



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM DIREITO

ROBERTA CHRISTINA VIEIRA

**ACESSO À JUSTIÇA PENAL ACUSATÓRIA:**  
A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO  
INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Florianópolis - SC  
2019

Roberta Christina Vieira

**ACESSO À JUSTIÇA PENAL ACUSATÓRIA:**  
A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO  
INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Florianópolis – SC

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Vieira, Roberta Christina

ACESSO À JUSTIÇA PENAL ACUSATÓRIA: : A INVESTIGAÇÃO  
DEFENSIVA COMO PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO INQUÉRITO  
POLICIAL NO BRASIL / Roberta Christina Vieira ;  
orientador, Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro, 2019.  
106 p.

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade  
Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Investigação. . 3. Inquérito Policial. .  
4. Inquisitório. . 5. Contraditório.. I. de Castro, Prof.  
Dr. Matheus Felipe . II. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Roberta Christina Vieira

**Acesso à justiça penal acusatória: a investigação defensiva como proposta de democratização do inquérito policial no Brasil**

Este trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart de Cademartori  
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Dr. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva  
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof. Dr. Orides Mezzaroba  
Coordenador do Programa

---

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro  
Orientador

Florianópolis, 2019.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Matheus, pelo exemplo de imersão acadêmica.

Aos meus pais, por sempre dissiparem as negras nuvens da tortuosa trajetória existencial.

Aos discentes e servidores da Universidade Federal de Santa Catarina, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, em especial, à Evelyn Alice Etges, pela integral assistência e disponibilidade.

Aos colegas de curso Patrícia, Thaís, Fred e Luciano.

## RESUMO

Esta dissertação tem como problema de pesquisa o acesso à justiça penal pautado na investigação defensiva como proposta de democratização do inquérito policial no Brasil. O objetivo geral é embasado na análise da viabilidade de um modelo de investigação defensiva que poderia ser construído no Brasil, com o escopo de garantir a autonomia investigatória do Estado e, em contrapartida, assegurar uma maior paridade de armas para o investigado no processo penal. Como objetivos específicos, o trabalho buscou compilar teorias, informações e conceitos, visando criar um projeto de lei que auxilie na implementação da investigação penal defensiva no Brasil, mediante a recusa da doutrina majoritária pátria em aceitar o referido instituto, apesar de a Constituição Federal de 1988 demarcar explicitamente a paridade de armas no processo penal. A pesquisa teve como metodologia a revisão bibliográfica e documental pautada em consultas de legislação nacional e alienígena, artigos, dissertações, teses e doutrinas. Fez-se uma abordagem acerca de como a investigação está disposta atualmente no sistema processual penal pátrio, expondo suas características, em especial, a inquisitorialidade e o sigilo. Observou-se, então, que, apesar da jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores mostrar-se resistente a possibilidade da aplicação da investigação preliminar criminal defensiva sob a justificativa que o referido instituto é inquisitivo e sigiloso, há que se vislumbrar que tais traços estão em dissonância com o preceituado na CF/88, inviabilizando ao acusado ou suspeito o direito à paridade de armas. Conclui-se, portanto, que se faz premente a observância dos princípios regentes do Estado Democrático de Direito no Brasil no que concerne ao Inquérito Policial, viabilizando, assim, a implementação de legislação específica na investigação preliminar.

**Palavras-chave:** Investigação. Inquérito Policial. Inquisitório. Contraditório. Paridade de Armas.

## ABSTRACT

This dissertation has as research problem the access to criminal justice based on defensive investigation as a proposal of democratization of the police inquiry in Brazil. The general objective is based on the analysis of the viability of a defensive investigation model that could be built in Brazil, with the scope of guaranteeing the State's investigative autonomy and, in return, ensuring a greater parity of weapons for the investigated in the criminal process. As specific objectives, the work sought to compile theories, information, concepts aiming to create a bill that assists in the implementation of defensive criminal investigation in Brazil, by refusing the majority doctrine to accept the said institute, despite the Federal Constitution of 1988. explicitly demarcate arms parity in criminal proceedings. The research had as methodology the bibliographic and documentary revision based on consultations of national and alien legislation, articles, dissertations, theses and doctrines. An approach was made about how the investigation is currently arranged in the homeland criminal procedural system, exposing its characteristics, in particular, inquisitoriality and secrecy. It was observed, then, that although the majority jurisprudence of the Superior Courts is resistant to the possibility of applying the preliminary criminal defensive investigation under the justification that the institute is inquisitive and confidential, it must be seen that such traits are in dissonance with the precept in CF / 88 making it impossible for the accused or suspect the right to parity of arms. It is concluded, therefore, that the governing principles of the Democratic Rule of Law in Brazil regarding the Police Inquiry are urgent, thus enabling the implementation of specific legislation in the preliminary investigation.

**Keywords:** Investigation. Police Inquiry. Inquisitorial. Contradictory. Parity of Arms.

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS:**

**CPP:** Código de Processo Penal

**CRFB/88:** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**LCP:** Lei de Execuções Penais.

**PL:** Projeto de lei

**TJSC:** Tribunal de Justiça de Santa Catarina

**STJ:** Superior Tribunal de Justiça.

**StPO:** Strafprozeßordnung



## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>05</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>06</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1      DESCRIBÇÃO DO PROBLEMA .....</b>	<b>13</b>
1.1    A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: CONCEITO .....	13
1.2    A ORIGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A CORRELAÇÃO COM OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS .....	18
1.3    OS MODELOS NO DIREITO COMPARADO .....	23
1.3.1 <b>O Inquérito Policial Português.....</b>	<b>24</b>
1.3.2 <b>O Inquérito Policial Alemão .....</b>	<b>25</b>
1.3.3 <b>O Inquérito Policial Italiano.....</b>	<b>26</b>
1.3.4 <b>O Inquérito Policial Espanhol .....</b>	<b>27</b>
1.3.5 <b>O Inquérito Policial Francês.....</b>	<b>27</b>
1.3.6 <b>O Inquérito Policial Americano .....</b>	<b>28</b>
1.3.7 <b>O Inquérito Policial Argentino.....</b>	<b>29</b>
1.4    ESTUDO DO PROBLEMA BRASILEIRO: A AUSÊNCIA DE POSITIVAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL .....	29
<b>2      A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O SISTEMA PROCESSUAL           BRASILEIRO .....</b>	<b>32</b>
2.1    O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....	34
2.2    O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	36
2.3    O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	37
2.4    SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: O PENSAMENTO DE FRANCO CORDERO .....	39
2.5    O MODELO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	48
2.6    CADA PARTE NO SEU LUGAR: AS FUNÇÕES PROCESSUAIS E SUAS DELIMITAÇÕES.....	51
2.6.1 <b>O Magistrado .....</b>	<b>52</b>
2.6.2 <b>O Ministério Público .....</b>	<b>62</b>
2.6.3 <b>A Defesa .....</b>	<b>65</b>

2.6.3.1 A Autodefesa .....	68
<b>2.6.4 A Vítima .....</b>	<b>69</b>
<b>3 ANÁLISE CRÍTICA DO PROBLEMA.....</b>	<b>73</b>
3.1 CONSTRUINDO UM MODELO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PARA O BRASIL .....	73
3.2 O INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO E A SUA INQUISITORIEDADE .....	76
3.3 PRESSUPOSTOS PARA COMPATIBILIZAÇÃO COM O CASO BRASILEIRO .....	81
3.4 UM PROJETO DE LEI PARA A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL	91
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>97</b>

## INTRODUÇÃO

A persecução penal é o trajeto percorrido pelo Estado com a finalidade de esclarecer os fatos supostamente criminosos, desmembrando-se em duas fases: a investigação preliminar e a processual penal.

Tem-se, então, que o cerne da investigação preliminar é a busca da elucidação dos fatos e a coleta de elementos que sirva de subsídio à segunda fase da persecução, visto que a parte acusadora lastreia-se por um conjunto probatório mínimo, qual seja, a prova da materialidade do delito e indícios de autoria, para que seja perfectibilizado seu direito de oferecer a denúncia.

Contudo, é oportuno frisar que, no exercício estatal do *jus puniendi*, não devem ser desconsideradas as garantias processuais, quer sejam as constitucionalmente previstas ou as entabuladas na legislação alienígena e pactos internacionais. A existência desses direitos e garantias fundamentais buscam trazer a segurança jurídica, bem como a proteção do acusado de possíveis excessos infligidos pelo Estado.

Diante disso, este trabalho tem como propósito explicar os sistemas processuais, majoritariamente, vigentes nas fases pré e endoprocessuais no Brasil. Analisa-se, também, em especial, como é o inquérito policial e como deveria sê-lo, almejando resguardar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Logo, esta dissertação tem como **problema de pesquisa** a propositura de um modelo de investigação defensiva que poderia ser construído no Brasil, respeitando a autonomia investigatória do Estado e, em contrapartida, garantir uma maior paridade de armas para o investigado no processo penal.

A **hipótese** sustentada é que o Código de Processo Penal vigente, promulgado em 1941, embasa-se na legislação italiana da década de 1930, o qual é preponderantemente inquisitório, sendo este o princípio basilar do Inquérito Criminal ainda utilizado no Brasil, apesar da CF/1988 definir o sistema acusatório como o ideal, devendo ser observado pelos operadores jurídicos brasileiros.

O **objetivo geral** é demonstrar que há viabilidade de se institucionalizar a investigação preliminar defensiva com a observância do processo penal constitucional e, por conseguinte, democratizar o Inquérito Policial no Brasil. Para tal, pauta-se pela Teoria dos Sistemas Processuais Penais ou Sistema de Gestão de Provas de Franco Cordero.

Há, atualmente, em trâmite alguns projetos e provimento que visam implementar e lapidar o que já deveria estar instituído, tais como: Projeto de Lei nº 156/2009, Projeto de Lei

nº 8045/2010, Provimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) nº 188/2018 e Projeto de Lei nº 4981/2019.

O **objetivo adicional**, que se coaduna com o presente Programa de Mestrado Profissional, consiste em proporcionar subsídios teóricos aos Juízos de Direito, Câmaras Criminais e demais Órgãos Julgadores do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca do instituto da investigação defensiva, de maneira que seja possível que essas instituições se deparem, por meio desta dissertação, com um repositório de pesquisa sobre o tema com a finalidade de solucionar as diversas questões que circundam essa categoria jurídica nos casos a serem decididos.

É pacífico que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem encontrando esta temática tanto em primeira quanto em segunda instâncias, exigindo dos magistrados que o compõem, assim como dos membros de seus respectivos gabinetes, gradativa desenvoltura com o tema e sua paralaxe.

Dessarte, o problema aqui adotado como estudo tem por objetivo ser fonte para debates acerca do Inquérito Criminal Defensivo, devendo ser observado e contemporizado pelos Juízos de Direito e pelas Câmaras Criminais e outros órgãos julgadores do Tribunal Catarinense no trato dos casos apresentados para análise e julgamento, em respeito aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, este trabalho está estruturado com esta introdução, três capítulos e uma conclusão.

O primeiro capítulo conceitua, explicita a origem e utiliza o Direito Comparado para explanar a investigação defensiva no inquérito criminal, além de expor a questão da prática investigatória como objeto desta dissertação.

O segundo capítulo expõe a codependência entre a investigação defensiva e os sistemas processuais penais. E busca analisar o sistema inquisitório e o acusatório, em especial, sob a ótica do sistema da gestão de provas, cujo criador é Franco Cordero. Considerando a referida teoria como corrente majoritária, tem-se que esta resguarda o processo penal constitucional, agasalhando os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, sendo a ideal para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao investigado, prescritos na CF/1988.

Procura-se, ainda, discorrer acerca da função processual das partes, bem como a necessidade de que todos tenham idênticos poderes dentro da marcha processual, incluindo-se o magistrado, não sendo este apenas um ente que permanecerá inerte até que lhe seja solicitada uma decisão.

O terceiro capítulo, intitulado “Construindo um modelo de investigação defensiva para o Brasil”, configura o cerne desta dissertação. Nessa etapa da pesquisa procura-se demonstrar os vícios apresentados no inquérito policial atual, bem como as prementes mudanças que se fazem necessárias para que os direitos e garantias fundamentais do acusado sejam respeitados, desde a fase preliminar do procedimento criminal até a decisão elaborada em cooperação entre partes e magistrados, consoante a Teoria da Gestão das Provas. Logo, como compilação deste estudo, fez-se um esboço de projeto de lei que visa expor as ideias centrais acerca da investigação criminal defensiva, mais alinhada com as leis constitucionais e infraconstitucionais vigentes atualmente no Brasil.

