito da investigação criminal.

Através do segundo capítulo será apresentado como se dá o contraditório na investigação criminal, sendo, para tanto, apresentados os princípios da verdade real, do contraditório e da ampla defesa, bem como as novas legislações que poderão garantir ao investigado o direito de defesa na fase pré-processual.

Por fim, o capítulo três abarcará, de fato, o tema principal, sendo que há necessidade de ser estabelecida uma diferenciação entre a investigação defensiva e o direito de requisitar diligências, pois a investigação defensiva não se confunde com a participação do defensor nos autos do inquérito policial, a qual inclusive já é prevista pelo atual CPP, no art. 14. Há que se mencionar que, no Brasil, existem leis que visam assegurar um maior garantismo ao investigado, em especial de sua participação ativa durante a condução do inquérito.

Secundariamente serão elencados os limites que devem ser sedimentados, afinal não se pode olvidar que o intuito principal do inquérito é colher informações preliminares, e não de esgotá-las.

De outra banda, deve-se dar enfoque ao importante papel que a Defensoria Pública pode realizar no uso de suas atribuições, que visam estritamente assegurar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, quer percorrem desde a fase preliminar, e segue até o fim do processo criminal.

Buscando alcançar o resultado desta pesquisa, será adotado a metodologia de pesquisa descritiva, ou seja, primeiramente, a análise dos doutrinadores tradicionais, pelo meio do qual utilizar-se-á as bibliografias que disciplinam o tema, visando um desenvolvimento teórico acerca do assunto. E, ainda, se faz necessário realizar uma abordagem qualitativa, com o fito de ser utilizado a coleta de jurisprudência, que consistirá em pesquisa jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Justiça, bem como utilizar-se-á as bibliografias que disciplinam o tema.

Portanto, o estudo dessa modalidade possui grande relevância social e jurídica, pois versa sobre direitos e garantias fundamentais inerentes ao investigado, que devem ser assegurados a todos.

2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1 CONCEITO

A investigação criminal caminha no sentido de dar suprimentos iniciais para a formação da *opinio delicti* daquele que possui por função ofertar denúncia em face de determinada conduta praticada pelo agente.

Nestes termos, o sentido da investigação criminal é culminar o ajuizamento de um processo criminal, pois este cenário é favorável à acusação. A referida afirmação dá-se por dois motivos: o primeiro deles pelo fato de não haver qualquer respeito à presunção de inocência, que na prática é inaplicável na fase inquisitorial. E, em um segundo momento pelo fato de não se propiciar ao investigado o direito de defesa e de produção de provas, o que fortalece a tese acusatória, seja ela qual for (RASCOVSKI, 2012, p. 101).

A investigação preliminar, portanto, é aquela presente na fase que antecede o processo penal, sendo considerada como gênero, pois dela decorrem suas espécies, a mais comum delas trata-se do inquérito policial, mas não a única, podendo-se citar as comissões parlamentares de inquérito, as sindicâncias, dentre outras. Seu foco funda em um conjunto de procedimentos desenvolvidos por órgãos estatais a partir de uma notícia de crime. Essas diligências possuem caráter prévio e de natureza preparatória em relação à fase processual. Pretende-se, pois, com esta fase apenas averiguar a autoria e as circunstâncias preliminares de um fato delituoso, para que se justifique ou não a formação de um processo penal (LOPES JR., 2016, p. 65).

Para a doutrina de Calabrich (2007, p. 61):

não é qualquer *notitia criminis* que dará causa à deflagração de um processo, senão aquelas que respaldadas em razoáveis indícios, que serão eventualmente produzidos e obtidos na fase de investigação, a revelarem a possibilidade de que o fato criminoso tenha sido realmente praticado pelo imputado.

Como afirmado anteriormente, a investigação criminal não se trata de uma espécie, mas de um gênero do qual há diversas ramificações, por tais razões, ela poderá ser um procedimento judicial ou administrativo, a depender do órgão que ficará encarregado de realizar os procedimentos investigatórios. Quando os atos investigativos enquadrarem-se no sistema de juizado de instrução, os quais serão

conduzidos pela Autoridade Judiciária, estes serão, naturalmente, judiciais. De outra banda, quando os atos ajustarem-se as investigações conduzidas pela Polícia Judiciária, os atos serão essencialmente administrativos (MACHADO, 2010, p. 18).

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2006, p. 32) leciona que a natureza jurídica das investigações preliminares será dada de acordo com a sua função, estrutura e órgão que as conduzirá. Neste sentido:

A natureza jurídica da investigação preliminar será dada pela análise de sua função, estrutura e órgão. A natureza jurídica da instrução preliminar é complexa, pois nela são praticados atos de distinta natureza (administrativos, judiciais e até jurisdicionais). Por isso, ao classificá-la, levaremos em consideração a natureza jurídica dos atos predominantes. Isso porque, mesmo num procedimento claramente administrativo como o inquérito policial, também podem ser praticados atos jurisdicionais, mediante a intervenção do juiz, como, por exemplo, ao adotar uma medida restritiva de direitos fundamentais, como a prisão preventiva.

Desse modo, a instrução preliminar tem a característica de ser pré-processual, e por tal razão, tem por fundamento dar ou não ensejo a um processo criminal. Ainda, esses atos seguem o sistema inquisitório, revestindo-se, principalmente, na forma escrita e secreta. Também, pelo fato de ser um procedimento inquisitorial, limita o alcance do contraditório e da ampla defesa (LOPES JR., 2006, p. 36)

Na doutrina de Machado (2010, p.27), este acrescenta que a classificação da investigação criminal é classificada em obrigatória, facultativa ou mista, conforme a sua dispensabilidade ou não para formação da ação penal. Sendo ela facultativa, o órgão acusador ofertará sua acusação com base nos elementos probatórios a que já possui, independentemente da produção de novos elementos. Por outro lado, se for obrigatória, haverá um condicionamento da ação penal a preliminar instrução. E, por fim, quando aplicado o sistema misto a investigação será obrigatória para os delitos graves e facultativa para os crimes com menor lesividade ou complexidade.

Ainda, como afirmado, o inquérito policial é o principal instrumento de investigação, o qual traz consigo os contornos do sistema inquisitorial, que afasta o modelo garantista que assegura ao investigado desde a instauração da investigação criminal o direito de defesa efetiva. Há doutrinas que sustentam ser o inquérito “mera peça informativa”, mas em sua realidade é este instrumento o responsável por milhares de condenações mesmo perante Tribunais Superiores, pois suas decisões vêm

calçadas especialmente nos elementos coletados na fase pré-processual (RASCOVSKI, 2012, p. 101).

Assim, o inquérito policial não pode ser interpretado como um objeto a dar fim e/ou esgotar todos os meios e todas as diligências, mas deve apenas realizar uma cognição limitada. Na doutrina de Lopes Jr. (2016, p. 68) as investigações se desdobram em dois planos: o vertical e horizontal. O plano horizontal limita-se a verificar a existência de um fato que possui características de ser punível, verificar quem é o autor, coautor e possíveis partícipes. A função desse plano é dar o suporte fático da conduta delitiva, isto é, os fatos descritos na *notitia criminis*. Já o plano vertical visa atingir os elementos jurídicos referentes à existência do crime (fato típico e culpável). Deve, portanto, o inquérito policial apresentar a tipicidade, a culpabilidade aparente e o grau de probabilidade do delito. Mas, defesa a essas construções ficará reservada a fase processual.

Quando a colheita destas provas ultrapassa o plano vertical e horizontal, há falar no desvirtuamento da investigação criminal, afinal, atingindo-se um grau suficiente de convencimento, tal qual possa produzir um guarnecimento de elementos suficientes a evidenciar o *fumus commissi delicti*, deve a autoridade, a quem as provas se destinam, determinar o encerramento do procedimento e oferecer a peça correspondente, que no caso das investigações realizadas pela polícia judiciária, o Ministério Público ofertará denúncia (LOPES JR., 2006, p. 95).

Nota-se que a fase pré-processual não tem o condão de proteger os direitos do investigado, não ao menos os direitos ao contraditório e a ampla defesa, que serão quase que aniquilados, devendo aguardar a formação de um processo penal para que então apresente sua defesa e exerça seu contraditório e sua ampla defesa.

Portanto, o estudo desta espécie de investigação criminal torna-se essencial, pois, necessário se faz analisar quais são seus fundamentos, aplicabilidade, bem como funções na formação da ação penal.

2.2 INQUÉRITO POLICIAL

2.2.1 Conceito

O inquérito policial é visto pela doutrina como a principal espécie de investigação criminal, pois a prática tem demonstrado que, em regra, toda conduta delituosa prevista no Código Penal, bem como em leis espaciais, utiliza, como base, as informações coletadas por este instrumento.

Todavia, essa prática não se funda exclusivamente no Código de Processo Penal atual, pois, já entre os antigos atenienses se possuía procedimentos similares para averiguar a probidade individual e familiar dos magistrados eleitos, sendo que “dez desses eram os estínomos, os quais trabalhavam como policiais” (MEHMERI, 1997, p. 04).

Atualmente, o inquérito policial trata-se de “atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria” (OLIVEIRA, 2017, p. 44/45).

No mesmo sentido destaca Távora e Alencar (2017, p. 129/130), em sua obra, que “o inquérito policial é um procedimento de caráter instrumental [...] cujo fito é o de esclarecer previamente os fatos tidos por delituosos antes de ser ajuizada a ação penal”.

Para Lima (2017, p. 105) o inquérito é um:

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

Portanto, o inquérito apresenta por ideal a averiguação de possível crime, sendo que seu principal fundamento é colher informações preliminares para instruir o órgão acusador, e se este entender cabível ofertará peça acusatória.

Neste íterim, Nardelli e Cunha Neto (2015, p. 142) afirmam que um dos problemas corriqueiros, presente nesta peça informativa ao processo, que correrá apenso aos autos da ação penal, reside no fato de o Magistrado ter acesso a todo o material colhido, só que diante da ausência de contraditório. É clarividente que esses

elementos podem, de forma subjetiva, influenciar na formação de seu convencimento, o que acarretará prejuízo a defesa, pois a esta não foi oportunizada a produção de provas. O autor ainda acrescenta que:

Diante dessas questões exemplificativas, o cenário que se verifica na prática acaba sendo o do sacrifício de importantes garantias fundamentais do imputado, mormente o do contraditório e ampla defesa, sem falar no prejuízo à paridade de armas. A investigação defensiva se mostraria interessante mecanismo para prestigiar o direito do acusado a colher seus próprios elementos informativos, que viriam a ser reunidos aos da investigação oficial e estariam igualmente à disposição do juiz (NARDELLI; CUNHA NETO, 2015, p. 142).

Noutro giro, deve-se mencionar que o estudo de sua natureza jurídica é imperioso, afinal, por pertencer a um período anterior a fase processual, não poderá apresentar as mesmas características.

2.2.2 Natureza jurídica do Inquérito Policial

O inquérito policial figura como uma espécie de procedimento que apresenta características pré-processuais, desse modo, não deve ser considerado comoum procedimento judicial.

Nas palavras de Távora e Alencar (2017, p. 132) “o inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo geral”.

Para Mirabete (2008, p. 76):

Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc.

Ressalva-se que, em que pese o inquérito policial não ter uma ordem rígida para que os atos sejam realizados, isso não é suficiente para retirar sua característica procedimental, pois o legislador tratou apenas de estabelecer uma sequência lógica, consistente na instauração, desenvolvimento e conclusão (LIMA, 2017, p.105).