Nesse contexto, intenta-se ofertar à comunidade jurídica, bem como às diversas unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, uma ampla dialética das diversas matrizes (históricas, doutrinárias e legais), quer sejam provenientes do Direito nacional ou alienígena, almejando a implementação deste instituto jurídico que se considera necessário, em especial, nos últimos anos, em decorrência de seu notório desrespeito no processo penal brasileiro, que gera, por conseguinte, abusos em larga escala sobre os direitos e garantias fundamentais do investigado.

Em havendo tal observância, o jurisdicionado catarinense poderá abrigar-se à luz da segurança jurídica, visto que o sistema jurídico se torna padronizado, viabilizando que os acusados ou suspeitos e seus respectivos defensores públicos, dativos ou advogados constituídos consigam laborar sem surpresas arbitrárias das autoridades competentes.

A **metodologia**, pautada na pesquisa bibliográfica (artigos, dissertações, teses e livros) e documental (legislação, relatórios, doutrinas), consiste na análise do caso com orientação hipotético-dedutiva, partindo-se do Provimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nº 188/2018, mas não se limitando ao conteúdo dele, analisando a premente necessidade posta em consonância com a doutrina pátria e alienígena e, posteriormente, fazendo uso do método indutivo, visa estabelecer conceitos gerais para o tema, os quais culminam na tentativa de alicerçar um projeto de lei que vise garantir uma maior paridade de armas para o investigado no processo penal.

## 1 DESCRIÇÃO DO PROBLEMA

Cumprindo os desígnios e encargos do Programa de Mestrado Profissional empregados a esta dissertação, neste Capítulo descreve-se o problema a ser analisado, consistente na ausência de posituação da investigação defensiva no Inquérito Policial do Brasil.

Efetua-se a exposição em quatro etapas, a saber: a primeira delas consiste na explanação do conceito e origem da Investigação Criminal; a segunda, analisa, ao longo da história, a investigação defensiva e a sua correlação com os modelos de sistemas processuais penais; a terceira, fundamenta-se numa abordagem do Direito Comparado; por derradeiro, a quarta, esmiúça a ausência de implementação da posituação da investigação defensiva no Inquérito Policial do Brasil.

### 1.1 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: CONCEITO

A investigação defensiva, conforme André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan, é definida como o conglomerado de atividades de natureza investigatória praticado, em qualquer etapa da persecução criminal, pelo Defensor, almejando a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de fomentar o acervo probatório lícito que, ao usufruir da parcialidade constitucional deferida, entregará para livre exercício da Ampla Defesa do imputado em contrapartida à investigação ou acusações oficiais.<sup>1</sup>

A persecução penal equiparada à atividade estatal de proteção penal inicia-se pela investigação criminal que é um procedimento estruturado por atos interligados que almejam a elucidação de fatos obscuros vinculados a uma possível prática delituosa. José Frederico Marques aborda a investigação preliminar como função estatal de persecução criminal designada para preparar a ação penal, que demonstra traços preparatório e informativo, porque o seu objetivo é entregar ao órgão encarregado da ação penal indícios suficientes para a dedução da pretensão punitiva em Juízo. O autor ressalta a índole informativa da investigação, a qual seria uma das principais divergências no que concerne à instrução realizada na ação penal: a obtenção de dados informativos para o órgão acusatório avaliar a viabilidade de

---

<sup>1</sup> BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. 64, v. 15, p. 253-273, jan/fev 2007.

propositura da ação penal e o objetivo daquela; a colheita de provas para explicitar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa e o escopo desta.<sup>2</sup>

A ausência do direito de defesa foi defendida em decorrência da suposta função informativa, inquisitória e sigilosa da persecução prévia. Tal teoria obteve apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que assegura que não se admite o contraditório na fase policial. Houve alguns dissidentes, com ênfase a Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que suscitaram a existência de atos instrutórios (repetíveis e irrepetíveis) na investigação. Tais atos teriam cunho preparatório e preservador, contendo determinada carga decisória, porque auxiliariam o Juízo de acusação e as medidas cautelares pessoais e patrimoniais perpetradas nessa fase.<sup>3</sup>

Considerando o relatado, necessária seria a atribuição, desde a etapa preliminar, do direito de defesa ao imputado. Oportuno ressaltar que tais atos instrutórios seriam diversos dos atos de investigação, que não teriam como funcionalidade o fomento do convencimento judicial, sendo realizados pela Autoridade Policial, logo após ter ciência de provável ação delituosa, para acautelar os meios de prova. A pensadora Marta Saad argumentou que os elementos contidos na investigação preliminar não seriam meramente informativos, mas também embasariam o convencimento acerca da viabilidade da ação penal, ou estariam relacionadas às condições obrigatórias para a decretação de provimentos cautelares na fase investigatória. Em detrimento de toda discussão doutrinária acerca do tema, pode-se afirmar que a investigação criminal é um conglomerado de atividades efetuadas por instituições estatais, surgindo de uma notícia-crime ou atividade de ofício, de caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal, o qual intenta verificar a autoria e as circunstâncias de um fato delituoso.<sup>4</sup>

Salienta-se que a investigação criminal tem como traço base a natureza pré-processual, por ser antecedente ao processo, com a finalidade de subsidiar a sua instauração ou, em havendo imputações despropositadas, evitá-la. Nessa fase, não há a pretensão acusatória e nem tampouco se pode falar em partes *stricto sensu*, porque inexistente a estrutura processual dialética, sob o manto do contraditório e o controle da Autoridade Judiciária.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 139.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 07-10.

<sup>4</sup> SAAD, Marta. **O direito de defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

<sup>5</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito Policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987, p. 21-22.

Em relação ao cunho pré-processual da investigação criminal, assevera Antônio Scarance Fernandes que, anteriormente à fase processual, é possível que ocorra o transcurso de fase prévia destinada à investigação, a qual não faz parte do processo, mas o prepara. Então, deduz-se que a investigação criminal é um procedimento administrativo ou judicial – dependendo do instituto responsável por seu trâmite – e pré-processual, pois acontece anteriormente ao processo criminal, para condensar elementos de convicção acerca de possível infração penal.<sup>6</sup>

A investigação prévia demonstra dois traços característicos: instrumentalidade e autonomia. Preliminarmente, pode-se afirmar que é um procedimento instrumental à ação penal, porque viabiliza o esclarecimento dos fatos mencionados na notícia de crime, fomentando subsídios para o andamento ou o arquivamento da persecução penal.

Da instrumentalidade da investigação criminal depreende-se a dupla função apontada pela doutrina pátria, qual seja: a) preservadora, porque impossibilita a instauração de ação penal infundada e, por conseguinte, ampara a liberdade do investigado e coíbe custos infundados para o Estado; b) preparatória, pois resguarda meios de prova que certamente desapareceriam com o decurso do tempo. A investigação criminal é marcada pela autonomia, pois, apesar de servir ao processo, sua existência não depende deste.<sup>7</sup>

Há casos em que a imputação é descabida e a investigação arquivada sem que seja iniciada a relação jurídica processual. É apropriado ressaltar que pode haver processo sem prévia instrução preliminar, desde que a instituição acusatória possua informações suficientes da autoria e materialidade delitiva para expor, imediatamente à acusação formal. Sustenta Aury Lopes Júnior que a autonomia da investigação criminal se irradia em três esferas: sujeito, objeto e atos. No que concerne aos sujeitos, é possível afirmar que os interventores na instrução preliminar não são, comumente, os atuantes no processo e, em sendo, o teor da intervenção é integralmente diversa. No tocante ao objeto, pode-se alegar que na investigação coleta-se, em grau mitigado de cognição, o fato contido da notícia de crime. Já o processo abarca a pretensão acusatória e o rechaço por parte do imputado.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> FERNANDES Scarance, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

<sup>7</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

<sup>8</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45-52.



As divergências suscitadas anteriormente distinguem os atos produzidos no processo daqueles efetuados na investigação, nos quais há uma restrição ao contraditório e a defesa, tal como a preponderância da escrita e do sigilo.

Como objeto, a investigação criminal tem por escopo analisar os fatos relatados na notícia de crime, agrupando dados referentes à suposta prática delitiva. O doutrinador Claus Roxin asseverou que a instrução preliminar deve fomentar-se para que seja possível, além da comprovação de culpabilidade do imputado, a desoneração do inocente. Nesse momento processual, não se observa acusação em sentido estrito, considerando que o seu objetivo é a verificação da viabilidade da pretensão acusatória.<sup>9</sup> A investigação possibilitará a transmutação entre a possibilidade (notícia-crime) para uma situação de verossimilhança (imputação/indiciamento) e, posteriormente, a viabilidade de indícios, imprescindível para a assunção de medidas cautelares e para o recebimento da ação penal.<sup>10</sup>

Consoante Francesco Carnelutti, pode-se dizer que o Juízo de possibilidade se dá quando as razões favoráveis ou divergentes à hipótese são equiparadas. Esse Juízo é satisfatório para a instauração de procedimento investigatório, porém não se pode equiparar ao da ação penal propriamente dita, visto que esta é dependente de Juízo de probabilidade, ou seja, é necessária a predominância das razões positivas acerca do ocorrido numa infração penal.<sup>11</sup>

Os sujeitos encarregados pelo ato de investigação criminal não são exclusividade de órgãos estatais, pois, esporadicamente, os indícios de convicção podem ser coletados por particulares, denominando-se de investigação privada, excepcionando-se os procedimentos administrativos geridos por autoridades públicas. Convém salientar que se permite a atuação do investigador particular na medida em que não atinja a competência da Polícia Judiciária, sendo regulamentada pela Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957<sup>12</sup>, e regulamentado pelo Decreto nº 50.532, de 03 de maio de 1961.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 152.

<sup>10</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

<sup>11</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Vol. II. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 181-182.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957**. Determina as condições para o funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3099.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2019.

<sup>13</sup> BRASIL. **Decreto nº 50.532, de 3 de maio de 1961**. Dispõe sobre o funcionamento das empresas de que trata a Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50532.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50532.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2019.

O ponto fulcral de diferenciação entre as investigações estatais e as privadas é a ausência do poder de coerção destas, consoante Bruno Calabrich.<sup>14</sup>

Logo, o particular, ao investigar por conta própria, está amparado por seus esforços individuais e pelo apoio de outros indivíduos, instituições públicas ou privadas. Sopesando o caráter subjetivo do responsável pelo ato investigatório, a investigação defensiva, assim como aquela efetuada pela vítima ou particular aleatório, é espécie de investigação privada, por não ser produzida por ente estatal. Então, a investigação defensiva deve seguir às limitações determinadas, especialmente, em decorrência da ausência de poder de polícia. A investigação pública, a qual é efetuada por órgãos, é reservada, dependendo da situação, à Polícia Judiciária, ao Juiz de Direito ou ao Ministério Público. Na primeira situação, vivenciada no Brasil e na Inglaterra, incumbe à Autoridade Policial determinar a estratégia de investigação, produzindo preliminarmente os atos referentes à elucidação da imputação, salvo os que impliquem mitigação dos direitos fundamentais, por necessitarem de autorização judicial.<sup>15</sup>

Há, ainda, outra hipótese de investigação a ser manobrada pela Autoridade Judiciária, isto é, pelo ‘Juiz instrutor’, como ocorre na França e na Espanha, quando o magistrado ao ter ciência da imputação, instaura de ofício o procedimento investigatório e efetua os atos imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos constantes na notícia de crime. Em geral, é permitida a requisição de diligências pelo Ministério Público e pelo Defensor, que são produzidas se determinadas pelo Juiz instrutor. É oportuno ressaltar que o Juiz instrutor não tem conexão com a antiga espécie do ‘inquisidor’. Preliminarmente, em virtude das separações das funções de investigar, acusar e julgar, isto é, o Juiz instrutor investiga, o Ministério Público ou o ofendido acusa e outro magistrado, que não o instrutor – atua no processo. E, ainda, há que se considerar que o Juiz instrutor, diversamente do inquisidor, tem a obrigatoriedade de ser imparcial, coletando provas relativas à imputação, independente de qual parte processual será favorecida.<sup>16</sup>

Por derradeiro, o Ministério Público, por intermédio do ‘Promotor investigador’, pode ser responsabilizado pela investigação criminal, como exemplo dos modelos vigentes na Itália, Portugal, Alemanha e nos países latino-americanos que se nortearam pelo Código de Processo Penal Modelo Ibero-América. Nessa hipótese, o Promotor, ao ter ciência de um suposto ato

---

<sup>14</sup> CALABRICH, Bruno, **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 69-70.

<sup>15</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65-69.

<sup>16</sup> Ibid., p. 71-73.

ilícito, após autorização judicial no que concerne a restrição dos direitos fundamentais, produz, auxiliado pela Polícia Judiciária, as diligências necessárias para a apuração dos fatos.