Desse modo, o inquérito policial é visto com um procedimento administrativo, que possui por fundamento a colheita de informações, ou seja, uma instrução provisória, que permitirá ao acusador formar sua *opinio delicti*.

2.2.3 Características do inquérito

O inquérito, como já afirmado, possui características específicas que o diferencia do procedimento judicial, dentre essas se destaca: discricionariedade, escrito, sigiloso, indisponibilidade, inquisitivo e a dispensabilidade, as quais passa-se expor a seguir de forma sucinta.

Neste sentido destacam-se as palavras de Calabrich (2007, p. 88):

- (a) **discricionariedade** - faculdade de atuação da autoridade presidente, pautada em juízos de conveniência e oportunidade, a serem aferidos no caso concreto, nos termos da lei e sempre fundamentados na adequada e eficiente consecução dos propósitos da atividade de investigação - o esclarecimento dos fatos;
- (b) **procedimento escrito** - por ser necessária a avaliação posterior tanto pelo órgão de acusação quanto pelo Judiciário, é necessário que os atos praticados no curso do inquérito estejam documentalmente registrados (art. 9.º do CPP);
- (c) **sigilosidade** - “a autoridade assegurará ao inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (art. 20 do CPP);
- (d) **obrigatoriedade e indisponibilidade** - tendo notícia da prática de uma infração penal, é dever da autoridade policial instaurar o inquérito, que não poderá mandar arquivar (art. 17 do CPP);
- (e) **inquisitividade** - ao inquérito policial não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/88), considerando que, nesta fase, ainda não há acusação em sentido técnico-jurídico, nada impedindo, contudo, que sejam produzidas provas requeridas pelo investigado, a critério da autoridade presidente, bem como que sejam manejados, pelo interessado, todos os meios de impugnação cabíveis contra quaisquer dos atos praticados no curso desse procedimento que venham a caracterizar uma lesão ou ameaça de lesão a direito, como o habeas corpus e o mandado de segurança (grifo nosso).

Pela característica da discricionariedade a autoridade policial conduzirá as investigações da forma que lhe aprouver, sendo apenas designado como rumo das diligências a serem adotadas, conforme estabelece os artigos 6º e 7º, ambos do Código de Processo Penal, mas poderá adotar outras não codificadas.

Ainda sobre a discricionariedade, encontra-se um dos propósitos basilares para que não haja a utilização das técnicas de investigação defensiva, pois de acordo com o

art. 14, do Código de Processo Penal, a autoridade policial não está obrigada a acolher os requerimentos de provas postulados pela vítima, quiçá pelo investigado, pois estará o delegado de polícia adstrito apenas ao seu juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância do que lhe fora solicitado (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 139).

No que se refere a característica de ser o inquérito um procedimento escrito, destaca Mirabete (2008, p. 78), que todas as peças devem ser realizadas de forma escrita e devidamente rubricadas pela autoridade.

Com as modernizações tecnológicas, a forma escrita ganhou novas adequações, pois é possível que os depoimentos de todos os envolvidos sejam colhidos por meio de “gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações” (LIMA, 2017, p. 112).

Tem-se ainda que o inquérito policial seja sigiloso, afinal, diferentemente do que ocorre com o processo criminal, que regula-se pelo princípio da publicidade, como regra, no inquérito é possível que se resguarde as informações durante a sua instrução. Esse elemento decorre, essencialmente, pelo fato das diligências serem produzidas como certo elemento surpresa, já que existe a possibilidade do investigado ainda não ter adulterado os fatos, como ocorre de forma mais corriqueira em sede judicial (AVENA, 2017, p. 126).

Ressalta-se que “o sigilo do inquérito é estritamente necessário ao êxito das investigações e à preservação da figura do indiciado, evitando-se um desgaste daquele que é presumivelmente inocente” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 141).

Portanto, os efeitos do sigilo do inquérito serão duplos, pois se de um lado visam assegurar que as provas sejam produzidas sem que haja interferência nas cenas, por outro, resguardam a imagem do indicado. Ainda há que se mencionar que esse sigilo, na forma do art. 7º, XLII a XV, e §1º, da Lei nº 8.906/1994- Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, não impede que o advogado do investigado tenha acesso as suas peças informativas.

Será o inquérito policial, ainda, uma peça dispensável, pois existindo elementos suficientes a formação da *opinio delicti*, não resta necessária a sua instauração.

Nesse sentido, Badaró (2016, p. 103) explica que a persecução penal “se desenvolve, ordinariamente, em duas fases: investigação preliminar e processo judicial. Normalmente, a primeira fase, de investigação preliminar, se dá por meio de um inquérito policial. Isso, contudo, não é uma regra absoluta”.

Por fim, referencia-se uma de suas características mais fortes, que consistem na inquisitorialidade. Segundo Távora e Alencar (2017, p. 151) “as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa.

Diante dessa característica perde força a tese da investigação defensiva, pois a autoridade judiciária não está obrigada a conceder direitos que não estejam positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, “o indiciado não é um sujeito de direitos e, sim, um objeto de investigação. Ao autor da infração penal não se permite qualquer ingerência na colheita desta ou daquela prova” (MUCCIO, 2000, p. 174).

Portanto, após a análise das formas investigativas realizadas pela autoridade policial, passará a debater as implicações decorrentes desse elemento, bem como se há necessidade de uma evolução legislativa capaz de assegurar ao investigado o direito de provar sua inocência dentro dos autos do inquérito policial e a consequente garantia ao contraditório e ampla defesa, princípios consagrados no bojo da CF/1988.

2.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INVESTIGATIVO

Como analisado até o momento, o inquérito policial tem por fundamento dar sustentação fática para que o membro do Ministério Público possa formar sua *opinio delicti*, e oferecer denúncia. Mas, pode o próprio membro do *Parquet* produzir suas próprias provas?

Ao primeiro ver, o diploma embasador da possibilidade de a investigação criminal ser conduzida pelo Ministério Público foi a Lei Complementar 40/81, mesmo que os seus termos autorizem apenas a investigação de infrações penais de seus membros. Por outro lado, o Código de Processo Penal de 1940 autoriza interpretações favoráveis e desfavoráveis. Mas, houve um fortalecimento da tese a

partir da edição da Lei da Ação Civil Pública, de 24.07.1985 (ANDRADE, 2008, p.49).

Com o advento da CF/1988, passou-se a ter novos argumentos favoráveis ao seu poder de investigação, pois, consignou-se no art. 129, IX, que: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

Noutro giro, a Lei complementar nº 75/1993, prevê em seu art. 8º que: “Para o exercício de suas atribuições o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência [...] realizar inspeções e diligências investigativas”.

Cabe registrar ainda, que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) dispõe, no art. 26, que: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los [...]”.

Mas, antes de se solucionar este impasse, deve lembrar que o inquérito policial é figura dispensável, quer dizer, existindo outros elementos capazes de formar sua opinião, a formação deste procedimento resta desnecessária.

Segundo Avena (2017, p. 163) a hipóteses de investigação exclusiva pelo Ministério Público tem causado controvérsias, sendo que alguns entendem ser um procedimento inconstitucional e outros pela sua legitimidade:

Para os adeptos da primeira linha de pensamento, ou seja, a de que o Ministério Público não pode, por conta própria, conduzir essa ordem de investigações, o motivo da vedação reside no fato de que o art. 129 da Constituição Federal, ao contrário do que ocorre com a investigação civil (expressamente facultada ao Ministério Público pelo inciso III), não contém regra expressa incluindo, entre as faculdades ministeriais, a realização de investigação criminal. Sustentam, ainda, que o art. 144, §§ 1.º, I, e 4.º, da CF, ao dispor que às polícias federais e civis cabe a apuração de infrações penais, silencia quanto ao Ministério Público, razão pela qual lhe permitir tal ordem de atividade importa aceitar uma indevida invasão de competências constitucionalmente estabelecidas. Já a corrente oposta, que é majoritária, aduz que a prerrogativa do Ministério Público para conduzir a investigação criminal internamente à Promotoria ou Procuradoria decorre da regra do art. 129, VI, da Carta Política, quando lhe confere a possibilidade de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (AVENA, 2017, p. 163).

Para a jurisprudência, pode-se citar o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que possui entendimento sumulado, e, de acordo com a súmula 234 “a participação de membro

do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Lima (2017, p. 189) destaca em sua obra o julgamento histórico realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu o direito de o Ministério Público promover, por autoridade própria e em prazo razoável, as investigações de natureza penal. Ressaltou o STF, que devem ser assegurados todos os direitos inerentes ao indiciado, bem como as prerrogativas de seus defensores. Sendo imperioso ainda observar:

- a) ritos claros quanto à pertinência do sujeito investigado;
- b) formalização do ato investigativo;
- c) comunicação imediata ao Procurador-Chefe ou ao Procurador-Geral;
- d) autuação, numeração, controle, distribuição e publicidade dos atos;
- e) pleno conhecimento da atividade de investigação à parte;
- f) princípios e regras que orientariam o inquérito e os procedimentos administrativos sancionatórios;
- g) ampla defesa, contraditório, prazo para a conclusão e controle judicial (LIMA, 2017, p. 189).

Na doutrina de Lopes Jr. (2016, p. 66), este evidencia que o membro do *Parquet* está legalmente autorizado a requerer a abertura, como também acompanhar a atividade policial no curso do Inquérito Policial, mas, por inexistência de norma, que defina a subordinação ou dependência funcional da polícia judiciária ao Ministério Público, não há falar que este possa assumir o mando do inquérito policial, mas pode-se afirmar que ele poderá participar de forma ativa, requerendo diligências e acompanhando as atividades policiais. Ou seja, não resta dúvidas de que o membro do *Parquet* pode requisitar instauração de inquérito e acompanhar sua confecção, porém sua participação será secundária, assessória, pois o “o órgão encarregado de dirigir o inquérito policial é a polícia judiciária” (LOPES JR., 2016, p. 66).

No mesmo sentido destaca Lima (2017, p. 189), ao afirmar que a função investigatória do Ministério Público não pode ser considerada atividade ordinária, mas extraordinária ao verificar casos de abusos de autoridades, prática de delitos por policiais, inércias de órgãos policiais, crimes em face da Administração Pública, ou outras situações que se evidencie uma situação que justifique a intervenção subsidiária do órgão ministerial.

Os ensinamentos citados por Lima (2017) encontram consonância com o julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 89.837, em que o Ministro Celso de Mello afirma:

Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do "Parquet", em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal (BRASIL, acesso em: 01 nov. 2017).

No procedimento investigativo produzido pelo promotor de justiça, cabe a ele receber as informações (notícia-crime) e investigar os fatos nela constantes. Pode ele, portanto, através de sua dependência funcional, dispensar a atividade da polícia judiciária, de modo que praticará as diligências de forma autônoma, segundo os seus próprios critérios. Assim ele mesmo formará sua convicção e decidirá sobre a formulação da acusação (LOPES JR., 2006, p. 280).

Nota-se que, quando imbuído de investigar e produzir provas, seu foco será na obtenção de elementos que irão sustentar a sua futura acusação, o que permite dizer que haverá prejudicialidade a parte investigada, “tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência”. Decorre desse fundamento a necessidade de o investigado produzir uma investigação privada, como acontece nos Estados Unidos (FERNANDES, 2007 p.13).