## 1.2 A ORIGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A CORRELAÇÃO COM OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A Investigação Criminal adquiriu contornos, ao longo do tempo, com cargas de poderes e deveres em relação ao imputado, porém mantendo o propósito da obtenção de dados acerca da materialidade e da autoria do suposto ato ilícito. Tal fase exordial demonstrou traços próprios em conformidade com o sistema processual penal vigente em cada ordenamento (inquisitório, acusatório ou misto).<sup>17</sup>

Em vista disso, analisa-se os formatos desses sistemas, enfatizando a investigação e a conjuntura do imputado.

Preliminarmente, na Grécia e Roma republicana, o sistema processual penal acusatório constituiu-se em decorrência do predomínio do caráter privado da acusação.<sup>18</sup>

Na Europa Continental vigorou até o século XII e, ainda mais, na Inglaterra, tornando-se o modelo vigente, sendo que o traço fulcral é a separação dos atos de acusar, defender e julgar, provenientes de partes processuais distintas.<sup>19</sup>

A persecução penal, nesse sistema, principiava por ato de instituto diverso do julgador, prevalecendo as garantias da independência e da imparcialidade do Juiz, da Igualdade, do Contraditório, da Ampla Defesa e da Publicidade.<sup>20</sup>

É necessário observar que no processo penal acusatório: a) os indícios probatórios coletados na investigação prévia são utilizados para o fomento do convencimento do acusador, não havendo possibilidade de adentrar nos autos e serem equiparados às provas; b) o gozo da jurisdição prescinde de acusação elaborada por órgão discrepante do Juiz; c) o procedimento necessariamente tem sua escalada com o contraditório pleno, mediante o Juiz natural.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

<sup>18</sup> MORAES, Bismael B. **Direito e Polícia – Uma introdução à Polícia Judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 123-124.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

<sup>20</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 92.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 27, p. 76-77, jul-set. 1999.

Pode-se inferir que a investigação preliminar era efetuada pelas partes ou guiada por órgão diverso do julgador, consoante poderes estipulados em lei prévia. Posteriormente, a Autoridade Judiciária averiguava a licitude da investigação ou, então, determinava preliminarmente a efetivação de medidas restritivas dos direitos e garantias fundamentais. O indiciado era considerado sujeito de direitos e, assim, possibilitava-se a intervenção deste na investigação, com o escopo de defender-se da acusação.

Na Roma Imperial surgiu o sistema inquisitório, desabrochou na Idade Média, em especial, nas Inquisições, prevalecendo na Europa continental até, aproximadamente, o século XVIII. Logo, o magistrado abandona o perfil de mero espectador, tornando-se o único ator da persecução penal, concentrando as funções de acusar, defender e julgar. O julgador deveria instaurar, de ofício, o processo, recolher as provas e proferir a sentença.<sup>22</sup>

Analisando, brevemente, a história da humanidade, visando chegar na criação da investigação defensiva dentro dos sistemas penais, temos que o exercício da pretensão punitiva das sociedades primitivas dava-se por intermédio da autotutela, leia-se, “a lei do mais forte”, a qual notoriamente trazia grandes problemas, pois não concedia a justiça a quem tivesse seu direito lesado.

No transcorrer do tempo, foi implementada a autocomposição, na qual os conflitantes de maneira espontânea pactuavam acordos e deliberavam pacificamente acerca de seus conflitos. Com o surgimento das sociedades, nasce o Estado-Juiz que avoca para si o poder do *jus puniendi*, aplicando o Direito ao caso concreto, evitando que o sujeito lesado não recebesse uma resposta estatal adequada. Visando solucionar os conflitos existentes, apareceram os sistemas processuais penais que, em suma, intentam garantir a igualdade entre os sujeitos processuais, inviabilizando que o Estado se exima de sua obrigação de julgar e solucionar a lide. Os sistemas processuais, majoritariamente, dividem-se em três: o sistema acusatório, inquisitório e o misto. É possível apreender, em praticamente todos os pensadores de processo penal, que os sistemas processuais penais são as respostas processuais às demandas do Direito Penal e do Estado, com a ilusória redução da criminalidade e o recrudescimento das normas penais, por intermédio de três espécies: o acusatório, inquisitivo e misto.<sup>23</sup>

O sistema acusatório adveio do Direito Grego, no qual havia a participação direta dos cidadãos como julgadores e acusadores. No entanto, no Direito Romano houve uma considerável inovação no direito processual penal, pois a persecução e o exercício da ação

---

<sup>22</sup> SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154-158.

<sup>23</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

criminal eram solicitados a órgãos diversos dos magistrados, não integrantes do Estado, mas sim representantes voluntários da coletividade.<sup>24</sup>

O sistema acusatório mostrou-se insuficiente para a repressão dos crimes à época, então os magistrados gradativamente usurparam as atribuições dos acusadores, jungindo num mesmo órgão estatal as funções de acusar e julgar. No entanto, com o advento da ideologia e a tendência de valorização dos cidadãos pela Revolução Francesa, houve um abandono gradual do modelo inquisitório, então alvorecendo o sistema garantista.<sup>25</sup>

No modelo acusatório, dentro dos padrões garantistas, o Juiz queda inerte, sendo a produção das provas atividade atinente às partes, almejando assim uma estrutura dialética, na qual o acusado não é um mero audiente, evitando a formação daquilo que Franco Cordero, embasado na Teoria da Gestão das Provas, definiu como “quadros mentais paranoicos”. Ou seja, ao magistrado é possibilitada a formação de uma pré-compreensão sobre os fatos e, por conseguinte, a busca de provas que justifiquem seu julgamento prévio, os quais não advém dos fatos, porém, de suas impressões pessoais.<sup>26</sup>

Na precisa lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O juiz, senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo ‘natural’ do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.<sup>27</sup>

Nessa ordem de ideias, o sistema acusatório visa garantir uma estrutura dialética, paridade de armas e isonomia das partes, eximindo assim o acusado da posição processual de mero espectador.<sup>28</sup>

A matriz democrática, desse modelo processual, encara o magistrado como um terceiro imparcial, sem poderes probatórios que transmitam quaisquer máculas a esse traço, cuja principal função é zelar pelos direitos e garantias consolidados pela Constituição Federal de 1988.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirmou:

<sup>24</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

<sup>25</sup> Ibid., p. 58.

<sup>26</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51.

<sup>27</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255.

<sup>28</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 59.

No sistema acusatório, por outro lado, o Juiz tem, primordialmente, a função de garantir as regras do jogo, cabendo às partes apresentarem suas provas, lícitamente obtidas, razão por que é imprescindível a paridade de armas. O acusado é, assim, sujeito de direitos, pois pode se defender em posição de igualdade em relação à acusação (logo, em liberdade: ganha expressão capital a presunção de inocência), buscando apresentar o que lhe couber de favorável. Visualiza-se o processo como uma discussão, luta ou duelo estabelecido entre acusador e defensor, perante o olhar imparcial do juiz. A própria determinação da separação entre acusador e julgador, além de ser consequência imprescindível da transferência da gestão da prova para as partes, é proveniente da exigência jurídica de imparcialidade do órgão julgador, sendo o ápice do processo penal acusatório representando o Estado liberal-democrático, cuja finalidade seria similar ao princípio da separação dos poderes estatais, isto é, coibir a concentração do poder, evitando assim abusos por parte das autoridades.<sup>29</sup>

O sistema acusatório não é ordinário a todas as nações, eis que cada país tem suas vicissitudes. Por isso, há a incorporação dos elementos essenciais, das regras específicas, e da adaptação consoante as peculiaridades de cada Estado. Os países que adotam a *common law* têm como regra básica o *adversary system*, em que há a efetiva participação das partes, em especial na iniciativa de produção de provas, porém o magistrado age equidistantemente, permanecendo passivo. Pode-se citar como exemplo mais similar o sistema inglês.<sup>30</sup>

No sistema preponderantemente inquisitório adotado pelo Brasil, deveria observa-se os Princípios da Publicidade, do Contraditório, da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, os quais alcançaram o patamar de Direitos Fundamentais, consagrados no Art. 5º da CF/1988.

De outro giro, na Europa, no século XII, os poderes dos Magistrados foram paulatinamente violando as esferas de atribuições correspondentes ao acusador privado, atingindo seu ápice na reunião das funções de acusar e julgar no mesmo órgão estatal, sendo *a priori* tal sistema adotado pela Igreja e, subsequentemente, pelos legisladores da época.<sup>31</sup>

O Concílio de Latrão, de 1215, no ventre da Igreja, iniciou o processo de subjugamento de quase toda a Europa, pelo sistema inquisitivo, com o intuito de reprimir os dissidentes da Igreja Católica, os quais contestavam o poder papal, sendo denominados de hereges. As autoridades vislumbraram nesse sistema uma poderosa arma de opressão, espalhando-se, assim, celeremente entre os Tribunais.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 255.

<sup>30</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

<sup>31</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60-61.

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

Asseverou José Laurindo Souza Netto que:

O processo de perfil inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a chamada rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado.<sup>33</sup>

Na seara probatória, o sistema inquisitório tem intervenção *ex officio* do Juiz, que também é identificado como acusador, tendo liberdade de coletar provas, independentemente de seu posicionamento pela acusação ou pelo acusado, o qual normalmente permanece preso no transcurso do processo. Na desenfreada busca pela ilusória verdade material, frequentemente, o acusado é torturado para que se alcance a confissão.

O sistema inquisitório baseia-se no poder discricionário da autoridade, em que a obtenção da verdade é pautada na concepção demonstrativa da prova, conforme os modelos científicos experimentais, diretamente relacionados aos poderes conferidos ao investigador.<sup>34</sup>

Em síntese, o sistema inquisitivo está em descompasso com os direitos constitucionais que devem predominar no Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, deve ser extirpado das legislações contemporâneas que têm o intuito de resguardar as mínimas garantias dos cidadãos, honrando a dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup>

Alguns pensadores denominam, atualmente, a compilação dos sistemas processuais penais como Sistema Misto, eis que classificam os sistemas puros como modelos históricos, que não se coadunam com a atualidade.<sup>36</sup>

Logo, o sistema açambarcado no Brasil é o preponderantemente inquisitivo, no qual se coletam provas a serem manuseadas, subsequentemente, no contraditório judicial, com carga probatória definitiva (laudos, medidas cautelares, etc.). Nesse procedimento, verifica-se a intervenção de um Magistrado, não incomum que este receba futura denúncia ou queixa, posteriormente julgando o réu. Esse juiz que fiscaliza o inquérito decreta prisões preventivas ou buscas e apreensões é o mesmo que receberá a peça acusatória, instruirá o feito e, supostamente de maneira imparcial, julgará a causa.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistema e princípio**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25.

<sup>34</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

<sup>35</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 47.

<sup>36</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

Entretanto, grande parte dos Estados democráticos vislumbram, teoricamente, um sistema preponderantemente acusatório, em virtude das infindas vantagens se comparadas ao sistema inquisitório. Sob o olhar ideológico, tem-se um modo democrático do exercício do poder, considerando que é dado ao destinatário do ato a faculdade de conduzir a sua formação. O sistema acusatório garante ao acusado, sob o enfoque interno, a estrutura dialética do processo permitindo uma amplitude na eficácia em relação às questões de direito, tanto de fato, especialmente no aspecto probatório.<sup>38</sup>

### 1.3 OS MODELOS NO DIREITO COMPARADO

A análise do Direito Comparado é a técnica responsável pela compilação de entendimentos estrangeiros com a finalidade de proporcionar ampliação do respaldo legislativo. No âmbito do processo penal possui o escopo de tentar apaziguar a violência urbana, almejando pacificação dos conflitos internos. Logo, faz-se uso dos ensinamentos do sistema normativo de inúmeros países, sempre com a pretensão de obter a melhor vertente jurídico-política que, direta ou indiretamente, influencia no combate às práticas criminosas.

Em sendo assim, ao Estado é facultado importar procedimentos de controle e prevenção à criminalidade, providenciados sob a análise de institutos jurídicos aplicados no contexto internacional para, posteriormente, verificar-se a possibilidade de aplicá-la ao sistema interno, modificando ou adaptando suas diretrizes, a fim de alcançar resultados mais eficazes.

Afirma Pedro Henrique Demercian que é inviável para qualquer país elaborar uma reforma considerável no seu ordenamento processual penal sem o acompanhamento do dinamismo legislativo internacional, por intermédio da observância e da análise comparativa do contraste e da mutabilidade dos sistemas jurídicos.<sup>39</sup>

Tem-se então a relevância da promoção da reflexão sob o ângulo internacional, pois a partir dela o sistema jurídico adquire contornos novos e aprimoramento advindos dos países que já atingiram resultados satisfatórios acerca da pacificação social e da verdadeira democratização dos institutos correlatos aos direitos fundamentais do homem.

---

<sup>38</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115-116.

<sup>39</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 34.