Nas palavras de Rosa (2014, p. 102) não deve autorizar ao Ministério Público o direito de investigar, pois:

Não se pode transformar substantivo em adjetivo – exclusivamente –, como acontece com o art. 144, § 4º, da CR, por exemplo. As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (nºs 13 e 20) não suprem a legalidade. O lugar do Ministério Público é de jogador da partida processual penal. A fase pré-jogo não lhe compete. Entretanto, no jogo processual, dependendo do julgador, a tese seja acolhida. É uma variável a ser invocada (grifo nosso).

Observa-se, portanto, que o entendimento majoritário reside na possibilidade de o Ministério Público poder conduzir as investigações criminais, e outras pertinentes a suas atividades. Mas não se pode olvidar de suas implicações negativas, que consistem:

1) a investigação pelo *Parquet* atenta contra o sistema acusatório, pois cria um desequilíbrio na paridade de armas;

2) a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências e a instauração de inquéritos policiais (art. 129, VIII), mas não lhe conferiu o poder de realizar e presidir inquéritos policiais;

3) a atividade investigatória é exclusiva da Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV, c/c art. 144, § 4º);

4) não há previsão legal de instrumento idôneo para a realização das investigações pelo Ministério Público (LIMA, 2017, p. 186) (grifo nosso).

Sabe-se que a maioria destas teses “caíram por terra”, mas merece atenção o item “1”, tema inclusive deste trabalho monográfico, pois se já não há paridade de armas quando as investigações forem realizadas por terceira pessoa (Autoridade Policial), muito menos terá quando o próprio órgão acusador buscar produzir as suas provas, pois, visivelmente, atenderá apenas os seus interesses, e ao invés de buscar a verdade dos fatos, buscará conduzir as investigações para se chegar a conclusão que o indiciado é o autor da conduta delitiva.

Neste sentido, Nucci (2015, p. 101) destaca que o tema é sem dúvida controverso, pois comporta várias opiniões, mas crê o autor pela inviabilidade de que o titular da ação penal, assuma, sozinho, a postura de órgão investigatório sem qualquer controle externo “substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria”.

Em um segundo momento, analisar-se-á a possibilidade da produção do contraditório e da ampla defesa no bojo do inquérito policial, bem como as possíveis alterações legislativas que poderão surtir efeitos importantíssimos para condução das investigações, em especial, para que o investigado passe a ter uma gama de direitos.

3 O CONTRADITÓRIO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

O princípio da verdade real visa fazer como que os fatos constantes nos autos sejam abstraídos pelos fatos que ocorrem na realidade. Ou seja, deixa-se de lado o formalismo procedimental para se analisar como os fatos ocorreram no plano da realidade.

Desse modo, no processo penal, terá o magistrado à função de analisar os fatos que se passaram na realidade, não se conformando com as informações angariadas nos autos. “Desse modo, o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”(CAPEZ, 2005, p. 26).

Nos ensinamentos de Lopes Junior *apud* Moraes (201, p. 61) o princípio da verdade real,

[...] está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório [...] com sistemas autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz autor (inquisidor).

Nota-se, porém, que o papel do princípio da verdade real cinge-se, predominantemente, na necessidade de verificar como os fatos ocorrem, e não apenas basear-se e práticas probatórias formais.

Ainda, segundo Oliveira (2017, p. 333)

[...] O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação).

Segundo Lima (2017, p. 41) a distinções entre o princípio da verdade real dentro do sistema inquisitorial para o sistema acusatório. No sistema acusatório “Como se admite o princípio da verdade real, o acusado não é sujeito de direitos, sendo tratado como mero objeto do processo, daí por que se admite inclusive a tortura como meio de se obter a verdade absoluta”. Por outro lado no sistema acusatório “O

princípio da verdade real é substituído pelo princípio da busca da verdade, devendo a prova ser produzida com fiel observância ao contraditório e à ampla defesa”.

Desse modo observa-se que, como vigora no ordenamento jurídico brasileiro o sistema inquisitorial, na fase pré-processual, e que então, a busca da verdade real dos fatos torna o sujeito investigado mero objeto de investigações, pois o que importa é a descoberta dos fatos a todo meio. Por outro lado, diante da possibilidade de produção de provas pelo acusado, como acontece no sistema acusatório o princípio da verdade real perde sua força, e passa a ter interferência do princípio da busca da verdade, que garante o contraditório e a ampla defesa.

3.2 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO

3.2.1 Princípio do contraditório

Ao citar o direito ao devido processo legal, esse não se completa se não for a ele inserido o direito ao contraditório, trata-se de uma norma que garante maior equidade ao deslinde das ações, pois nasce para o investigado/acusado a possibilidade de contradizer os fatos a ele imputados.

Nesse sentido, o contraditório revela-se como um dos mais importantes “postulados do sistema acusatório”. Pois, tem-se assegurado as partes o direito de serem cientificadas de todos os andamentos do curso do processo, podendo inclusive apresentar manifestações e requerer produção de provas, com a finalidade de que lhe seja proferida uma decisão favorável (AVENA, 2017, p. 54).

Explica Moraes (2017, p. 85) que:

contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Nas palavras de Vilas Boas (2001. p. 62) “é uma espécie de isonomia entre todos os litigantes do processo, praticamente realçando a máxima: todos são iguais perante a lei, como se as partes fossem pessoas”.

O contraditório então não é apenas o direito de receber informações quanto a um fato contra si imputado, ou uma informação de que há uma demanda judicial em seu desfavor, mas é também a oportunização que a parte recebe para dar sua resposta e realizar um embate de mesma intensidade e extensão. “Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade” (GONÇALVES *Sapud* OLIVEIRA, 2017, p. 37).

Lopes Junior (2016, p. 202) ao tratar sobre o tema afirma que:

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

Não se pode, portanto, cogitar um processo penal eficaz e equânime sem que adversamente o outro polo tenha sido cientificado da existência da demanda, bem como posso apresentar argumentos contrários. Nesta trilha nascem os meios processuais de comunicação, que atuam para garantir essa efetividade (LIMA, 2017, p. 51/52).

Nesse sentido,

O contraditório impõe de um lado a necessidade de que a pessoa seja informada acerca da prática de alguma pretensão e a possibilidade de reação da outra parte quanto aos atos desfavoráveis, pois, como o processo se desenvolve em ambiente dialético, o juiz irá decidir depois de sopesar os argumentos de ambas as partes (BAHIA, 2017, p. 183).

Assim, o contraditório assume figura importante na persecução penal, pois será o instrumento hábil a dar conhecimento dos fatos imputados, bem como de lhe assegurar a possibilidade de defender-se.

Atrelado a figura do contraditório, nasce o princípio da ampla defesa, que será analisada em tópico específico abaixo.

3.2.2 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa é técnica processual que garante ao investigado/acusado o direito de produzir provas capazes de demonstrarem ao órgão julgador que as imputações contra ele ofertadas não condizem com a realidade dos fatos.

Ressalta-se, inicialmente, que o princípio da ampla defesa é consagrado, também no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988.

Segundo Moraes (2017, p. 85) “por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”.

Já nas palavras de Bahia (2017, p. 183), A ampla defesa deve ser analisada à luz do pólo passivo da relação processual, é uma proteção daquele contra quem se postula no processo. Se há o direito de ação, deve haver também o direito de defesa.

Sobre esta técnica, destaca Tourinho Filho (2005, p. 22) que é possível ao defensor produzir as provas que lhe aprouver, desde que estas sejam permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dentre esses direitos, destaca-se o de contraditar testemunhas, recorrer de decisões contrárias aos seus interesses, opor exceções na forma do art. 95, do CPP, “arguir questões prejudiciais; direito de trazer para os autos todo e qualquer elemento que contradiga a acusação”.

Segundo Garcia (2004):

Esta defesa há de ser completa, abrangendo não apenas a defesa pessoal (autodefesa) e a defesa técnica (efetuada por profissional detentor do iuspostulandi), mas também a facilitação do acesso à justiça, por exemplo, mediante a prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Sobre as três formas de defesa, explica Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 56) que “a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, CF)”.

Portanto, o princípio da ampla defesa visa assegurar ao acusado todos os meios de provas admitidos em lei para que possa fazer prova de sua inocência.

Após análise dos princípios da ampla defesa e do contraditório, faz-se necessário verificar se a aplicação destes se apresenta também no procedimento do inquérito policial.

3.3 O DIREITO À DEFESA E AO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Com a edição da CF/88, um novo rol de garantias foi inserido como garantias constitucionais aos cidadãos. Trata-se das garantias previstas no art. 5º, inc. LV, da CF/88, segundo o qual consagra: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Diante dos novos fundamentos contidos na lei máxima Brasil, de início, mostra-se fundamentalmente importante que a todos envolvidos em qualquer processo judicial, ou administrativo (como é o caso do inquérito) lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Para o autor Rovegno *apud* Barbosa (1993. p. 143) as expressões “acusados em geral” e “processo administrativo” contidas no art. 5º, inc. LV, da CF/88 indicam:

claramente que o legislador pretendeu fazer uso da noção de “processo administrativo” em sentido ampliado, abrangendo todas as situações coativas, sendo certo ainda que todo o sistema da Constituição de 1988 se encaminha para uma concepção do indiciado como sujeito de direitos, afastando entendimentos ultrapassados, que o viam como simples objeto de investigação.

Segundo Tucci (1993. p. 205) é evidente a necessidade de se reconhecer a qualquer pessoa, durante todas as fases da *persecutio criminis*, o direito de efetivamente ter a possibilidade de efetivar seu direito de ampla defesa, com sorte, em sua plenitude e de forma ativa em todos os atos que norteiam este procedimento “desde a fase dos atos do respectivo procedimento, desde a fase pré- processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele”.

Cabe trazer à baila o entendimento de um Delegado de Polícia acerca do tema. Segundo Jorge (2004):

O contraditório deve ser admitido na investigação criminal, pois esse procedimento é um procedimento administrativo, composto por um conflito de interesses, que expressa a existência de litigantes, que proporciona uma carga processual, e origina a necessidade de garantias inerentes ao processo.

Lacerda (2004), também atuante na carreira de Delegado de Polícia, afirma a necessidade da garantia do contraditório e da ampla defesa no curso do processo investigativo,

O contraditório, após o indiciamento, não conspira contra o êxito das investigações, ao contrário, assegura maior legitimidade as conclusões da investigação.

A adoção do princípio dá ao inquérito policial outra natureza, não de peça meramente informativa, mas com valor de prova na instrução. Consequentemente, mais célere e mais rápida a prestação jurisdicional.

Diante das afirmações escancaradas pela doutrina, em especial pelo posicionamento sustentado por delegados que conduzem investigações policiais, e que declaram não haver qualquer violação as investigações assegurar ao investigado o direito ao contraditório e a ampla defesa. Surge, portanto, o questionamento quanto à validade da teoria da investigação defensiva no ordenamento jurídico brasileiro, pois tornar-se-iamétodo hábil a comprovar a inocência de acusados antes mesmo de ser contra eles formalizado um processo penal através de denúncia subscrita pelo Ministério Público.

Outro posicionamento, porém, adotou o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto:

Segue abaixo um acórdão do Supremo Tribunal Federal⁹⁰ sobre o assunto: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ARTS. 144, § 4º, E 129, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. INQUÉRITO POLICIAL. VÍCIOS. AÇÃO PENAL. NÃO CONTAMINAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I - **A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em regra, configura ofensa reflexa ao texto constitucional.** II - **Os vícios eventualmente existentes no inquérito policial não contaminam a ação penal, que tem instrução probatória própria.** III - Agravo regimental improvido. STF AI-AgR: 687893 PR, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/08/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-177 Divulg 18- 09-2008 Publicado em: 19-09-2008 EMENT Vol.-02333-10 PP-02004) (grifo nosso).