### 1.3.1 O Inquérito Policial Português

É apropriado frisar, preliminarmente, uma divergência entre o sistema processual penal português e o brasileiro no que concerne às investigações policiais. Naquele, o Inquérito Policial é de responsabilidade do Ministério Público, que o faz com auxílio da polícia sendo essa uma *longa manus* do órgão ministerial, consoante o exposto nos Arts. 53, 2, b, Art. 55, 1 e 2, e Art. 263, 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa.

Artigo 53. Posição e atribuições do Ministério Público no processo:

2 - Compete em especial ao Ministério Público:

b) Dirigir o inquérito.

Artigo 55. Competência dos órgãos de polícia criminal:

1 - Compete aos órgãos de polícia criminal coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo.

2 - Compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova

Artigo 263. Direcção do inquérito:

1 - A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

2 - Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.<sup>40</sup>

No Brasil, o Inquérito Policial é presidido pelo Delegado de Polícia, o qual está administrativamente subordinado ao Poder Executivo. Suas atividades ficam, contudo, sujeitas à fiscalização do Ministério Público em sede de controle de legalidade.

Oportuno salientar, ainda, que há no sistema processual português o Juiz de Garantias, responsável pelas decisões relacionadas aos direitos, liberdade e garantias individuais do cidadão. Consoante Aury Lopes Júnior, não é possibilitado ao Juiz atuar na fase processual e, também, não após ter praticado atos ou decidido sobre questões incidentais durante o inquérito, encontrando-se prevento e com sua parcialidade comprometida, embasado na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>41</sup>

O Código de Processo Penal Português define o inquérito como o conjunto de diligências que objetivam investigar a ocorrência de um crime, definir os seus agentes, bem como responsabilizá-los, descobrindo e recolhendo provas. E, ainda, tem-se que a notícia de um crime origina a abertura de inquérito, salvo as exceções entabuladas no código.

<sup>40</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República Eletrónico. Disponível em <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>41</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 238.

O Inquérito Policial português demonstra maior permissividade à assistência do defensor no tocante ao exercício dos direitos do investigado, sendo que sua participação na investigação é mais tolerada.

O Art. 20, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, cumulado com o Art. 61, n. 1, alínea e, do Código de Processo Penal, salvaguardam juridicamente o investigado, na certeza de que está agasalhado por uma defesa técnica presente:

Artigo 20º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

Artigo 61.º Direito e deveres processuais

1 - O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de:

e) Constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor.<sup>42</sup>

Discute-se, ainda, a possibilidade de a investigação ajustar-se aos contornos da chamada investigação defensiva.

A investigação criminal portuguesa não aceita uma condução paralela por intermédio da defesa, porém juristas e doutrinadores portugueses debatem acerca da viabilidade de mudança, a qual se defronta na tendência de perpetuar o atual sistema, isto é, o Ministério Público conduz o inquérito com auxílio das polícias judiciárias.

### 1.3.2 O Inquérito Policial Alemão

O Código de Processo Penal alemão, chamado *Strafprozeßordnung (StPO)* (Processo Penal), norteia-se pela mesma sistemática de investigação preliminar portuguesa guiada pelo órgão ministerial.

Por esse modo, o promotor conduz a investigação criminal, escudado nos artigos 151 a 177 do *Strafprozeßordnung*, fazendo juízo de aceitabilidade dos fatos e elementos colhidos e, posteriormente, embasado nos indícios coletados, ajuizar a respectiva ação penal.<sup>43</sup>

O professor Aury Lopes Júnior define com nitidez o papel do Promotor de Justiça que deverá averiguar as circunstâncias que demonstrem a responsabilidade penal e também aquela que entalha o sujeito passivo.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República Eletrónico. Disponível em <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

<sup>43</sup> DEUTSCHLAND. **Strafprozeßordnung (StPO)**. Gesetzgebung, BGDI. I 1987 S. 1074. Disponível em: <https://dejure.org/gesetze/StPO>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

<sup>44</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 228.

Nesta vertente, a polícia também é considerada *longa manus* do órgão ministerial, a qual trabalha na apuração dos indícios, ficando incumbida de proceder às diligências operacionais, que serão encaminhadas ao Ministério Público, enquanto este opera a investigação do ponto de vista procedimental.

Tal qual no sistema português, no sistema germânico processual encontra-se a figura do Juiz das Garantias, que zela pelos direitos fundamentais do indivíduo no decorrer da investigação criminal preliminar.

### 1.3.3 O Inquérito Policial Italiano

O modelo investigatório italiano enfrentou consideráveis alterações, optando por uma nova sistemática processual penal com o *Codice di Procedura Penale* de 1988<sup>45</sup>, o qual extirpava o sistema vigente, desde 1930, introduzido pelo *Codice di Procedura Penale* de 1930, denominado de Código de Rocco<sup>46</sup>.

Durante o interregno de 1930 a 1988, houve, na Itália, o predomínio do sistema misto, sendo a fase investigatória policial caracterizada pela inquisitorialidade, exacerbando a desigualdade entre as partes; porém, somente na segunda fase, é que se acolhia o contraditório, presunção de inocência, etc.

Havia argumentos acerca da ‘preconstituição de provas’, isto é, os elementos indiciários eram coletados de forma inquisitiva e, não raras vezes, secretamente, sendo impossibilitado ao contraditá-las.

Uma vez colhidos, os elementos obtidos na investigação preliminar já se transmutavam em provas, coletadas pelo juiz instrutor e encaminhadas à fase de julgamento; porém, muitas vezes, crivadas de vícios, considerando-se os procedimentos para sua obtenção.

A nova sistemática proporcionou ao Ministério Público o protagonismo da investigação criminal, guiando seus contornos e direcionando os rumos a serem tomados, podendo diligenciar as investigações ou então delegar atribuições à polícia judiciária, devendo prevalecer o sigilo para que haja a preservação do investigado, bem como da própria investigação.

<sup>45</sup> ITALIA. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. **Codice di Procedura Penale de 1988**. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sg>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

<sup>46</sup> ITALIA. **Regio Decreto 19 ottobre, 1930, n. 1399. Codice di Procedura Penale**. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1930/10/26/030U1399/sg>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

Frise-se, ainda, que há predomínio do modelo inquisitivo, sendo que ao investigado não há possibilidade para contraditar os elementos de convicção já coletados. Todavia, em determinados atos, a presença do defensor faz-se imprescindível, para a realização do interrogatório, feitura de perícias técnicas, dentre outros exemplares, não havendo repetibilidade na fase judicial.

Embora não haja espaço para se contraditar os elementos indiciários gerados pelo poder público, o sistema italiano faculta ao investigado a produção de suas próprias investigações paralelamente às do Estado.

Entretanto, resta ao órgão ministerial a faculdade de ordenar prisões em flagrante, as quais serão executadas pela polícia judiciária, demonstrando que esta é uma *longa manus* daquele, porém faz-se necessária a convalidação da medida ao Juiz num prazo limítrofe de 48 horas, sob pena de se tornar ilegal.

Por derradeiro, registra-se que a investigação policial italiana tem contornos bem específicos que se aproximam de um modelo mais democrático, mediante a permissividade da investigação e, também, por intermédio do investigado.

#### **1.3.4 O Inquérito Policial Espanhol**

Na Espanha, da mesma forma, deparamo-nos com situações ímpares e distintas, pois a investigação criminal é demarcada pela fase de instrução preliminar conduzida pelo juiz instrutor que, além de decidir sobre os direitos fundamentais do indivíduo, também é responsável pelos procedimentos investigatórios imprescindíveis para a apuração do crime.

Observa-se, então, que a figura do Juiz investigador, enquanto sujeito proativo na coleta de elementos de convicção, pratica atos de ofício, sem submeter-se ou vincular-se aos petições do Ministério Público ou da defesa, os quais são apenas colaboradores.<sup>47</sup>

#### **1.3.5 O Inquérito Policial Francês**

A investigação criminal francesa amolda-se, também, ao formato tripartido de estágios. Preliminarmente, instaura-se um procedimento inicial, após tem-se a fase de instrução e, por derradeiro, o julgamento.

---

<sup>47</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 208.

Na primeira fase encontram-se os atos referentes ao Inquérito Policial. Então, o Juiz de instrução é aquele que preside as investigações preliminares, correspondendo a averiguação e comprovação do fato e a participação do sujeito passivo. Além disso, atua na coleta dos elementos indiciários imprescindíveis, os quais supostamente demonstram a verdade dos fatos, indicando, inclusive, informações quanto à personalidade do agente, bem como da materialidade do crime e as suas circunstâncias.<sup>48</sup>

Em que pese haver o Juiz de instrução, preza-se sempre pela investigação equilibrada, sem que haja predomínio da acusação ou da defesa. Tal atuação ocorre pessoalmente ou por intermédio da polícia judiciária, a qual também se mostra como um auxiliar do Juízo na investigação criminal.

O desmembramento das funções do magistrado é explanado por Valérie Dervieux:

Como investigador está incumbido de recolher as provas da infração, elucidar a autoria e formalizar os autos. E, como Juiz, este pode requisitar o apoio da força pública, decidir acerca da realização de exames, porém, eventualmente, da colocação do investigado em detenção provisória ou sob o controle judiciário. Uma vez que os autos estejam lavrados, o magistrado determina as imputações e decide, à vista dos requerimentos do Ministério Público, pelo encaminhamento da pessoa a jurisdição de julgamento ou pela decisão de não processar.<sup>49</sup>

Sinteticamente, o Juiz desempenha dupla atividade, na qualidade de investigador ou como julgador.

### 1.3.6 O Inquérito Policial Americano

O sistema processual penal americano tem como ponto forte o Princípio da Liberdade das Provas, visto que independe de expressa previsão legal para que as partes explicitem o que lhes for conveniente com ampla liberdade, visando convencer o Juiz a considerarem aptas.

Ao investigado é facultado fazer uso de investigação paralela, isto é, possibilita-se a colheita de seus elementos indiciários para sustentar as alegações que utilizará em Juízo, porém é extremamente importante respeitar as mesmas formalidades processuais relativamente às provas obtidas em Juízo.

Sopesando os sistemas estudados, é notória a aplicação da Ampla Defesa e do Contraditório no Inquérito Policial, sendo marcante no território americano, pois o investigado está um pouco mais assistido do que noutros países.

<sup>48</sup> LOPES Júnior, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217.

<sup>49</sup> DERVIEUX, Valérie. **O sistema francês. Processos Penais da Europa**. Org. Mireille Delmas Marty. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 164.

Oportuno pontuar que se trata de um país cuja aplicação da lei penal é diferente entre os Estados-membros. No âmbito federal, a apuração do crime é de atribuição dos órgãos policiais, os quais efetuam todas as diligências para a elucidação dos fatos e, em sequência, direcionam ao órgão acusatório para que concretize o direito de ajuizar a competente ação penal.

Tem-se, então, que, possivelmente, por razões culturais e sistemas de investigações de cada país, nos EUA tão somente o Delegado de Polícia detém a competência para buscar os elementos probatórios no transcurso da primeira fase da persecução penal.<sup>50</sup>

### 1.3.7 O Inquérito Policial Argentino

O Inquérito Policial Argentino, por sua vez, acompanha a tendência e os moldes europeu na concessão ao Ministério Público da competência para promover as investigações preliminares.

Da mesma forma, existe o Juiz das Garantias que, conforme Mauro Fonseca Andrade, foi elevado à condição de figura-chave do novo sistema processual penal argentino.<sup>51</sup>

Tem-se, então, a característica marcante de que o juiz atuante na fase investigatória preliminar não poder atuar na fase de julgamento, pois haveria o comprometimento da imparcialidade necessária para decidir sem convicções pré-elaboradas.

## 1.4 ESTUDO DO PROBLEMA BRASILEIRO: A AUSÊNCIA DE POSITIVAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

No Brasil, foi aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o Provimento n.º 188/2018, que dispõe sobre o exercício da advocacia para a feitura de diligências investigatórias no Inquérito Criminal, viabilizando em sua esfera de atuação a alta performance, por intermédio de táticas de instrumentalização e antecipação probatória das lides judiciais, favorecendo a paridade de armas no processo penal e a consagração do devido processo legal substancial.

Preliminarmente, insta citar a íntegra do Provimento 188/2018:

---

<sup>50</sup> PERAZZONI, Franco; SILVA, Wellington Clay Porcino. Inquérito Policial: um instrumento eficiente e indispensável à investigação. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 6, n. EE, 2015, p. 77–115.

<sup>51</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e da OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, RESOLVE:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em Juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer.

Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em:

- I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito;
- II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa;
- III - resposta a acusação;
- IV - pedido de medidas cautelares;
- V - defesa em ação penal pública ou privada;
- VI - razões de recurso;
- VII - revisão criminal;
- VIII - habeas corpus;
- IX - proposta de acordo de colaboração premiada;
- X - proposta de acordo de leniência;
- XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados.

Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Art. 8º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.<sup>52</sup>

É possível observar que este provimento expõe uma série de fragilidades no sistema preponderantemente inquisitivo do Inquérito Policial brasileiro atual, tais como: a) a

<sup>52</sup> CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento 188/2018**. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

superficialidade na coleta de provas tendo como ponto de partida as alegações aventadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público; b) desequilíbrio nas investigações, atualmente mais orientadas no sentido de corroborar teses incriminadoras; c) impossibilidade de ampliação dos esclarecimentos sobre o caso penal que será transmudado em objeto formal da acusação; d) inviabilidade de ampliação de casos que comportariam soluções alternativas, mantendo os custos inerentes à tramitação processual elevados e, por fim; e) persiste o retardamento das questões fáticas e jurídicas de cunho defensivo, havendo a manutenção da lentidão da marcha processual.

É necessário frisar que o Conselho Federal da OAB não tem atribuições para desempenhar atividades específicas do Poder Legislativo, mas apenas estabelecer conceitos, diretrizes e parâmetros para o exercício da advocacia frente à sua função, neste caso a investigação defensiva, considerando que não há proibição desta em qualquer norma brasileira.

Portanto, disciplinar o que pode ser feito, em virtude das ferramentas legais e previsões constitucionais já existentes, é fruto do poder regulamentador previsto no Artigo 54, V, da Lei Federal 8.906/1994.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2019.



## 2 A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O modelo de investigação criminal no Brasil é eminentemente presidencialista e inquisitivo. Logo, a atuação da defesa na investigação criminal restringia-se ao disposto no Art. 14 do Código de Processo Penal (CPP): “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.<sup>54</sup>

A Constituição Federal de 1988 possibilitou a discussão de uma atuação mais efetiva por parte da defesa no que concerne a investigação preliminar. Nesse processo, um importante avanço foi alcançado pela Lei nº 12.850/2013, chamada de a Nova Lei do Crime Organizado, ao regulamentar a obrigatoriedade da presença do procurador do colaborador nos atos da colaboração premiada.<sup>55</sup>

A Lei Federal nº 13.245/2016, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, especialmente o inciso XXI do Artigo 7º, determina ser direito do advogado acompanhar seus clientes investigados no decorrer de apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento e, conseqüentemente, dos elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente de maneira que seja possível apresentar, também, razões e quesitos.<sup>56</sup>

Paralelamente às alterações pontuais normatizadas na legislação pátria, tem-se em discussão na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.045/2010, do Senado Federal, que tem por escopo editar o novo Código de Processo Penal.<sup>57</sup> Oportuno esclarecer que o Artigo 3º do mencionado Projeto de Lei (PL) estipula a adoção do Contraditório e Ampla Defesa em todo o processo penal, assegurando, assim, a participação do defensor técnico nas fases da

<sup>54</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 12.580, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 04 de agosto de 2019.

<sup>56</sup> BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o art. 7º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm). Acesso em 04 de agosto de 2019

<sup>57</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010.** Comissão especial que trata do ‘Código de Processo Penal’. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/mostraringtegra?codteor=1668776>. Acesso em 03 de agosto de 2019.

persecução criminal, enfatizando, portanto, o sistema acusatório e encaminhando o processo penal rumo a compatibilização ao aventado no Art. 5º, LV, da CF.<sup>58</sup>

A investigação criminal traz como inovação a procura por fontes de prova, deixando de lado a produção de provas, trazendo celeridade, bem como, sob a ótica da investigação defensiva, a faculdade do investigado, por intermédio de seu advogado, defensor público ou outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de arrebatar fontes de prova em prol de sua defesa, havendo a viabilidade de entrevistar pessoas, desde que haja o esclarecimento dos objetivos do ato e o consentimento do indivíduo a ser entrevistado, consoante o Art. 13 do PL 8.045/2010, anteriormente citado.

É vedado que a vítima seja arguida com a finalidade de investigação defensiva, exceto por intermédio de autorização do Juízo de Garantias, o qual tem a faculdade de delimitar a entrevista, resguardado o consentimento do ofendido para a efetivação do ato. Conveniente ressaltar que este ente ainda é inexistente em nosso ordenamento, encontrando-se em tramitação no Projeto de Lei nº 4.981/2019, que institui, no Processo Penal Brasileiro, a figura do Juiz das Garantias.

Além disso, exige-se que as entrevistas sejam realizadas com discrição, preferencialmente em dias úteis e horário comercial, de maneira que o material obtido como resultado das entrevistas possa ser acostado ou não aos autos do inquérito mediante ponderação da autoridade policial.

Logo, tal fato não é óbice para que a defesa utilize o material produzido em detrimento de seu benefício em juízo, caso a autoridade policial denegue sua juntada aos autos do Inquérito Policial.

Frise-se que o referido PL determina que haja responsabilidade civil, criminal e disciplinar por excessos praticados pelo advogado, Defensor Público e ou por mandatário com poderes expressos.<sup>59</sup>

Depreende-se que a investigação criminal defensiva no Brasil é defendida primordialmente pelo fato de que o Ministério Público, ao investigar, age com a ausência da doutrina principiológica da imparcialidade, isto é, em verdade, observa-se que em quase todos os países que os membros do *Parquet* investigam com o intuito de acusar posteriormente, sem

<sup>58</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

<sup>59</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010**. Comissão especial que trata do 'Código de Processo Penal'. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/mostraringtegra?codteor=1668776>. Acesso em 03 de agosto de 2019.

o devido compromisso com a defesa e, por consequência, corrompem o próprio julgamento crítico, bem como a Justiça e o seu equilíbrio.

Entretanto, observa-se o oposto no Inquérito Policial Defensivo, visto que se garante à defesa a postulação de diligências ou a juntada de provas, almejando exclusivamente a verdade concreta dos fatos.

No entanto, ao dar-se atribuição à polícia para também principiar e guiar posteriormente a ação penal, indubitavelmente o material produzido na fase preliminar estaria engajado com julgamento de validade, visto que não é crível que um servidor, ao apontar a autoria indiciária a alguém, posteriormente, ao analisar os mesmos documentos, deixaria de ajuizar a ação penal. Diante disso, intui-se que haveria inevitavelmente quebra do equilíbrio da justiça e da isonomia no trato defensivo. Tal argumento é fortalecido pela justificativa da igualdade de condutas na investigação defensiva típica.

Pode-se enaltecer três princípios norteadores do devido processo legal como fundamento para a legitimação da investigação defensiva no Brasil: Igualdade, Contraditório e Ampla Defesa.

## 2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Uma digressão acerca do conceito de igualdade nos modelos estatais do capitalismo contemporâneo se faz necessária. No Estado Liberal, predominava a percepção de que a igualdade como cidadania era direito garantido tão somente aos detentores dos meios de produção. O Estado era considerado inimigo, sendo esta sua maior premissa e as leis do mercado eram suficientes para garantir o nível existencial mínimo de forma equânime a todos. Apesar da concepção liberal vir tentando reconstruir-se, com força razoável, em função do paradigma do Estado Neoliberal, observa-se, oportunamente, que não há que prevalecer, isso porque a igualdade formal, à época, privilegiava poucas classes.<sup>60</sup>

O próximo paradigma é o Estado de Bem-Estar Social, assentando-se na noção de igualdade na legislação, ou 'igualdade material'. Preliminarmente, isso deu azo à vedação de tratamentos desiguais a pessoas em situações de igualdade, execrando-se a discriminação. A 'igualdade substancial' almejava a concretização do mínimo existencial a todas as pessoas. Nos países que, efetivamente, presenciaram esse modelo estatal, possibilita-se a certificação

---

<sup>60</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTr, 2006, p. 45.

de que esse objetivo foi alcançado em sua maior proporção. Oportuno ressaltar que o Brasil não vivenciou um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, pois a ‘igualdade substancial’ ainda não restou frutífera na realidade social pátria. Em outro contexto, a ‘igualdade material’ foi adulterada pelos regimes totalitários, com a finalidade de justificar a implantação do socialismo e do comunismo, resultando na supressão de direitos individuais básicos.

No Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser mencionada como igualdade por intermédio da lei, adquirindo contornos de igualdade formal e de igualdade substancial. Não há que ser lida restritivamente como mera igualdade perante a lei (isonomia formal), nem tampouco no sentido de igualdade na lei que os Estados totalitários lhe imputaram, corrompendo seu verdadeiro conceito.

Nesse sentido, o Princípio da Igualdade sugere a criação de um direito material pautado no tratamento diferenciado a pessoas ou grupos portadores de desigualdade fática em relação ao resto da sociedade, com o intuito de alcançar a igualdade real. E, diante disso, confere a criação de uma igualdade material configurada como direito fundamental, devendo necessariamente ser resguardada pelo legislador e, em especial, pelos operadores do Direito. E, ainda, o tratamento similar aos que se encontram em posições jurídicas diversas, com as mesmas oportunidades para a coleta de provas sendo o âmago da justiça penal.

O nivelamento das relações defendida pela igualdade de oportunidades é preconizado por Bobbio:

[...] em uma totalidade ordenada, a injustiça pode ser introduzida tanto pela alteração das relações de igualdade quanto pela não observância das leis: a alteração da igualdade é um desafio à legalidade constituída, assim como a não observância das leis estabelecidas é uma ruptura do princípio da igualdade no qual a lei se inspira.<sup>61</sup>

Por derradeiro, um dos princípios que pode ser qualificado como geral, e praticamente absoluto no procedimento processual penal, é o “Princípio da Igualdade entre as Partes”, originador do “Princípio da Paridade de Armas”, que giza Chiovenda:

Como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições. Isso se manifesta, sobretudo, no princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*), na repartição do ônus da prova, no princípio de que a prova contrária é um direito, nas normas asseguradoras da defesa e da comunicação recíproca dos documentos, no princípio da aquisição processual, e semelhantes.<sup>62</sup>

Então, considerando-se que o investigado é a parte mais frágil da relação, facultar a ele que, na investigação preliminar, haja a possibilidade de se apontar fontes de prova reduz essa circunstância.

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 15.

<sup>62</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 130-131.

## 2.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O Princípio do Contraditório, esculpido no Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República<sup>63</sup>, foi inserido no Brasil pela Constituição da República de 1937, por meio do Artigo 122, nº 11, segunda parte<sup>64</sup>, e intocado em todos os demais textos, abrangendo o direito de ciência preliminar e de participação proativa mediante o magistrado. Busca-se sua aplicação no transcurso da atividade probante (postulação, admissão, produção e valoração).

Numa acepção mais técnica, porém, menos ampla, o contraditório é o elemento que impõe a bilateralidade dos atos processuais às partes, possibilitando uma contradita, que, em síntese, é o ato de contestar em juízo, verbalmente ou por escrito, os fatos trazidos à lume pela parte adversa, pessoal ou indiretamente. Nesse sentido, Manzini argumenta que:

O juiz penal, devendo dirigir sua atividade à comprovação da verdade real, deve ouvir tanto a acusação como a defesa [...]. O princípio do contraditório, no entanto, não significa que, colocado no acusado no mesmo nível do ministério público, tenha o juiz que se limitar passivamente a escutar o debate, senão toda investigação processual deve realizar-se de forma que possam resultar, não somente as razões da acusação, como também as da defesa, a saber: diante da ação do ministério público e do acusado. O contraditório não impede, portanto, as iniciativas processuais do juiz, senão que se une a elas. Este é o melhor sistema, pois de outra forma se obrigaria ao juiz decidir unicamente *iuxta allegata et probata*. Com manifesto perigoso para a declaração de certeza da verdade real.<sup>65</sup>

É imprescindível que, no processo penal, a possibilidade à contrariedade viabilize um contraditório pleno, exigindo-se sua observância no transcorrer da lide e também necessariamente efetivo, não sendo suficiente à concessão de uma mera formalidade, sendo imperativa a disponibilização de meios para contrariá-los.

No processo penal diz-se que o contraditório é pleno, pois é assegurado no decorrer da relação jurídico-processual, bem como efetivo, pois é necessário proporcionar à parte meios eficazes de confrontar os atos de seu oponente.<sup>66</sup>

Indissociável da prerrogativa jurisdicional estatal, o Princípio do Contraditório tão somente poderá ser desempenhado satisfatoriamente pelo julgador, se este contar com ambas as partes, fornecendo informações, produzindo provas, além de aduzir razões fáticas e de direito.

<sup>63</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

<sup>64</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 03 de agosto de 2019.

<sup>65</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1949, p. 280.

<sup>66</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58

A contraditoriedade deve ser eficaz, de maneira que no transcorrer da persecução penal, já perquirida à exaustão, obtenha-se a verdade formal tanto quanto possível e garanta-se a liberdade jurídica dos indivíduos.