Todavia, a doutrina diverge sobre o assunto, neste sentido, Lopes Jr. (2016, p. 97): “Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da

proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo”.

Neste sentido, leciona Machado (2010, p. 171) sobre a necessidade de se aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa na fase inquisitorial:

[...] Primeiro, porque ela coloca o imputado em igualdade de condições com a acusação, permitindo que o seu defensor recolha elementos de prova que lhe sejam favoráveis. Segundo, porque ela aumenta o campo cognitivo do magistrado, que, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma medida cautelar no curso da investigação preliminar, poderá cotejar os dados resultantes da investigação pública e da defensiva.

Desse modo, resta clarividente que doutrina e jurisprudência divergem quanto a possibilidade ou não de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento do inquérito policial, em especial pelo julgado assentado pelo STF, que concluiu pela ausência de ilegalidade, o fato de não haver para o investigado, o direito de se defender durante as investigações, ficando para a fase processual esta garantia.

Mas o assunto será melhor abordado no próximo capítulo, o qual ficará com o encargo de apresentar as mudanças legislativas, bem como a possibilidade ou não de utilizar-se no direito brasileiro a investigação defensiva como método de comprovação da inocência do indiciado. Por ora, resta necessária à análise do direito de defesa no novo Código de Processo Penal, que tramita perante as casas do Congresso Nacional.

3.4 A FIGURA DO DETETIVE PARTICULAR – LEI 13.432/2017

A investigação particular foi instituída no Brasil pioneiramente pela Lei n° 3.099, de 24/02/1957, e regulamentada pelo Decreto. 50.532, de 03/05/1961.

Em seus ensinamentos Lima (2017, p. 195/196) destaca que:

É permitido o trabalho de investigador particular, desde que não invada a competência privativa da Polícia Judiciária, nem atente contra a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a boa fama das pessoas. O traço peculiar dessas investigações privadas é, basicamente, a ausência de imperatividade, ou seja, de poder de coerção. Assim, quando o particular investiga por conta própria, conta apenas com seus esforços pessoais e com a colaboração de outras pessoas e de entes públicos ou privados. Falta poder de polícia, ou seja, não goza de imperatividade.

Com a edição da Lei Federal n.º 13.432/2017, criou-se no ordenamento jurídico brasileiro a figura do detetive particular, que terá por função buscar informações que não possuam natureza criminal, mas que visem angariar conhecimentos e esclarecimentos acerca de assuntos privados de quem o contratou. Neste sentido o art. 2º, da referida lei preconiza que:

Considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.

Por outro lado, o profissional que atua nesta área deve possuir cursos específicos que o autorize a desempenhar as atividades de detetive particular. Assim, o art. 3º, estabelece:

Ao impor habilitação em curso específico e outros requisitos, o artigo impede o livre exercício da atividade por profissionais de outras áreas, bem como pelos atuais profissionais que não possuam essa habilitação, sem que se caracterize potencial dano social decorrente, violando o art. 5º, inciso XIII da Constituição. Além disso, fere o princípio da presunção de inocência, consagrado no inciso LVII do citado artigo constitucional.

Como apresentado, a figura do detetive particular não pode realizar investigações particulares, sob pena de usurpar função pública, conforme estabelece art. 328, do Código Penal Brasileiro. Não obstante essa premissa, a própria CF/1988 apresenta o rol de órgãos que podem realizar os procedimentos de investigação criminal, não tendo sido inserido entre eles a figura do detetive particular. Portanto, de acordo com o art. 144, da CF/88, estão aptos a realizarem procedimentos investigativos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Todavia, sua participação poderá de forma excepcional ocorrer, pois, na forma do art. 5º, da lei 13.432/2017, autoriza sua participação, desde que “expressamente autorizado pelo contratante”, e que “o aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

Para Cavalcante (2017), a investigação criminal defensiva será possível no ordenamento jurídico brasileiro, se respeitadas suas normas, mesmo sem

autorização do Delegado, do Ministério Público ou do Poder Judiciário, ou de qualquer outra autoridade. Afirma-se desta forma, pois essa atividade decorre do direito de ampla defesa e contraditório assegurados a todos os investigados. “Em outras palavras, pelo fato de o investigado poder se defender amplamente, ele tem o direito de buscar “provas” de sua inocência”.

Nos ensinamentos de Cabette (2017):

Embora a Lei 13.432/17 seja obscura, é de se concluir que o Detetive Particular poderá também atuar em Investigações Criminais levadas a efeito diretamente pelo Ministério Público, conforme, esdruxulamente, admite o STF (as investigações pelo Ministério Público, a despeito de total falta de lei reguladora). A obscuridade vem do fato de que o Parágrafo Único do artigo 5º, da Lei 13.432/17 somente menciona o Delegado de Polícia. Entretanto, ao utilizar no “caput” do mesmo dispositivo a expressão ampla “investigação criminal” e não a restrita “Inquérito Policial”, não parece restar dúvida de que também poderá atuar em Procedimentos Investigatórios Criminais (PIC) do Ministério Público, desde que satisfazendo os mesmos requisitos acima mencionados e dentro dos limites legais balizados (grifo nosso).

Assim, se admitida à figura do detetive particular pela autoridade que conduz o inquérito policial, em especial, os delegados de polícia, tornar-se-ia de suma importância a sua participação, pois, poderá atuar em uma frente favorável a tese defensiva que será apresentada pelo acusado, fortalecendo o seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Em outras linhas, ao garantir ao indiciado o direito de paralelamente as investigações realizadas pelo delegado de polícia, poder, também, assegurar a realização de uma investigação defensiva, esse instituto caminha para a aceitação das regras acusatórias dentro do procedimento do inquérito policial.

No próximo capítulo, verificar-se-á que, aceitar a figura do investigador particular, contribuirá para a formalização de uma série de direitos do indiciado, em especial aqueles preconizados no art. 5º, inc. LV da CF/88.

Ainda, abordar-se-á a Lei 12.345/2016, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como os motivos que ensejam a necessidade de ser concretizado o direito de uma investigação defensiva pelo investigado.

Mas antes, cumpre trazer à baila as melhorias que poderão ser implementadas com a vigência de um novo Código de Processo Penal no direito brasileiro.

3.5 DIREITO A DEFESA NO INQUÉRITO E O PROJETO DO NOVO CPP

A estrutura do projeto do novo Código de Processo Penal visa garantir aos acusados maior proteção do Estado, em especial por compatibilizar suas normas com a CF/88.

Os artigos 3º e 4º do Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, garantem ao acusado, em todo o processo penal, o direito ao contraditório e ampla defesa:

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 (grifo nosso).

Por outro lado, o art. 14, do referido PLS 156/2009, traduz que será facultado ao investigado participar do processo de investigação. Nesse sentido:

Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas (grifo nosso).

De acordo com Lima (2017, p.194), o projeto do novo CPP, em seu art. 14, passará a facultar ao investigado, por meio de seu defensor ou outro mandatário com poderes, tomar a busca de fontes de provas com vistas a sua defesa, podendo, inclusive, entrevistar pessoas, essas diligências deverão ser antecedidas de esclarecimentos objetivos e do consentimento da pessoa a ser ouvida. Como se vê, trata-se de método capaz de assegurar a efetividade da isonomia entre as partes durante toda a persecução criminal e do seu direito de defesa. Portanto, nas palavras do autor “o projeto do novo CPP passa a prever a possibilidade de investigação criminal defensiva”.

No mesmo sentido Rascovski (2012, p. 112), afirma que o art. 14 do Novo CPP, trata da investigação defensiva, em que

o investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, pode tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, inclusive entrevistar pessoas. Entretanto, o próprio § 1º de referido artigo deixa expresso que as entrevistas realizadas deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento

das pessoas ouvidas. Desta maneira, resta evidente a necessidade de cooperação de terceiros para uma investigação privada bem-sucedida.

Sobre o artigo, diversas críticas surgiram ao seu entorno, em especial a Comissão de Acompanhamento Legislativo do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça sugerir uma nova redação ao artigo 14: “É facultado à vítima, ou seu representante legal, e ao investigado identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive indicar pessoas a serem entrevistadas, nos termos do art. 26 deste Código” (BRASIL, 2011).

Nas palavras de Pinto e Silva (2013, p.117):

Independentemente da apresentação preliminar sobre o inquérito policial, é forçoso reconhecer que o desenvolvimento válido e regular do inquérito policial também tem uma importância voltada para o fornecimento de subsídios para uma futura propositura de ação penal e embora com uma roupagem inquisitorial, percebe-se que há no PLS nº 156/09 uma mudança de paradigma, com o intuito de dar-lhe uma roupagem acusatorial.

Segundo Freitas (2011), as alterações legislativas propostas são dignas de respeito, pois promove a compatibilização das garantias do acusado e a determinação judicial pertinente as ações investigatórias, como “a isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal, purificando o processo de julgamento”.

Após análise dos artigos acima mencionados, observa-se que o Novo CPP caminha para uma possível mudança de paradigmas, pois aceitar a figura do sistema acusatório no inquérito policial é garantir ao acusado o direito de se defender, ainda em fase pré-processual, o que permite afirmar que muitos processos investigativos deixarão de transformar em ações penais.

Noutro giro, o acusado possui o direito constitucional de se amparar nos princípios do contraditório e da ampla defesa para produzir sua defesa. No mais, uma vez que o inquérito constitui peça de auxílio acusatório, porque não dizer que ela também deve ser utilizada para a construção de teses defensivas, mas, para tanto, deve a autoridade policial autorizar a sua atuação durante esta fase.

4 DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A tese de investigação defensiva nasce diante da necessidade de o acusado poder realizar uma produção de provas de maior expressividade para a sua defesa, pois a colheita de dados através do inquérito, como regra, concluem pela culpabilidade do investigado.

Lopes Junior (2006, p. 52), estabelece que um maior garantismo nas investigações evitaria acusações infundadas, pois se esclareceria os fatos ocultos da ação penal, e diante disso assegurar-se-á para a sociedade que não existirão abusos durante a persecução, afinal se a impunidade causa certa impaciência por parte da sociedade, mais terrível será para a parte que foi processada de forma irresponsável, pois era inocente.

“Assim, como forma de assegurar a efetiva isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado, a investigação defensiva deve ser admitida tanto nos ordenamentos que adotam a investigação ministerial quanto a policial” (MACHADO, 2010, p. 46).

Nasce diante da necessidade de garantir-se uma maior certeza da culpabilidade do investigado, o instituto da investigação defensiva, que consistem em um complexo de atividades desenvolvidas, em todas as fases, pré-processual e processual, pelo defensor do investigado (com ou sem assistência de técnicos ou investigadores privados). A colheita dessas informações visa angariar elementos documentais ou não, com a finalidade precípua de criar um 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 oficiais” (AZEVEDO; BALDAN, 2004).

Nos ensinamentos de Machado (2010), a investigação defensiva encontra-se na contramão da investigação pública, pois o defensor do acusado visará estrategicamente criar uma tese defensiva calcada em suas provas, devendo apenas respeitar os preceitos constitucionais de obtenção de provas, para que se evite a sua validade posteriormente. Desse modo, afirma-se que, se na investigação pública o investigado é mero espectador, na investigação defensiva ele assumirá o papel de ator principal.

Portanto, na investigação defensiva, o investigador privado buscará alcançar as provas não visualizadas pela investigação pública, pois a esta interessa apenas a colheita de informações acusatórias, como regra, já que a sua atuação fundamenta-se em municiar o membro do Ministério Público, a fim de que este formalize denúncia em face do acusado.

Desse modo, o viés do inquérito policial é prestigiar a acusação, e não atenderá os contentos e as necessidades da defesa em obter informes favoráveis aos seus interesses, sendo esse papel o da investigação particular. Afinal, “manter o imputado refém de uma investigação pública, na qual ele pouco pode intervir, desrespeita os fundamentos de um processo penal acusatório e não se coaduna com um Estado Democrático de Direito” (MACHADO, 2010, p. 184).

O código de processo penal em seu art. 14, possibilita o requerimento de diligências, mas apenas esse fundamento, conforme se passa a expor, não será capaz de assegurar uma investigação equânime e imparcial.

4.1 DIFERENÇAS ENTRE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E O PEDIDO DE DILIGÊNCIAS

O instituto da investigação defensiva apresenta-se como um importante método de evitabilidade de processos penais desnecessários, que ao fim demonstram um resultado que seria possível desde o início das investigações, se fosse possibilitado uma maior participação nas investigações públicas.

Portanto, “não se confunde a investigação criminal defensiva com a já existente previsão de requerimento de diligências à Autoridade Policial, nos autos do inquérito policial (art. 14 do CPP), a qual poderá realizá-las ou não segundo seu juízo discricionário” (RASCOVSKI, 2012, p. 109).

Como afirmado anteriormente, o art. 14, do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de o advogado do investigado requerer diligências, *in verbis*: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade” (BRASIL, 1941).

Extrai-se do teor do artigo supracitado que o indiciado ou seu representante poderão solicitar, ao Delegado de Polícia ou outra autoridade que esteja conduzindo as investigações criminais, diligências, mas, nota-se que, não há qualquer obrigação deste de aceitar os requerimentos.

Segundo Lima (2017, p.194) a investigação defensiva não pode ser confundida com a participação do defensor nos autos da investigação pré-processual (inquérito policial), a qual possui previsão no art. 14, do CPP. Segundo o autor, em que pese ambas materializarem o direito de defesa do investigado, estas não se confundem, pois, no inquérito, advogado e indiciado estão adstritos aos ditames apresentados pela autoridade policial. Já na investigação defensiva, que se desenvolve de forma paralela, incumbirá ao defensor do investigado as rédeas das estratégias defensivas, não havendo qualquer participação da autoridade pública, devendo apenas respeitar critérios constitucionais, que serão apresentados em tópico específico.

Segundo Oliveira *apud* Machado (2010, p. 172) dentre os principais objetivos da investigação defensiva destaca-se:

- a) comprovação do alibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado;
- b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros;
- c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade;
- d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a quem possam induzir determinados fatos;
- e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública;
- f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias;
- g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.

Assim, tem-se que, enquanto as normas do art. 14, do CPP, permitem ao investigado requerer diligências, que passarão pelo crivo da autoridade policial, responsável pelo seu deferimento ou não, na condução da investigação defensiva, o investigador particular passará a buscar provas capazes de aniquilar as teses encontradas pela investigação pública.

Para Lopes Junior (2006, p. 96):

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.

Observa-se ainda que, durante a condução das investigações particulares, uma série de diligências poderão ser adotadas sem qualquer irresignação da autoridade policial, ou seja, serão produzidas ao mero desejo do investigado, levando a pensar que o réu, em eventual ação penal, terá uma maior probabilidade de provar sua inocência, já que estará municiado com uma gama de provas, que, se não fossem angariadas através da investigação defensiva, talvez levaria o réu a sua condenação, mesmo sendo inocente.

Há, no ordenamento jurídico brasileiro uma série de inovações jurídicas que merecem destaque, pois, através delas abre-se um leque de possibilidades para a produção de provas. Destacam-se dentre elas, além da lei que instituiu a profissão do Investigador Particular, o Projeto do novo Código de Processo Penal, e também, a Lei 13.245/2016, que altera o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A seguir, passa-se a expor a relevância destas normas, pois, mesmo que tímidas, esboçam que, apesar de existir um logo caminho a ser seguido pelo legislador, este caminha no sentido de retirar o sistema processual inquisitorial da fase pré-processual e passar a observar apenas as regras do sistema acusatório, garantindo, assim, o direito ao contraditório e a ampla defesa estampados na CF/88.

4.2 TENTATIVAS DE INSERÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL ATRAVÉS DA LEI 13.245/2016

A lei 13.245/2016 alterou e acrescentou algumas novas regras ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre elas, destaca-se às regras estampadas no art. 7º, incisos, XIV e XXI. Ante as estas alterações, os defensores dos indiciados passaram a ter uma maior garantia de direitos. Passou-se a poder analisar autos investigativos em qualquer repartição que realiza investigações, bem como se estabeleceu a possibilidade de o advogado acompanhar todos os atos, desde os atos de interrogatório, como também apresentar quesitos às perícias.

A despeito do tema, cumpre trazer à baila as referidas alterações, *in verbis*:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.

Inicialmente, a inclusão do inciso XIV, ao art. 7º, encontra consonância com o disposto na súmula vinculante 14, do STF, que garante como direito do defensor “no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Por outro lado, o inciso XXI, do art. 7º, assegurou, em especial, a prerrogativa do defensor de produzir razões e quesitos durante a fase pré-processual. Desse modo, diante da realização de perícias, poderá a parte investigada apresentar questionamentos a serem respondidos pelo perito.

Segundo Zardini (2016, p. 211), diante da possibilidade de o advogado apresentar quesitos e razões, há uma maior efetividade de sua participação nos autos do inquérito, pois poderá fazer questionamentos, expondo suas razões para aquele que preside as investigações. Ainda, segundo o autor, por razões, entende-se como toda aquela petição encaminhada para apontar elementos capazes de justificar um desindiciamento, já os quesitos são aquelas indagações feitas aos peritos, mas, pode-se interpretar, também, como questionamentos a serem dirigidos a testemunhas.

Segundo Avena (2017, p.126):

[...] tem-se que o advogado, por força de tal alteração legislativa passou a ter direito de examinar, em qualquer repartição ou instituição que seja responsável por conduzir investigações, os autos, mesmo que não possua procuração para tanto. Todavia, faz-se exceção os casos em que o sigilo é fortemente decretado, caso em que o instrumento procuratório é necessário, nos termos do art. 7.º, § 10, do EOAB.

Por outro lado, apesar de o advogado passar a ter uma série de benesses em seu Estatuto, estas não foram suficientes para retirar a inquisitorialidade presente na fase pré-processual, pois a condução do inquérito permanece nas mãos da autoridade

policial, que será responsável por analisar e deferir ou não as diligências peticionadas pelo defensor do investigado.

Neste sentido, Jardim (2016), destaca que:

a nova regra não tenha trazido o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo: juizado de instrução sem juiz! O que a nova lei assegura é a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado. Por outro lado, se há nulidade em algum ato probatório em qualquer procedimento investigatório inquisitivo o que cabe fazer é reconhecer a sua “eficácia” natural, vale dizer, retirar-lhe o seu valor probatório. Acho até que a documentação deste ato probatório deveria ser desentranhada do procedimento investigatório, preclusa a decisão que reconheceu tal nulidade.

Desse modo, a alteração determinada pela Lei 13.245/2016, incide apenas sobre o Estatuto da Advocacia, contemplando um direito ao advogado do investigado, que consiste em assisti-lo no curso de qualquer investigação criminal (Delegacia, Ministério Público e etc). Ou seja, “o legislador não alterou, portanto, o Código de Processo Penal ou qualquer outra lei processual penal especial, o que teria providenciado caso fosse sua intenção a de assegurar ampla defesa e contraditório na fase investigativa” (AVENA, 2017, p. 125).

Mas, por outro lado, apresentaram-se os novos incisos como uma “luz ao fim do túnel”, pois, mostrou-se que o legislador está atento com os direitos dos investigados, afinal se não fosse assim, não resguardaria qualquer direito ao investigado na fase pré-processual.

Portanto, “a regulamentação da investigação criminal exercida pela defesa, paralelamente à investigação oficial, introduz o modelo investigatório em outro patamar, muito mais próximo aos princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito” (RASCOVSKI, 2012, p. 109).

Nesta trilha, o direito a investigação defensiva caminha sob uma nova égide, pois com as novas alterações legislativas, as novas leis que entraram em vigor, bem como o projeto no novo código de processo penal, caminham para que seja reconhecido ao investigado o direito de produzir suas provas e de provar sua inocência ainda na fase do inquérito policial, não necessitando de deixar transcorrer todo um trâmite moroso, para que só ao fim de uma ação penal chegue-se ao veredicto de sua inocência.

Sabe-se que as investigações públicas respeitam uma série de regras e de procedimentos, por outro lado, as investigações particulares devem de igual modo respeitar essas normas, ou poderão buscar a verdade dos fatos a toda forma? O tópico a seguir versa sobre o tema, em especial, visa desmitificar a ideia de que a prova será construída de qualquer forma, tendo por limite apenas a liberdade do acusado.

4.3 DO DIREITO COMPARADO

A tese voltada a investigação criminal defensiva não se trata de tese criada em solo brasileiro, na verdade utiliza-se ideias voltadas, em especial, a dois países, sendo eles os Estados Unidos e a Itália.

“Nos Estados Unidos, a ideia de investigação pela defesa é mais antiga e decorre da adoção de sistema acusatório, em que incumbe às partes coletarem as suas provas e trazê-las ao processo” (RASCOVSKI, 2012, p. 107).

Noutro giro, no direito italiano, esse modelo “de investigação veio com o novo Código de Processo Penal de 1988, principalmente em virtude de sua adequação a um perfil acusatório” (RASCOVSKI, 2012, p. 107).

Portanto resta analisar algumas peculiaridades envolvendo cada uma dessas formas de direito, bem como suas características, a fim de demonstrar que a sua aplicação no Brasil será de suma importância.

4.3.1 Estados Unidos

Para entender o tema voltado a investigação criminal defensiva, faz-se necessário entender como funciona o sistema de investigações naquele país.

Segundo a doutrina de Ramos (2006, p. 180), em um primeiro momento, as investigações são realizadas por policiais, que investigam todos os fatos, estes colhem as provas e procuram estabelecer uma causa provável (*probabel cause*), que é instrumento indispensável para a expedição de mandados, seja eles de busca,

de apreensão ou de prisão. Desse modo, nesse primeiro momento o foco baseia-se exclusivamente na investigação dos fatos – e não a investigação do autor do fato, e nesse período as investigações correm em sigilo.

Acrescenta Ramos (2006, p. 180-181) que:

(...) Se a autoridade investigante identificar um suspeito e se contra ele pesarem evidências que tornem a causa provável, a autoridade policial pode iniciar a persecução penal. *Par excellence*, o ato que sempre traduziu o início da persecução – até porque é inegável sua gravosidade em relação a alguém – é a prisão (*arrest*) do imputado, embora a própria Suprema Corte, em decisões recentes, tenha mostrado alguma dúvida a respeito. Contudo, é possível afirmar que é com a prisão de um suspeito que a investigação a ele se direciona e se torna, para todos os fins, uma persecução penal. Com isso, passam a ser aplicáveis novas e importantes cláusulas da Carta de Direitos.