Então, o contraditório serve, nos dizeres do professor Mesquita:

[...] para a manutenção do processo como fenômeno dialético, necessário que ambos os litigantes tenham no decorrer da atividade processual, as mesmas condições para a defesa dos seus interesses, já que sujeitos parciais da relação jurídica processual.<sup>67</sup>

Logo, a garantia da plenitude de defesa, implícita ao devido processo penal, abarca obrigatoriamente a contraditoriedade, que consta no regramento que podemos chamar Princípio de Justiça e se justifica pela inafastabilidade da utilização da paridade de armas entre os sujeitos do processo, tentando conferir o devido equilíbrio processual.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O Princípio da Ampla Defesa, também delineado no Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, além de previsto nos diplomas constitucionais, é uma garantia, tanto do acusado como do justo processo. Desmembra-se em defesa técnica e em autodefesa, em especial no direito de audiência e de presença.

É acertado frisar a elevada importância da relação simbiótica entre os dois últimos princípios, os quais, contudo, são independentes. No contraditório, há obrigatoriamente partes em litígio, com a atuação de terceiro imparcial. Entretanto, a Ampla Defesa ocorre independentemente do conflito. Essa divergência, conforme alguns doutrinadores, é o sustentáculo do direito de defesa e é garantido no Inquérito Policial.

Todavia, a batalha jurídica agigantou-se com a promulgação da vigente Carta da República que prevê expressamente no Artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>68</sup>

Temos, então, os termos ‘processo administrativo’ e ‘aos acusados em geral’ tornando certa a aplicação destes princípios no Inquérito Policial que é delineado como procedimento administrativo investigatório. Indefere-se a faculdade do contraditório no Inquérito Policial, sob a alegação de que prolongaria demasiadamente este procedimento prévio, praticamente

<sup>67</sup> MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 156.

<sup>68</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

transmutando-o para categoria de processo e, também, pelo fato de que não há acusados e tampouco conflitos, apenas meros indícios genéricos e abstratos.

Sob outra ótica, em tese oposta, tem-se como inconteste que a apuração da investigação preliminar induz, sobremaneira, o convencimento do julgador. Logo, imprescindível que os mencionados princípios sejam garantidos.

Cumprido salientar que, almejando evitar danos irreparáveis e constrangimentos dispensáveis a inocentes, independentemente da doutrina, a Ampla Defesa autoriza que o suspeito possa solicitar diligências à Autoridade Policial, além de acompanhar os termos do Inquérito Policial, desde que não se trate de ato sigiloso indispensável para coibir o comprometimento da investigação (interceptação telefônica).

Discute-se se a investigação defensiva, em sede de Inquérito Policial, busca à descoberta da verdade dos fatos, desconsiderando-se a indevida imputação de culpados, podendo amoldar-se ao contraditório, apesar de diferido ou restrito, ou se apenas abarca a adequação e aplicação do direito à Ampla Defesa.

Contudo, em que pese o referido embate, caso não haja prejuízos à elucidação dos fatos ou à celeridade necessária, em especial nas demandas sem organização ou na ausência de profissionais ativos, não parece haver dano na aplicação, mesmo que tácita, do contraditório mitigado. Se a busca do Inquérito Policial é teoricamente a verdade real e se há qualquer dúvida ou resquício de que eventual injustiça possa ser cometida, em não havendo balbúrdia ou má-fé da defesa, não há que se rechaçar precocemente o direito de ciência e participação do investigado.

Acerca da modificação dos procedimentos, dos sistemas, das interpretações aplicados pelos órgãos estatais, é pacífico que estes devem acompanhar o ritmo das sociedades. Miguel Reale, nesse sentido, assevera que:

Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensíveis a experiência jurídica sem se levar em conta, como vimos, a sua natureza dialética.<sup>69</sup>

Corroborando tal entendimento, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que:

[...] a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2003, p. 108.

<sup>70</sup> CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

Considerando esta linha principiológica, faz-se possível a democratização, levando-se em conta as premissas éticas da investigação penal preliminar. A aplicação do Princípio da Ampla Defesa, bem como do contraditório mitigado, guia a investigação defensiva do inquérito policial por novos caminhos, tendo como linha de chegada a verdade formal.

#### 2.4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: O PENSAMENTO DE FRANCO CORDERO

Analisando-se o conceito de sistema, temos a emblemática concepção kantiana, citada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, da qual depreende-se que há o embasamento na noção de princípios que se aproximam por intermédio de características afins, unidos em prol de um princípio unificado.<sup>71</sup>

Os sistemas processuais penais foram criados embasados em eventos históricos, conforme o regramento de cada época específica e de determinada civilização.<sup>72</sup>

O sistema é disposto de maneira a ser composto por duas categorias de elementos: um núcleo duro constituído por elementos rígidos, fixos e imutáveis, em que a supressão destes elementos traria a extinção do sistema; e, uma parcela variável, tendo por finalidade a flexibilidade do sistema, incapaz de extingui-lo, representando apenas uma variação, consoante Mauro Fonseca Andrade.<sup>73</sup>

É possível identificar no processo penal dois sistemas que, por intermédio de princípios e peculiaridades, firmaram-se historicamente, quais sejam, o sistema inquisitivo e o acusatório. Observa-se que parcela da doutrina crê na existência de um sistema misto, o qual seria um conglomerado com traços de ambos os sistemas supracitados, consistindo num híbrido.

Os sistemas processuais penais conhecidos não são integralmente acusatórios ou inquisitórios, consoante Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, sendo pacífico que são mistos. Inviável, portanto, afirmar que exista um que seja considerado puro.<sup>74</sup>

Entretanto, apesar de inexistirem sistemas puros, não há que se concluir que exista somente um sistema, qual seja, o misto, pois faz-se necessária a observância de um ou outro modelo, consoante suas características preponderantes.

<sup>71</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Vol. 78, 2002, p. 688.

<sup>72</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

<sup>73</sup> Ibid., p. 31.

<sup>74</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília: **Revista de informação legislativa**. v. 183, ano 46, julho-setembro de 2009, p. 103.



Os sistemas processuais, conforme Franco Cordero, podem ser categorizados com base no modo que a prova é gerida no transcorrer do processo<sup>75</sup>. Jacinto Coutinho acata idêntico diferenciador, aduzindo que o sistema inquisitório é guiado pelo princípio inquisitivo (princípio unificador do sistema), oriundo da Inquisição Medieval, estipulando que o Juiz seja responsabilizado pela gestão da prova; e o acusatório, conduzido pelo princípio dispositivo, o qual é unificador do sistema, proveniente do *trial by jury* inglês, deposita nas partes (autor e réu) a responsabilidade pela gestão das provas.<sup>76</sup>

A gestão de prova é corrente majoritária, tendo o doutrinador italiano Franco Cordero como criador e, no Brasil, o prof. Jacinto Nelson Miranda de Machado Coutinho como defensor. É considerada elemento diferenciador do sistema acusatório e do procedimento inquisitório, bem como sendo os demais caracteres considerados meramente secundários. Tem-se, portanto, a possibilidade de transitar entre um sistema e outro sem a desnaturação do modelo.

Então, no sistema acusatório, a gestão da prova encontra-se submetida às partes, cabendo ao magistrado o julgamento, embasado nas provas produzidas, sendo dessas o enfoque deste sistema. Entretanto, no sistema inquisitivo, essa gestão compete exclusivamente ao magistrado, que poderá determinar a produção probatória de ofício, confundindo-se com as partes, mimetizando sua função com os demais.<sup>77</sup>

O pensador Luigi Ferrajoli aduz que o sistema inquisitório é caracterizado pela figura do Juiz ator, representando o interesse punitivo, fazendo uso de uma investigação secreta, na qual o Juiz inquiridor é detentor da gestão da prova, geralmente demonstrando antecipadamente a culpa. A autorização da instauração de ofício do processo é diretamente interligada à tomada de decisão antecipada pelo magistrado, visto que a prioridade é a busca de elementos que justifiquem previamente a decisão terminativa.<sup>78</sup> Este comportamento de ativismo judicial é denominado por Franco Cordero de “quadro mental paranoico”.<sup>79</sup>

Há primazia da hipótese sobre os fatos, no ‘quadro mental paranoico’ delineado por Franco Cordero, visto que o juiz que coleta as provas, em sequência decide, não se limita a

<sup>75</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

<sup>76</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Coordenação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32-42.

<sup>77</sup> PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: O atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 68.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 530.

<sup>79</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 1, 2001, p. 37.

criar a hipótese, procurando, incessantemente, as provas dos fatos que venham a justificar sua decisão prévia, permitindo transmudar-se do “imaginário” a algo “real”.<sup>80</sup> O inquisidor atua sorrateiramente em procura da “rainha das provas” – a confissão. Então, elabora uma hipótese acerca do caso investigado, laborando sobre esta de forma indutiva, porém ausente o contraditório, ocasionando pensamentos paranoicos, nos quais as hipóteses eclipsam os fatos, consoante afirmativa de Franco Cordero.<sup>81</sup>

Diante disso, proposta diversa é a de Enrique Jimenez Asenjo, o qual aduz que o sistema será acusatório quando o acusado é tratado como sujeito de direitos, e será inquisitório quando o indiciado for tratado como reles objeto do processo, sem que haja garantias processuais.<sup>82</sup>

Já Alberto Binder entende que os sistemas processuais penais procuram compatibilizar a eficiência e as garantias. Pode-se, então, afirmar que o sistema acusatório resguarda as garantias em detrimento da eficiência, porém o sistema inquisitório preza pela eficiência, minorando, por conseguinte, o respeito à liberdade e à dignidade das pessoas.<sup>83</sup>

O professor Leonardo Augusto Marinho Marques salienta que:

[...] na História da civilização ocidental, nunca existiu sistema processual universal, que fosse capaz de reunir, de uma só vez, todas as características específicas de um determinado método (inquisitivo ou acusatório), conformando um modelo que servisse de padrão.<sup>84</sup>

Analisando historicamente, não houve uma cultura jurídica que reunisse todos os caracteres de um determinado modelo, seja acusatório ou inquisitório. Por outro lado, antagonicamente, características variadas podem ser observadas em diversos momentos históricos e, geralmente, não consonantes.

Considerando que ulteriormente foi feita digressão histórica dos sistemas processuais penais, retomemos apenas ao século XVIII, durante a Revolução Francesa, evento que auxiliou o surgimento de novas ideologias e postulados, aprovando-se reformas urgentes, que cambiaram drasticamente o modelo processual penal.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.); OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 225.

<sup>81</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo 1. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 23.

<sup>82</sup> ASENJO, Enrique Jimenez. **Derecho Procesal Penal**. Vol. 1. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 81.

<sup>83</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57.

<sup>84</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.) **Processo Penal, Constituição e crítica (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 477.

<sup>85</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

Na Inquisição houve o predomínio dos Juízos secretos, os quais deixaram de existir, cedendo espaço a um procedimento público; aos acusados concede-se o direito a um defensor; as provas são estipuladas por um diálogo em contraditório; ato contínuo, o Ministério Público tece suas considerações e, após, pondera o defensor.

Realizou-se uma reforma orgânica, em setembro de 1791, que revogou a antiga Ordenação Criminal, elaborando-se, um modelo de forma acusatória.<sup>86</sup>

A tortura, difundida durante a Idade Média pela Inquisição, chamada de “Santa”, também foi eivada de inúmeras críticas, sendo que sua prática aos poucos entrou em desuso.<sup>87</sup>

A Revolução Francesa trouxe o denominado ‘sistema misto’, originado do *Código de Instrução Criminal Francês* de 1808, no decorrer do período napoleônico, o qual congregava a primeira fase inquisitória e a segunda acusatória. Então, dividiu-se o processo em duas etapas: uma primeira fase inquisitória e instrutória, na qual o instrutor labora secretamente e outra com o uso do contraditório, efetuada perante os jurados. “Da instrução ao debate, se passa da escuridão à luz plena”, o sistema misto foi gravado por grandiosas instruções inquisitórias e por inflamados debates orais, com vastas leituras e algumas confissões.<sup>88</sup>

Logo, o processo seria desmembrado em duas fases: na primeira, ocorreria a primazia dos elementos e princípios do sistema misto (início do procedimento de ofício pelo magistrado ou consoante apresentação de *notitia criminis*; etapa secreta e escrita); entretanto, na segunda fase, predominavam os princípios do sistema acusatório (acusatório, contraditório, publicidade e oralidade).<sup>89</sup>

O doutrinador Mauro Fonseca Andrade afirma que o sistema misto é constituído pelo arranjo dos elementos dos sistemas acusatório e inquisitório.<sup>90</sup>

O professor Alberto Binder ensina que o sistema misto, também denominado de sistema inquisitivo adaptado, originou-se no século XIX, contendo elementos específicos dos antigos sistemas acusatórios de origem romano-germânico, endossando, assim, o poderio estatal. No supracitado sistema, o Juízo de instrução ratificaria as provas elaboradas no transcurso da primeira fase, denominada de sumário.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Tomo 1. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 34-35.