Nota-se que há diversas segregações dentro dos setores policiais, e que existe uma série de cuidados para que não haja uma imputação errônea, pois antes de se ter o nome do investigado, visa-se verificar a situação fática, e como ela ocorreu. Só após ter sido constatada, é que se passa a analisar o principal investigado, podendo a autoridade policial requerer a expedição de mandados, sejam elas pra ampliar as buscas ou para prender provisoriamente o acusado.

Sobre as medidas de cautelares, cita Calabrich (2007, p. 79-80):

Embora seja necessária uma autorização judicial (*warrant*) para medidas cautelares de prisão, de busca (*search*) e de apreensão (*seize ou seizure*), nos Estados Unidos o Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento. Seu poder discricionário (*discretion*) permite decidir sobre a submissão do caso à *preliminary hearing* e ao *grandjury*, para a confirmação da existência de uma *probable cause*, e mesmo negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (*pleabargaining*).

Evidencia-se assim que, na primeira fase, as investigações concentram-se na busca dos policiais ou eventualmente o promotor é quem realiza a análise da causa provável, já que é ele o senhor da investigação criminal.

Mas, há limites a serem seguidos, pois dispõe a 4ª Emenda:

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

Assim, não basta apenas que se tenha suposto direito alegado, mas haverá necessidade da comprovação de certos requisitos para que se expeça um mandado, independentemente de seu teor, já que os direitos dos cidadãos americanos devem ser resguardados.

Ainda, segundo o autor Calabrich (2007, p. 79):

Na fase judicial, há a instrução da causa, alegações das partes técnicas (Promotor, assistente de acusação e defensor) e julgamento pelo Juiz (*bench verdict*) ou pelo pequeno Júri (*pettyjury verdict*), que apenas proferem veredito de culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*). Se houver condenação, passa-se à etapa de sentenciamento (*sentencing proceedings*), em que o Juiz deve verificar a pena merecida pelo réu e proferir a sentença.

Há, portanto uma série de direitos a serem seguidos antes de ser prolatada uma sentença, de modo singular, quanto à necessidade de resguardar todos os direitos do acusado, visando sempre chegar a verdade dos fatos, para só então buscar um culpado.

Machado (2010, 101), ao versar sobre o tema, narra ser perfeitamente possível a figura da investigação criminal defensiva naquele país até pelo regime jurídico adotado, que atribui às partes a iniciativa de investigar e provar. "Os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo Juiz na etapa adjudicatória".

Desse modo, no direito americano, as partes possuem a garantia de produzir suas provas, ou seja, o ministério público, como verdadeiro senhor da investigação, conduz as análises, enquanto o investigado produz as suas, e só em um momento futuro teremos a participação do juiz para confrontar as provas colhidas e dar seu veredito.

Outro sistema de suma importância que a doutrina brasileira busca referência está na investigação criminal defensiva italiana, conforme se passa a expor.

4.3.2 Itália

O direito italiano sempre serviu de base para diversas teses do direito brasileiro, que vão desde o direito civil até o direito penal. Não seria de outro modo com a implantação de novas teses.

“A Itália sofreu, há duas décadas, grande modificação estrutural em sua legislação processual penal: de sistema misto, cuja produção de prova era atribuição do Juiz Instrutor, passou a sistema predominantemente acusatório” (MACHADO, 2010, p. 101)

Segundo Gomes Filho (1997, p. 71) as reformas nas legislações penais visaram implantar um sistema acusatório puro, que permitiria ao acusado a produção de suas provas durante as duas fases processuais, mas esse objetivo não teria sido alcançado por diversos motivos. Segundo explica o autor:

essa radical transformação de um sistema tradicionalmente misto para um modelo acusatório puro, repetindo experiências históricas já mencionadas, não teve a esperada consistência e duração, sendo em pouco tempo superada por reformas que reintroduziram alguns dos elementos característicos do processo inquisitório. Vários fatores podem ser apontados para isso: a luta contra a criminalidade organizada, que invariavelmente consegue cooptar a opinião pública para posições contrárias à promoção de liberdades individuais; o despreparo dos operadores jurídicos para os novos papéis, especialmente num país em que juízes e membros do Ministério Público pertencem à mesma carreira; a falta de instrumentos adequados ao exercício efetivo do direito da defesa à obtenção de provas na fase de investigação.

Nas palavras de Ferrajoli (2006, 592), a reforma italiana não logrou existir, pois, dentre os inúmeros motivos apontados, “destaca-se o fato de o defensor permanecer em posição inferior em relação ao órgão acusatório, uma vez que o membro do Ministério Público integra a Magistratura e, por isso, possui vínculos mais estreitos com os Juízes”.

No mesmo sentido, explica Souza (acesso em: 04 dez. 2017):

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

O que se tem, de imediato, é a possibilidade de que tanto investigador como investigado possam produzir suas próprias provas, já que ambos possuem objetivos

diversos, não podendo, portanto, um mesmo órgão investigativo produzir as duas teses.

A despeito do assunto, e da paridade de armas, Badaró (2003, p. 145) sustenta que

A defesa, no curso da *indagine preliminare*, encontra-se em posição de nítida inferioridade em relação à acusação, não só pela dificuldade, de ordem essencialmente prática, para desenvolver uma autônoma atividade investigatória, voltada à descoberta de fontes de provas a favor do investigado, mas sobretudo pela relevância que têm no *dibattimento* muitos dos atos atribuídos ao Ministério Público

Naquele país, as atividades probatórias e investigatórias se baseiam apenas nas mãos do magistrado, sem qualquer interferência direta das partes (investigado e Ministério Público). Antes, o contraditório se mostrava apenas como diferido, quer dizer, só se manifestavam sobre determinada prova na fase de debates. Assim, os elementos coletados inicialmente sem o contraditório ingressavam na segunda fase para os debates, bem como para embasar a decisão final do magistrado (MACHADO, 2010, p. 102).

Com a inclusão do artigo 111 da Constituição da República e do artigo 190 do Código de Processo Penal, excluí-se a figura do juiz instrutor e acrescenta-se a atribuição às partes dos poderes de investigar e buscar os elementos probatórios (MACHADO, 2010, p. 103).

Com relação ao conflito entre o artigo 38 do CPP italiano e o posicionamento da Suprema Corte, Fernandes (2007, p. 340) sustenta que:

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

Quanto ao direito de defesa do acusado no direito italiano, cumpre ressaltar as palavras de Siracusano *apud* Machado (2010, p. 108):

O defensor da pessoa investigada possui direito de apresentar manifestações escritas endereçadas ao Ministério Público e de participar de certos atos *das indagini preliminari* (artigos 365 a 367 do Código de Processo Penal). Dentre estes, existem aqueles que não precisam ser comunicados previamente ao defensor (é o caso do seqüestro) e aqueles cuja execução válida depende de prévia comunicação ao defensor (atos que podem vir a ser utilizados na fase judicial, como os exames técnicos irrepetíveis, o interrogatório, a inspeção etc.).

Ainda, nos dizeres de Lopes Junior (2003, p. 322) os principais direitos do sujeito passivo da investigação preliminar existentes no Código de Processo Penal italiano são:

- (i) as suas declarações devem ser recebidas e valoradas com base em um ato oficial, com observância a todas as garantias legais;
- (ii) é proibida a utilização de métodos ou técnicas que podem influenciar a liberdade de autodeterminação ou alterar a capacidade de lembrar ou valorar os fatos;
- (iii) possibilidade de permanecer em silêncio;
- (iv) ter conhecimento dos elementos de prova que lhe são desfavoráveis;
- (v) oportunidade de expor tudo o que seja favorável à sua defesa;
- (vi) ser assistido por até dois defensores de sua confiança ou por um dativo;
- (vii) conversar reservadamente com o seu defensor;
- (viii) obter cópia dos autos pelo defensor;
- (ix) apresentar petições ao Ministério Público; e
- (x) receber a *informazione digaranzia*.

Diante desses direitos iniciais surge a investigação criminal defensiva, que na Itália denomina-se *investigazioni difensive* ou *indagini difensive*, tal mandamento encontra amparo nos artigos 24, 2, e 111 da Constituição da República. Sendo que o primeiro refere-se genericamente ao direito de defesa, ao passo que o segundo estabelece que o investigado deve dispor de tempo e condições necessárias para que apresente a defesa e para que adquira qualquer meio de prova em seu favor (GATTO *apud* MACHADO, 2010, p. 112).

Badaró (2003, p. 145) fornece duras críticas à participação da parte investigada, pois segundo o autor, não há essa paridade de armas, afinal os advogados deixam de desenvolver suas provas no aguardo da atividade investigatória desenvolvida pelo Ministério Público. Ainda, de acordo com o autor, um dos principais motivos para esse fato, está nos altos custos desse sistema investigativo, que demonstram disparidade de armas entre as partes.

Diante disso, a Lei n.º 332, de 08 de agosto de 1995, garantiu ao defensor do investigado apresentar as provas obtidas diretamente em juízo. Mais tarde, com a edição da n.º 479, de 16 de dezembro de 1999, que previu o dever do Ministério Público de realizar um aviso de conclusão das investigações, bem como a faculdade de o sujeito passivo depositar as provas colhidas por meio da investigação defensiva. Por fim, a Lei n.º 397, de 07 de dezembro de 2000, “alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, para regulamentar, de maneira detalhada, a investigação defensiva”. Com essas alterações buscou-se, na verdade, reequilibrar a posição das partes na persecução prévia, garantindo aos defensores, ao Ministério

Público e a Polícia Judiciária, o direito de realizar investigações (MACHADO, 2010, p. 114).

Ainda, segundo Machado (2010, p. 114):

Hoje, a investigação defensiva, além de ser tema bastante estudado pela doutrina italiana, vem sendo cada vez mais utilizada pelos defensores para buscar elementos de prova favoráveis aos assistidos. Prova disso é que existe portal jurídico italiano específico sobre a investigação defensiva, cujo endereço virtual é “www.indaginidifensive.it”. Em tal site, constam obras doutrinárias e julgados relacionados à investigação defensiva, bem como modelos dos principais atos que podem ser executados ao longo deste procedimento.

Portanto, na Itália tem-se um sistema positivado de investigação defensiva, segundo o qual as partes produzem suas provas em separado, para que depois forme um único processo de investigação preliminar, sendo que essas provas servirão para a instrução de todo o processo judicial, bem como para a formação da opinião do magistrado. Assim, em que pese não existir um sistema tipicamente acusatório no direito italiano, pelas diversas barreiras impostas, conforme explanado pela doutrina, mostra-se que há um grande avanço naquele país, já que se permite a produção de provas de forma individualizada, preconizando, assim, uma paridade de armas entre investigado e investigador.

4.4 OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Sobejamente, o código de processo penal não possui em seu texto qualquer referência à atividade de investigação defensiva, mas também não possui sequer um artigo afirmando em sentido contrário.

Como visto acima, o art. 14, do Código de Processo Penal não disciplina a atividade de investigação defensiva, embora também não a proíba. Mas, sobre o referido artigo, cumpre ressaltar que tramita perante o Senado Federal o Projeto de Lei nº 4.209/2001, que visa acrescentar parágrafo único ao art. 14 do CPP, para que nos casos de requisição de diligências, havendo o seu indeferimento, poderá o advogado do investigado apresentar recurso à autoridade policial superior.

Segundo leciona Fernandes (2007, p. 99), não existe no sistema processual penal brasileiro qualquer norma que trate do tema investigação defensiva. Portanto, nada

impede que ela seja realizada, mas não poderá o investigado contar com o apoio policial para tanto. Ainda, os eventuais elementos conquistados através das investigações não são bem quistos pela Promotoria de Justiça e pelos Juízes, e são pouco valoradas.

Desta feita, tem-se que há certa resistência das autoridades públicas em apreciar as provas produzidas através da investigação defensiva, aparentemente, pela mesma regra que a defesa não vê com bons olhos as provas que instruem os autos do inquérito policial.

Mas, além dessa resistência apresentada, mostra-se, também, substancial a análise dos limites específicos quando da produção das provas pelo investigador particular.

Em seus ensinamentos, Machado (2010, p. 173) explica que a investigação defensiva deve observar as mesmas regras da investigação pública, ou seja, há necessidade de autorização judicial para adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. A investigação defensiva possui, ainda, restrições específicas, pois não poderá valer-se do poder de polícia, que é atributo exclusivo dos órgãos públicos. Por esses motivos, a investigação esbarrará na necessidade de que o titular do direito consinta a investigação.

Tem-se que as investigações defensivas, portanto, poderão ocorrer, como regra, no mesmo pé de igualdade das investigações particulares, mas, devem respeitar requisitos específicos, e necessita de conquistar essas provas por meios não coercitivos, já que não possuem poder de polícia, e, quiçá poderão violar direito de terceiros.

Nesse sentido:

A investigação criminal defensiva confere ao defensor do imputado autorização para que desenvolva um trabalho de defesa mais participativo e eficaz. Todavia, a investigação promovida pela defesa deve observar limites, sob pena de afrontar direitos e garantias, que são protegidos até mesmo pela investigação pública. Em outras palavras, se por um lado o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos, para exercer uma investigação defensiva eficaz, em razão do princípio de paridade de armas e da ampla defesa, por outro, devem incidir também sobre tal investigação os mesmos limites da investigação pública. Isso se aplica, notadamente, em relação à necessidade de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais (RASCOVSKI, 2012, p. 110).

Ainda, ressalta-se que a lei 13.432/2017, que instituiu a figura do Investigador Particular, determina em seu art. 5º que, ao passo que, quando o detetive encontrar supostos atos que envolvam ilícitos, estes devem ser imediatamente comunicados à Autoridade Policial, sendo a encargo desta autorizar ou não as investigações paralelas.

Outra figura importante nas investigações defensivas é a Defensoria Pública, pois sua atuação é estritamente em favor do acusado, e por tais razões possui papel relevante na garantia dos direitos do acusado.

4.5 A DEFENSORIA PÚBLICA NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

A Defensoria Pública atua na esfera de defesa daqueles que mais necessitam de amparo e assistência do Estado, pois são desprovidos de recursos financeiros capazes de arcar com as despesas de um defensor particular.

Nos moldes do inciso LXXIV do art. 5º da CF: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Nessa trilha, Lopes Junior (2006) explica que a investigação criminal defensiva é um privilégio para os afortunados, pois aos pobres na acepção da lei não possuem condições financeiras de arcar com essas despesas, ou seja, a maioria da sociedade.

Entretanto, de acordo com Machado (2010, p. 181), essa limitação econômica não deve obstar sua produção de provas, que deverá então ser realizada pelo próprio Estado, e por meio da Defensoria Pública, devendo para tanto os Entes Públicos aparelharem e reestruturarem estes órgãos para que possam desempenhar essa atividade em benefício da sociedade.

“Assim, como ocorre na fase processual, cabe ao Estado, por meio da Defensoria Pública, suprir a defesa econômica do imputado na fase investigativa. Somente dessa forma haverá verdadeira paridade de armas entre acusação e defesa” (RASCOVSKI, 2012, p. 114).

Para Tucci (1993, p. 104), a Defensoria Pública é considerada uma instituição tipicamente social, por advogar para o povo, em sua defesa pré-processual e processual, em todos os graus de jurisdição.

Nesse contexto, o art. 134, da CF/88, previu expressamente que a Defensoria Pública é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

E, nos dizeres de Rascovski (2012, p. 114), é por isso que “cabe à Defensoria o patrocínio dos interesses dos hipossuficientes, notadamente dos investigados no âmbito criminal, já que se estará tutelando direito à liberdade.

A promoção destes direitos, portanto, devem ocorrer na fase investigativa, a fim de que garantam ao investigado o direito a ampla defesa e ao contraditório, que só será alcançado através da investigação criminal defensiva. Neste sentido, destaca-se os artigos 3º-A e 4º, da Lei Complementar n. 80/94 com nova redação atribuída pela Lei Complementar n. 132/2009 (que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências):

Art. 3º- A. São objetivos da Defensoria Pública:

(...)

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

(...)

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

(...)

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

(...)

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

(...)

§ 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.

(...)

§ 11. Os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do caput reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e **assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos** (BRASIL, 1994) (grifo nosso).

Portanto, implementar a investigação defensiva através das Defensorias Públicas, demonstra que os Estados estão cumprindo o seu “papel garantidor da assistência jurídica gratuita, assegurado constitucionalmente, em sua forma mais ampla, observando o devido processo legal e a ampla defesa” (RASCOVSKI, 2012, p. 115). Desse modo, observa-se que a Defensoria Pública é importante instrumento de defesa dos menos afortunados, bem como umas das formas de efetivamente instalar-se a investigação defensiva, em especial para aqueles que não possuem recursos para custear uma investigação particular.

Ainda, revela-se imperioso o seu reconhecimento, conforme passa-se a expor, pois será assim que efetivamente o investigado poderá deixar de ser mero objeto a ser investigado e passará a ter direitos, de modo singular aqueles inerentes ao contraditório e a ampla defesa.

4.6 O GARANTISMO PENAL

Ao tratar do tema garantismo penal, cumpre trazer à baila a obra de Ferrajoli, que trata do “Direito e Razão”, que segundo o autor, o termo garantismo possui ao menos três significados.

Assim, de acordo com Ferrajoli (2006, p. 785-787)

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...]

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas,

também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, Põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

[...]

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

De acordo com o primeiro significado de “garantismo” apresentado pelo autor, visa-se uma atuação mínima do Estado, segundo a qual busca-se diminuir a violência, para que o direito a liberdade seja garantido com a máxima proteção. Assim, tem-se que a função do Estado não será apenas punir o indivíduo, mas se assegurar diversos direitos.

Em um segundo momento o autor apresenta o garantismo como o direito que a parte possuiu de ter um processo válido e efetivo, ou seja, assegurando-se uma estrita legalidade às normas.

Por fim, apresenta-se como garantismo a necessidade de o Estado justificar as suas ações, quer dizer, há que se ter uma valoração do “ser” e do “dever-ser”, não bastando apenas a aplicação de uma punição.

Segundo Pacelli (2017, p. 32) “embora toda e qualquer garantia processual individual se insira no contexto do garantismo, não significa que o seu conceito possa ser resumido a um conjunto de garantias estipuladas em favor do réu no processo penal”.

Assim, o garantismo penal e processual penal baseia-se na concentração de valores que existe em cada sociedade. Pode-se afirmar que é na forma como se lida com o poder-dever que se verifica como se dá a efetividade das normas e o respeito do Estado Democrático de Direito e os seus valores constitucionais (DEZEM, 2017, p. 19).

Sobre o Estado Democrático de Direito, explica Ferrajoli (2006, p. 790)

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado :

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes [...].

b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

Portanto, dizer que o Estado é Democrático de Direito é afirmar que os direitos dos cidadãos serão respeitados em todos os planos: formal e substancial, no qual o formal visa fazer com que a administração pública atue em sentido estrito as normas, ou seja, todas as suas atividades estarão vinculadas diretamente a um controle legal. Noutro giro, diante do plano substancial, tem-se que o Estado deve garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos, quer dizer, o Estado não medirá esforços para que seus administrados tenham assegurados todos os seus direitos.

Nesta trilha, Bobbio *apud* Dezem (2017, p. 19) explica que o garantismo visa assegurar um conjunto de premissas, que envolvem desde o meio de pensar até o de executar as ciências jurídicas. Nesse sentido:

Todo este amplo discurso se desenvolve de forma compacta entre a crítica dos fundamentos gnosiológicos e éticos do direito penal, em um extremo, e a crítica da práxis judicial de nosso país, em outro, afastando-se dos dois vícios opostos da teoria sem controles empíricos e da prática sem princípios, e sem perder jamais de vista, não obstante a multiplicidade dos problemas enfrentados e a riqueza da informação, a coerência das partes com o todo, a unidade do sistema, a síntese final.

O garantismo aplica-se, em especial as normas de direito penal, pois é nessa matéria que o cidadão necessita de ser resguardo em seus direitos, de modo singular no direito de defesa, quando contra si é imputado determinado tipo penal. Aqui, alguns axiomas são citados por Dezem (2017, p. 19), que segundo o autor são fundamentais para um modelo garantista. São eles:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;

- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exteriorização da ação;
- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Denota-se que vários princípios visam nortear o garantismo penal, entretanto não visa este trabalho dar maior ênfase a tais pilares, pois revela-se de maior importância a análise do direito de o investigado poder executar sua própria defesa em sede pré-processual, mas que para tanto, basta que seja compreendido o tema “garantismo penal”.

Pois no direito penal, há o risco do cerceamento de liberdade de um indivíduo que não cometeu qualquer ilícito. Nesta linha Pacelli (2017, p. 32):

Nessa linha de considerações, o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano.

Nesta trilha, o garantismo, em especial o garantismo penal, surge como figura centralizadora e garantidora de direitos, pois, não basta apenas que o Estado se proponha a aplicar as normas, há, também, que assegurar aos investigados meios de defesa, que sem os quais torna-se, exclusivamente, uma punição sem qualquer direito constitucional.

Portanto, o direito de defesa na fase pré-processual mostra-se imperiosa, pois o Estado passará a garantir aos seus administrados o direito de buscar meios de defesa ainda na fase investigativa, o que permite dizer que o acusado poderá angariar meios de provas, que serão confrontados com as provas colhidas em sede policial.

Diante destes preceitos, assegurar um direito de defesa na fase do inquérito é garantir também um Estado Democrático de direito, no qual há uma paridade de armas entre acusado e acusador.

4.7 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A investigação criminal defensiva, como visto, visa assegurar ao investigado uma paridade de armas na construção de sua tese de defesa ainda na fase pré-processual. A garantia da possibilidade desta defesa, decorre, especialmente, dos direitos assegurados pela CF/88.

Desde o império, as Constituições brasileiras utilizam-se do princípio da igualdade perante a lei, o qual se confunde com a isonomia formal, pois se deve tratar a todos de forma igualitária, sem levar-se em consideração as distinções (SILVA, 1997. p. 209).

Na atual Constituição, destaca-se o teor do art. 5º, *caput*, da CF/88:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros** e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade, à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (grifo nosso).

Segundo Costa (2001, p. 59/60), a igualdade trata-se de um direito fundamental, pois todos possuem o direito de não serem discriminados por suas diferenças, bem como de receber do Estado oportunidades, bens e serviços. Por tais razões, o direito fundamental não é apenas aquele de ser igual perante a lei, mas de ser igual perante toda ordem social.

Há situações durante a persecução penal que fazem com que o acusado fique em situação *favor rei*, a qual cria uma posição de vantagem para o acusado, a exemplo, pode-se citar os embargos infringentes, que são privativos da defesa. Ainda, a revisão criminal que é *pro reo*, pois não há revisão *pro societate* (BADARÓ, 2016, p. 23).