<sup>87</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999, p. 65.

<sup>88</sup> *Ibid.* p. 57.

<sup>89</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 402-403.

<sup>90</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no anteprojeto de novo codex penal adjetivo. Brasília: **Revista de informação legislativa**. v. 183, ano 46, jul-set 2009, p. 188.

<sup>91</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 160-161.

O professor Eugênio Pacelli de Oliveira aduz que, no sistema misto, a jurisdição principiaria na fase de investigação e a acusação ficaria sob o encargo de outra instituição (Ministério Público), dissociada do magistrado.<sup>92</sup>

Pode-se afirmar, consoante Ferrajoli, que o sistema misto, caso existisse, poderia ser considerado um verdadeiro monstro de duas cabeças, formatado pela sobreposição de uma instrução inquisitiva e de um Juízo acusatório, concebido de uma união híbrida entre a discricionariedade da acusação e a publicidade.<sup>93</sup>

A produção probatória da primeira fase é, de modo velado, trazida à segunda etapa pela utilização de recursos retóricos, os quais encontraram grande utilidade no Império de Napoleão e, por conseguinte, não podendo militar à democracia.<sup>94</sup>

O sistema misto, em verdade inquisitivo mimetizado de acusatório, tornou-se útil, sendo agasalhado pelos paradigmas liberal e social, inservível, entretanto, ao modelo democrático de processo, o qual se firma por um processo de partes, sem abertura para o ente julgador/inquisidor.

Ao magistrado, no Estado Democrático de Direito, compete manter os direitos fundamentais das partes, em especial, no que concerne à participação isonômica e ao contraditório na elaboração da sentença. Logo, unicamente, o processo acusatório é considerado compatível ao exercício da democracia.

Analisando-se a história do desenvolvimento dos sistemas processuais penais, não há que se mencionar um sistema puro, mas, sim, a ocorrência de preponderância das características acusatória ou inquisitória, concluindo-se por intermédio dos caracteres prevalentes no ordenamento jurídico sob análise.

A inexistência dos sistemas puros, segundo Aury Lopes Júnior, deve ser analisada segundo o momento histórico, logo, somente há mistos, sendo que a diferenciação se dá em decorrência do princípio norteador.<sup>95</sup>

É oportuno frisar, consoante Mauro Fonseca Andrade, que os sistemas jurídicos são compostos por duas categorias de elementos: uma de presença obrigatória (núcleo duro), intrinsecamente relacionado à sua elaboração e existência, e outra facultativa, que permite sua

---

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 526.

<sup>94</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 165.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 152.

flexibilidade e funcionamento, sendo que alterações naquela desvirtuam o próprio sistema, enquanto adaptações não impactam este.<sup>96</sup>

A verdade, como alvo do processo penal, é de suma relevância para a delimitação do sistema adotado, pois, no modelo inquisitório, há a procura pela verdade real como objetivo primordial. Desse modo, o Juiz inquisidor assume o controle dos atos procedimentais para atuar ativamente, sobrepondo-se às partes que formulariam e provariam a acusação. Já no processo acusatório, não há a busca da verdade real, mas, sim, da processual, reportada pelos fatos e provas acostados aos autos pelas partes. Portanto, depreende-se que, no sistema acusatório, restringe-se a atuação do julgador, que não substituirá a atuação dos sujeitos na elaboração da decisão.

A distinção entre o sistema acusatório e o inquisitório pautado na divergência, definido por Hélio Tornaghi, consiste no fato de que, no modelo acusatório, as três funções de acusar, defender e julgar são vinculadas a órgãos diversos (acusador, defensor e Juiz), contudo, no procedimento inquisitório, há confusão dos personagens processuais que são confluentes num só órgão.<sup>97</sup>

É acusatório o sistema processual penal, conforme Ferrajoli, o qual, agindo passiva e separadamente das partes, encontra-se um magistrado, havendo um diálogo paritário principiado pela acusação (detentora do ônus probatório) e desenvolve-se com a atuação, em contraditório, por intermédio de um processo público e oral, finalizado pelo Juiz embasado na sua livre convicção. Assim, para o pensador Ferrajoli, o sistema acusatório preza pela integral separação das partes em relação ao julgador, competindo àquelas o ônus probatório, enquanto a este cabe o julgamento. Entretanto, no procedimento inquisitório, ocorre a confusão entre o acusador e o julgador, havendo a integral ruptura da imparcialidade do julgamento.<sup>98</sup>

O entrelaçamento dos atos de acusar e julgar impede a necessária igualdade paritária e, por conseguinte, ao contraditório e à participação das partes na construção da decisão final. Assim, tem-se que somente o sistema acusatório poderá ser considerado como um sistema processual, enquanto o inquisitório será mero procedimento, não havendo possibilidade de considerá-lo um modelo processual.

O doutrinador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho apregoa que, no procedimento inquisitório, há a preponderância do solipsismo, possibilitando a manipulação das premissas

<sup>96</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31-33

<sup>97</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 200.

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 519-520.

fáticas e jurídicas, sendo que o conhecimento advém da consciência do investigador autossuficiente na ‘descoberta’ da verdade.<sup>99</sup> O Juiz inquisidor desempenha o monopólio da investigação e, reservadamente, pesquisa, visto que possui a crença de ser detentor de sabedoria suficiente para atingir a verdade, proclamada como verdade real.<sup>100</sup>

Prossegue, ainda, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pontuando que a característica principal do procedimento inquisitório reporta ao excessivo poderio do Juiz, que, no sistema inquisitório, preliminarmente, coleta a prova e/ou decreta sua produção, sendo o acusado reles alvo investigatório cuja prisão é a regra.<sup>101</sup>

Observa-se que, no sistema inquisitório, tem-se um grandioso desequilíbrio entre as partes, no qual predominam os interesses acusatórios em detrimento dos direitos do acusado.

O doutrinador Alberto Binder assinala que o sistema inquisitivo é paternalista, não havendo disputa entre as partes e, por conseguinte, não existindo concretamente diferença entre os sujeitos processuais. Em síntese, o magistrado agrega todas as funções, preliminarmente coleta as informações e, em sequência, prolata julgamento, desfigurando os entes processuais, sobremaneira o imputado, o qual nesse sistema é reles objeto da prova a ser produzida.<sup>102</sup>

O Estado Social acoberta a figura do Juiz paternalista, visto que o processo penal é considerado meio jurisdicional na tentativa de pacificação social, porém não há convergência com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, nem com as teorias *fazzalarianas*. Tal fato dá-se porque nas teorias decorrentes da Teoria do Processo, como o Procedimento em Contraditório, criada por Elio Fazzalari, e suas subseqüentes evoluções, em especial na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, não há que se observar o magistrado como um profeta e tampouco o processo como meio para a obtenção da pacificação social, visto que todas as partes encontram-se em posição de igualdade, participando em igualdade na elaboração da sentença, sendo que se encontra a legitimidade na redução a termo do resultado do contraditório, assegurando assim a isonomia.<sup>103</sup>

<sup>99</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília: **Revista de informação legislativa**. v. 183, ano 46, jul-set. 2009, p. 106.

<sup>100</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e crítica (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 480.

<sup>101</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255.

<sup>102</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 259.

<sup>103</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

O Estado Democrático de Direito é compatível com o sistema acusatório, garantidor de um processo de partes, no qual temos a presença de um magistrado imparcial garantidor dos direitos fundamentais em detrimento de um juiz paranoico.

O eixo do processo penal constitucional é a participação isonômica das partes na elaboração da decisão judicial. Entretanto, o sistema inquisitório não possibilita a participação das partes, sendo que a concessão de poderes instrutórios ao magistrado destrói a dialeticidade do processo, construída pelo contraditório, dilapidando a imparcialidade do julgador, consoante Aury Lopes Júnior<sup>104</sup>.

As tarefas de julgar e acusar, exercidas por um só ente, impedem a atuação da defesa, considerando que o julgador-acusador detém, imediatamente, no princípio do procedimento, sua hipótese condenatória e, no transcurso do procedimento, apenas busca provas e fundamentos para viabilizar a decisão anteriormente elaborada mentalmente (quadro mental paranoico). Tem-se, então, que a atividade da defesa se torna proforma, inexistindo qualquer profundidade; o contraditório é fictício, pois o julgador já tem previamente seu convencimento, inviabilizando a atuação das partes para construção da decisão judicial; mediante esta situação, impossibilita-se a fruição da isonomia. Logo, inviável a existência de processo, mas, sim, de procedimento inquisitório.

O processo acusatório, por ser um modelo de partes, no qual os atos de acusar e julgar estão desagregados e atribuídos a pessoas diversas, sendo a acusação imbuída a uma parte e a defesa a outra, eleva sua importância, visto que lhe caberá a atuação isonomicamente no que concerne à parte acusadora, caracterizando notório modelo processual.

No modelo acusatório, o réu é sujeito processual e, por conseguinte, sujeito de direitos, não devendo ser subjugado a qualquer meio de tortura ou tratamento desumano. Entretanto, no sistema inquisitivo, parte-se do pressuposto de que o réu é culpado, portanto, possuidor de uma “verdade” a ser conseguida forçadamente. A tortura vingou e tornou-se útil na obtenção da confissão.<sup>105</sup>

O processo acusatório viabiliza a cooperação das partes na construção da decisão judicial; entretanto, no procedimento inquisitório, tem-se a busca desenfreada da “verdade”, inclusive com a utilização de tortura e provas ilícitas.

---

<sup>104</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores e paranoicos. Uma crítica a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. São Paulo: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 127, jun. 2003, p.1. Disponível em [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Acesso em 22 de outubro de 2019.

<sup>105</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília: **Revista de informação legislativa**. v. 183, ano 46, jul-set. 2009, p. 105.

O sistema inquisitivo, segundo Leonardo Augusto Marinho Marques, é embasado na idealização da defesa social, instrumentalizando e centralizando a gestão de poder. Nesse diapasão, o sistema inquisitório não possibilita o controle na coleta da prova, considerando a inexistência de limitadores formais. Desse modo, a sentença utiliza valores preestabelecidos denominado de modelo de provas tarifadas.<sup>106</sup>

No sistema inquisitório, afirma Franco Cordero, o uso da tortura é corriqueiro, considerando a incessante busca pela confissão. “O acusado é visto como uma besta que deve confessar e ser explorado a fundo”.<sup>107</sup> O procedimento inquisitório tem como pilar a celeridade em detrimento das garantias do acusado. Logo, os meios de defesa são minorados pelo uso de julgamentos sumários. A compactação do tempo dos atos processuais, esclarece Gilberto Thums, demonstra uma típica atividade inquisitória, visto que é traço dos inquisidores buscar celeridade nas respostas, sendo esta obtida em decorrência da compactação dos atos processuais, extirpando direitos individuais.<sup>108</sup>

Em contrapartida, o processo acusatório, expõe Gilberto Thums, não possui a mesma concepção que o procedimento inquisitivo de lapso temporal do processo, pois naquele tenta-se manter o equilíbrio, nem tão lento e tampouco demasiadamente célere, garantindo a plenitude da defesa e a redução da angústia ocasionada pela mora na entrega da prestação jurisdicional.<sup>109</sup>

Atualmente, mediante a opinião pública acerca da violência, ou pelo alarde midiático produzido pela ampla divulgação de infimos crimes hediondos, observa-se um clamor por punições mais severas, além das quais que sejam aplicadas de maneira mais rápida. Por este motivo, saltitam inúmeros projetos de redução de garantias, extirpação de recursos, bem como o uso da prisão processual com o escopo de antecipar a pena, havendo um afastamento dos pilares do Estado Democrático de Direito. Este clamor de cunho antidemocrático coaduna-se com uma série de movimentos autoritários, fazendo exsurgir o sistema inquisitório.<sup>110</sup>

É importante ressaltar que os sistemas processuais são intrinsecamente relacionados aos sistemas políticos vigentes. Desse modo, Estados autoritários agasalham modelos inquisitoriais; e Estados Democráticos de Direito têm afinidade com o modelo acusatório, o

<sup>106</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, nº 183, jul-set. 2009, p. 147.

<sup>107</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo 1. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 22-23

<sup>108</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34-43.

<sup>109</sup> Ibid., p. 32.

<sup>110</sup> Ibid., p. 03.



qual possui viés garantista, bem como é congruente com o processo penal constitucional e a teoria Neoinstitucionalista.<sup>111</sup>

Logo, a gestão de prova, adotada pelo acusatório, garante às partes o Contraditório, a Isonomia e a Ampla Defesa, elementos constitutivos do processo, e assegurando o posicionamento equidistante do Juiz em relação às partes.<sup>112</sup>

## 2.5 O MODELO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Estado Social aflorou da necessidade de majoração na intervenção estatal na vida em sociedade, consistindo num intervencionismo que almejava entregar aquilo que compreendia como o ‘bem comum’.