Nesta trilha, resta necessária uma maior participação da defesa durante a fase investigativa, para que haja uma paridade de armas, que é fundamento necessário para a igualdade entre as partes. Neste sentido, Ferrajoli (2006, p. 490):

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

periciais ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acusações.

Ponto fundamental, portanto, é o direito de que autor e réu estejam munidos de provas durante toda persecução penal, e, este municiamento só ocorrerá se o Estado aplicar de forma igualitária o direito das partes, pois se o Membro do Ministério Público fundamenta-se através do inquérito policial, há de ser concedido pelo estado “armas” de defesa para o acusado.

No mesmo sentido, Fernandes (2007, p. 46) afirma que no direito processual penal o princípio da igualdade garante tratamento equânime, pois faz com que as partes fiquem em igual posição jurídica no processo, obtendo as mesmas oportunidades de comprovarem seus argumentos.

Esta igualdade de armas, desde o início da *persecutio criminis*, é o que garante a igual distribuição do processo penal, pois, a mesma produção de provas não deve servir para as duas partes, já que os envolvidos estão a defender interesses opostos, que através de suas teses visam fazer prevalecer os seus interesses sobre os de outrem (VIEIRA, 2013, p. 189).

Para o autor Tourinho Filho (1998, p. 51), não é sempre que o Estado deve assegurar o direito de igualdade absoluta de condições as partes, afinal, a desigualdade é provocada pelo próprio acusado. Assim:

Desde que surge em sua mente a ideia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois, a igualdade nas condições de luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo ‘nobrememente’ sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor.

Marques (1997, p. 151) assevera que autorizar a participação do investigado de forma indiscriminada não deve ocorrer, mas, somente em casos peculiares deve a autoridade policial autorizar o indiciado a participar, como nos casos de averiguação de fatos duvidosos. “A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial”.

Nesse sentido, para uma parcela da doutrina, não garantir a paridade de armas para o investigado não viola o seu direito de igualdade, já que desde o momento em que cometeu o delito, a sociedade já se encontra em situação desvantajosa e, por isso, o

Estado não necessita de equilibrar a balança do investigado, pois deve o acusador ficar com uma margem maior de benefícios para que consiga restabelecer a equidade.

Gomes Filho (1997, p. p. 86-87) segue linha inversa a citada por Tourinho Filho (1998), pois entende que:

O direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais da investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas.

Com isso, o investigado deve ter o direito de produzir suas provas, pois os benefícios da investigação a cargo do defensor são inegáveis, e, interessam todo o sistema processual,

seja porque permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque se volta a realizar cabalmente o princípio da paridade que, como já dito, constitui uma das pilstras sobre a qual se funda a reforma do justo processo (AZEVEDO; BALDAN, 2004, p. 07)

Nesta trilha, Tucci (1993, p. 389-390) defende a necessidade da produção de provas de forma efetiva e real, durante toda condução da persecução penal, inclusive na fase pré-processual. Para o autor, a possibilidade de contraditar a investigação criminal é um direito fundamental do investigado, direito que pode ser decisivo para sua permanência em liberdade ou não. Desse modo, o seu direito não pode ser considerado como mero requisito, mas deve-se impor a sua efetivação sob pena de nulidade do procedimento sem a efetiva participação de seu defensor.

Noutro giro, assegurar o direito a investigação defensiva, é garantir os direitos ao contraditório e ampla defesa estampados no bojo da Constituição Federal, como demonstrado anteriormente, que nas palavras de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 63.) a ampla defesa e o contraditório

estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A

defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Outro fundamento importante para a aceitação da investigação defensiva reside no direito de liberdade que o investigado possui. Sua consagração vem estampada no art. 5º, inc. LIV da CF/88, no qual "ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal".

Segundo Bonato (2002, p. 33), este princípio está ligado diretamente ao da razoabilidade da aplicação das leis, pois sua aplicação garante uma "paridade de forças entre os sujeitos processuais, visando a igualdade substancial".

De igual modo, o inciso 2 do artigo 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) determina que: Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgada.

Ainda, de acordo com Bonato (2002, p. 34):

Numa análise voltada para o direito processual penal, o princípio se desdobra e diz respeito direta e prioritariamente sobre as garantias de acesso à Justiça, do juiz natural, do tratamento paritário dos sujeitos processuais, da plenitude de defesa, da publicidade dos atos processuais, da motivação dos atos decisórios e da fixação de prazo razoável de duração do processo.

Sobre o direito de defesa, faz-se necessário, ainda, citar o entendimento de Lima (2017, p. 58), pois ao autor afirma que para que seja assegurado o devido processo legal, algumas garantias devem ser asseguradas, pois

o devido processo legal assegura está o direito de dispor de tempo e facilidades necessárias para preparar a defesa. Há de se assegurar ao acusado e a seu defensor o tempo e os meios adequados para a preparação da defesa. Apesar de não haver dispositivo expresso no CPP acerca do assunto, cuida-se de previsão comum nas declarações internacionais de direitos humanos. De fato, de acordo com o art. 8º, no 2, alínea "c", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), ao acusado se assegura a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa.

Assim, o devido processo legal assegura ao acusado em geral o direito de produzir suas provas, em seu tempo e, desde que lhe seja propiciado meios adequados para que estas informações sejam coletadas.

Destaca Lima (2017, p. 84), que em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, este implícito no texto constitucional, deve ao indiciado ser

assegurada a amplitude de defesa de forma proporcional a todas as partes envolvidas no processo, pois, após

exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, **destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas:**

- a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário);
- b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;
- c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;
- d) **direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica);**
- e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*;
- f) **direito à igualdade entre as partes;**
- g) **direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude;**
- h) direito ao benefício da gratuidade;
- i) direito à observância do princípio do juiz natural;
- j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação);
- l) **direito à prova;** e
- m) **direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes** (grifo nosso).

Portanto, o direito de uma investigação defensiva se funda em diversos princípios e mandamentos constitucionais, já que para o acusado ter o direito de se defender em juízo, ele necessita de poder produzir suas provas de forma ativa no processo penal, fase pré-processual e processual.

Sendo certo que a acusação do indivíduo nasce com o inquérito policial, é necessário então que lhe seja assegurada uma gama de recursos capazes de contraditar as teses promovidas pelo *Parquet*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito policial no Brasil apresenta-se através de um sistema inquisitório, que não autoriza ao investigado produzir provas dentro dos autos da investigação pré-processual.

Entretanto, conforme apresentado, a Constituição Federal brasileira autoriza ao investigado o direito à ampla defesa e a contraditório, que se tornam “peças chaves” ao direito de produzir a defesa do investigado.

A investigação defensiva revelou-se como importante instrumento de defesa neste caso, pois, faz com que o acusado possa, paralelamente, as investigações policiais, realizar a sua própria busca de indícios.

Observou-se que, a investigação defensiva sofre duras críticas por grande parcela da doutrina, em especial, por afirmarem que o contraditório e a ampla defesa será assegurada. Contudo, apenas na fase processual.

Outro ponto fundamental observado foi à intenção do legislador ao editar a Lei 13.245/2016, bem como a Lei 13.432/2017, que juntas asseguram uma maior amplitude de direitos aos defensores, bem como de se contratar um investigador particular, que se autorizado pela autoridade policial, poderá realizar investigações criminais.

Noutro giro, após o novo Código de Processo Penal ser aprovado, ao que parece, todas as fases da persecução se basearão no sistema acusatório, o que permite afirmar que o investigado poderá produzir suas provas ainda na fase pré-processual.

Ainda, através da lei 13.245/2016, o advogado do investigado passou a ter novas prerrogativas ao assistir o seu cliente, inclusive podendo apresentar razões e quesitos durante as perícias, mas, tal norma não foi suficiente para afastar a inquisitorialidade presente no inquérito policial.

Ressalta-se também que, restou comprovado a necessidade de se ter um órgão apto a realizar as investigações defensivas, que para a doutrina majoritária, esse órgão deve ser a Defensoria Pública, já que é ela a entidade responsável por representar aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com despesas processuais.

Por fim, observou-se que as normas contidas na constituição não estão sendo observados durante a instrução processual, pois, não há prevalência do contraditório e da ampla defesa, bem como da equidade entre as partes, já que é certo que as provas do Ministério Público são produzidas pela autoridade policial, enquanto as do investigado não são produzidas em um primeiro momento.

Desse modo, concluí-se que urge a necessidade da aprovação do novo Código de Processo Penal ou de outra lei processual penal que assegure ao investigado o direito de poder, na fase pré-processual, produzir suas próprias provas de defesa.

Ainda, faz-se necessário o estudo mais aprofundado acerca da criação de órgãos capazes de assegurar a investigação defensiva, bem como uma maior análise do novo Código de Processo Penal, a fim de sanar os questionamentos quanto o fim da inquisitorialidade, e a conseqüente garantia ao contraditório e ampla defesa em todas as fases processuais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 137, abr. 2004.

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

_____. **Processo Penal**. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAHIA, Flávia. **Descomplicando Direito Constitucional**. 3^o edição. Recife: Editora Armador, 2017.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 1993.

BONATO, Gilson. **Por um efetivo "devido processo penal**. 2002. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/11158/9903>. Acesso em 10 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. **Análise do projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8.045/2010 na câmara), que institui o novo código de processo penal**. Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais. 2011. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI-AgR: 687893 PR**. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/08/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-177 Divulg 18- 09-2008 Publicado em: 19-09-2008 EMENT Vol.- 02333-10 PP- 02004).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 89.837/DF** – Distrito Federal. Relator: MELLO, Celso de. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>. Acesso em: 01 nov. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O Detetive Particular na Investigação Criminal**. 2017. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/449248961/o-detetive-particular-na-investigacao-criminal>>. Acesso em: 14 out. 2017.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei 13.432/2017, detetive particular e investigação criminal defensiva**. 2017. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/04/lei-134322017-detetive-particular-e.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do Direito Processual Penal**. Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 278, 11 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4993>>. Acesso em: 15 out. 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

JARDIM, Afrânio. **Consequência de eventual nulidade de algum ato probatório constante de procedimentos investigatórios de condutas delituosas (2016)**. Disponível em: <https://www.facebook.com/afraniojardim/posts/557328701083093>. Acesso em: 09 out. 2017.

JORGE, Higor Vinícius Nogueira. **A processualização do inquérito policial. É possível o contraditório no inquérito?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 471, 21 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5840>>. Acesso em: 14 out. 2017.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LACERDA, Marcus Camargo de. O **inquérito policial agora é legalmente contraditório**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 275, 8 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5063>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 5. ed. ver., ampl., e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

MARQUES, José Frederico. **Da competência em material penal**. Campinas: Millennium, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18^a. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33^a. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Bismael B. **Direito e Polícia** – Uma introdução à Polícia Judiciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. **A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova**. Revista Jurídica UNIGRAN. Vol. 17, nº 33. Dourados, Jan./Jun. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PINTO, Nalayne Mendonça; SILVA, Rodrigo Lima e. **Algumas considerações acerca do inquérito policial no projeto de lei do Senado Federal nº 156/2009, que trata da reforma do código de processo penal**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 111-132, abr. 2013

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

RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo : Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guiz compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

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

SANGUINÉ, Odone. **Notas sobre a investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado**. Associação Nacional de Justiça Terapêutica. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=92>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, José Barcelos de. **Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8498,41046Poderes+da+defesa+na+investigacao>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12^a. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 7^a. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 1993. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

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

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Processo penal completo**: doutrina, formulários, jurisprudências e prática. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.