O marco inicial histórico do Estado Social é o término da Primeira Grande Guerra Mundial, a crise da Bolsa de Valores de Nova Iorque, criação das constituições do México (1917) e de Weimar (1919).

O Estado Providência surgiu, no Brasil, na Era Vargas, havendo dois períodos distintos: o primeiro que durou quinze anos (1930-1945) e o segundo, após pleito eleitoral, que perdurou de 1951 até seu falecimento em 24 de agosto de 1954.

Eugênio Pacelli de Oliveira pontua que o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi inspirado na legislação penal italiana da década de 1930.<sup>113</sup>

Franco Cordero aduz que o Código de Processo Penal italiano, em vigência a partir de 19 de outubro de 1930, trouxe a ampliação da atuação do Ministério Público, equiparando-se ao magistrado, e, em contrapartida, a minoração da atuação dos defensores. A prisão era a regra desse modelo processual, tal como o sigilo da instrução e o procedimento sumário em que o Ministério Público era considerado “órgão de justiça”.<sup>114</sup>

Pode-se depreender, ainda, por intermédio da doutrina de Franco Cordero, que o sistema processual penal italiano da década de 1930 tinha a intenção de ser um sistema predominantemente contrário às garantias, no qual até a Corte de Cassação titubeou em aplicá-lo, nas décadas de 1930 a 1940, concedendo uma rudimentar proteção ao acusado,

<sup>111</sup> Ibid., p. 234.

<sup>112</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61 e 300.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

<sup>114</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo 1. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 61.

considerando inexistente o debate ao qual não houve citação ou em que não houve assistência.<sup>115</sup>

O Estado Social institucionalizado no país transportou ao Código de Processo Penal brasileiro seu traço característico, qual seja, o intervencionismo estatal, por intermédio da Teoria da Relação Jurídica, concedendo poderes instrutórios ao juiz e posicionando-o de forma superior acerca das partes, assim como abarcando o lema da defesa social. E, ainda, agasalhou a liberdade como exceção, sendo a prisão a regra, e, por conseguinte, a prevalência da tutela da segurança pública em detrimento da liberdade.

Analisando-se a exposição de motivos do CPP de 1941, tem-se que as garantias individuais cederam espaço à prevenção do crime, almejando, dessa maneira, justificar o intervencionismo. Aliando-se à necessidade de ajustamento a um objetivo de maior eficácia e poderio da ação repressiva do Estado contra os que praticam delitos, deu-se a coordenação sistemática das regras do processo penal compilada num único Código para todo o país.

A atual legislação de processo penal assegura aos réus, apesar de recolhidos em flagrante ou desamparados pela notoriedade das provas, um considerável rol de garantias e favores, sendo que a repressão se torna, obrigatoriamente, imperfeita e demorada, e, em decorrência, tem-se uma influência indireta à expansão da criminalidade.

Ao final, conclui-se acerca da exposição de motivos do Código de Processo Penal que de inúmeros projetos adotados, evidencia-se que este norteou-se pela tentativa de obtenção de equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, bem como o direito do Estado à punição dos criminosos e o do indivíduo às garantias e segurança de sua liberdade.

O término da Segunda Guerra Mundial, bem como as décadas de 1960 e 1970, trouxe à baila que o Estado teria a obrigação de tutelar os indivíduos, reconhecendo suas diferenças e almejando assegurar a todos o mais amplo exercício dos direitos individuais, surgindo, então, o Estado Democrático de Direito.

Apesar das inúmeras Constituições (1934, 1937, 1946 e 1967), e, ainda, uma “emenda” à Constituição de 1967, que alterou praticamente a íntegra de seu texto (1969), nenhuma dessas foi capaz de minorar o modelo intervencionista imposto naquele período, em especial, no regime militar entre 1964 e 1984.

Em 1988 fora promulgada a Constituição Federal, estabelecendo uma nova ordem social, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>115</sup> Ibid., p. 61.

O novo ordenamento Constitucional procurou desmembrar integralmente as atividades de acusar e de julgar, assim como concedeu a ação penal pública o status de direito fundamental, com fulcro no Art. 5º, LIX da CF/88.

Art. 5º, LIX. 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: LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.<sup>116</sup>

O doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira, corroborando com tal afirmativa, reconhece a ação penal como uma garantia fundamental, pontuando a inadequação do embate entre segurança pública x liberdades individuais.<sup>117</sup>

Necessário mencionar que o Código de Processo Penal, por ser estruturado no autoritarismo, ainda não se mostra apto, apesar de diversas reformas pontuais, para se adequar aos mandamentos constitucionais, e provavelmente não se tornará, visto que somente um novo código, elaborado sob o manto do Estado Democrático de Direito, será capaz de proporcionar aos cidadãos brasileiros a democracia processual.

Enquanto tal mudança não ocorre, deve-se permanecer interpretando o código à luz da Constituição, porém é sabido que alguns intérpretes jurídicos persistem interpretando-o ao alvedrio da Carta Magna.

É oportuno ressaltar que não somente o processo penal deve ser interpretado consoante a CF/88, mas todas as normas do ordenamento jurídico necessitam ser lidas sob o manto constitucional. Entretanto, como há nesta um vasto rol de garantias e direitos fundamentais, sem correspondência no Código de Processo Penal, deve-se analisar o código consoante o intuito do constituinte.

Assim, aduz Eugênio Pacelli de Oliveira:

A imposição de sanção quando destinada à proteção de direitos fundamentais se coloca em posição de reciprocidade e de complementaridade com a proteção à liberdade individual, que também se qualifica como direito fundamental. Não se cuida de mera oposição entre segurança pública x liberdade individual, mas da afirmação dos direitos fundamentais (potenciais) x direitos fundamentais individualizados.<sup>118</sup>

E prossegue o citado professor:

<sup>116</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 99.

<sup>118</sup> Ibid., p. 99.

A instituição ou reconhecimento de uma ação penal pública como garantia fundamental, primeiro enquanto dever do Estado (ação pública), e depois como direito do particular quando inerte aquele (ação pública de iniciativa do particular), somente pode ser explicada, sob a perspectiva procedimental ou processual, enquanto destinada à proteção de direitos fundamentais. Por essa razão, não há como recusar: trata-se de um processo público cujo conteúdo situa-se em meio aos apontados direitos fundamentais, isto é, pela fórmula direitos fundamentais x liberdade individual, que é também uma manifestação daqueles (direitos fundamentais), em relação, pois, de reciprocidade e de complementaridade.<sup>119</sup>

O conflito entre liberdade individual e segurança pública não encontra guarida no processo penal democrático, pois há o dever do Estado de resguardar os direitos fundamentais, conforme o disposto no Art. 5º, XL, da Constituição da República.<sup>120</sup>

Logo, considerando-se dever do Estado a tutela dos direitos fundamentais e, concomitantemente, que a ação penal é uma garantia fundamental, verifica-se um embate entre direitos fundamentais.

Assim explica Eugênio Pacelli de Oliveira, a equação exposta nesta situação não é a tradicional, da segurança pública x liberdade individual, porém faz-se necessária análise diversa, qual seja, proteção de direitos fundamentais x proteção da liberdade individual.<sup>121</sup>

Por derradeiro, considerando que a ação penal pública é uma garantia fundamental, deve-se ignorar a concepção de que o processo penal se ergue no embate entre o conflito liberdade individual x segurança pública para abraçar a teoria de que o conflito existente se dá entre direitos fundamentais (na dimensão coletiva) x direitos fundamentais (na perspectiva individual).<sup>122</sup>

## 2.6 CADA PARTE NO SEU LUGAR: AS FUNÇÕES PROCESSUAIS E SUAS DELIMITAÇÕES

Ao fazer uma digressão acerca do momento em que o processo obteve autonomia em relação ao direito substantivo, tem-se a obra de Bülow, “*Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*” (1868), que agasalhou a teoria de que o processo seria uma relação jurídica processual, ou seja, um contrato moldado pela litiscontestação, devendo as partes colaborar com a decisão e subjugarem-se a esta, oportunidade em que haveria a

<sup>119</sup> Ibid, p. 119.

<sup>120</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 44.

<sup>122</sup> Ibid., p. 227.

obrigação do magistrado de decidir e efetivar o direito em Juízo.<sup>123</sup> Essa teoria afirma que a relação jurídica processual se distingue da relação de direito material em três características: entre sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); entre objeto (prestação jurisdicional); e entre pressupostos (pressupostos processuais).<sup>124</sup>

Tal teoria, que persiste predominante na criação dos ordenamentos jurídicos positivados, foi aprimorada por ilustres juristas como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman.<sup>125</sup>

A teoria da relação jurídica origina a concepção instrumentalista do processo, o qual define que este seria apenas instrumento da jurisdição em prol da paz social, possuindo objetivos meta-jurídicos.<sup>126</sup> O processo, assevera Cândido Rangel Dinamarco, é um método no qual seriam almejados os objetivos da jurisdição, portanto somente pode-se mencioná-lo frente à função jurisdicional, inviável fora de seu exercício.<sup>127</sup>

E, para o cumprimento de suas funcionalidades, tem-se as seguintes partes:

### 2.6.1 O Magistrado

A função do Juiz, consoante a Escola Instrumentalista, seria assegurar que o processo alcançasse, por intermédio da jurisdição, suas finalidades meta-jurídicas, dentre elas a pacificação social e o acesso à justiça. Cândido Rangel Dinamarco pontua como finalidade social da jurisdição a concretização da justiça, sendo o Estado responsável por garantir a paz social, bem como educar e conscientizar a sociedade acerca de seus direitos e obrigações.<sup>128</sup>

O Juiz, nessa teoria, seria imbuído de solucionar o caso concreto conforme sua sensibilidade, por intermédio da qual procuraria no Direito Positivo a solução mais adequada ao caso.<sup>129</sup>

Então, consoante a concepção de Dinamarco, bem como da Escola Instrumentalista do processo, o Juiz é o protagonista processual, fazendo com que a atuação das partes seja de

<sup>123</sup> BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN Editora, 2005, p. 6-7

<sup>124</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 278.

<sup>125</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 78.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>127</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Direito processual civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 66-67.

<sup>128</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009, p. 188-191.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 235.

coadjuvante. Por conseguinte, o conceito de justiça, em vez de jurídico, ganha feições políticas, vez que representa a imposição do poder estatal.<sup>130</sup>

Analisando o Estado Democrático de Direito, tem-se que a citada teoria não encontra guarida, visto que as partes estão posicionadas em inferioridade em relação ao Juiz; logo, tal concepção instrumentalista, está mais próxima do Estado Social, o qual concede ao Estado-Juiz o poder de dizer às partes, devidamente subjugadas, a ideal solução da lide.<sup>131</sup>

Enfatiza-se que o processo não tem o escopo de maior justiça ou pacificação social, nem tampouco em âmbito processual penal deve ser observado como um instrumento da aplicação da pena, mas se cumpre vislumbrá-lo como espaço para o discurso do cidadão que, no Estado Democrático de Direito, tem o poder de intervir ativamente na elaboração da decisão que promoverá a aplicação do direito ao caso concreto, devendo os sujeitos processuais encontrarem-se em posição de igualdade.<sup>132</sup>

Logo, tem-se que não há viabilidade no processo democrático de inserção de soberania de um ente sobre os demais, não se podendo conceber que o magistrado seja colocado em posição de superioridade em relação às partes. Desse modo, na Teoria da Relação Jurídica, bem como nas advindas desta, o magistrado é posto em nível superior às partes, assim como aos demais sujeitos processuais, ficando relegada às partes apenas a função de conduzir os fatos para que o julgador conceda o direito.

A tentativa de dissipar a quebra da posição hierárquica entre o Juiz e as partes existente na Teoria do Processo como relação jurídica concretizou-se por intermédio do professor italiano Elio Fazzalari, rompendo com a concepção inaugurada por Bülow, formulando então a Teoria do Processo como procedimento desenvolvido em contraditório.

Aroldo Plínio Gonçalves assinala que a problemática do processo pode ser definida como procedimento em contraditório entre as partes, logo não compatível com a concepção de relação jurídica. Isso ocorre porque a relação jurídica é definida pelo vínculo de exigibilidade e de subordinação. Entretanto, uma garantia não é uma imposição, mas uma liberdade protegida. Depreende-se, então, que, se o contraditório é uma garantia, não deveria ser equiparado ao conceito de relação jurídica.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65-66.

<sup>131</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 275.

<sup>132</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 103.

<sup>133</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 132.

A teoria de Fazzalari proporcionou uma revolução na Teoria do Processo, sendo a precursora em termos de adequação conceitual ao Estado Democrático de Direito. O processo democrático, consoante a doutrinadora Flaviane de Magalhães Barros, define que a participação dos envolvidos no procedimento deve ser em simétrica paridade, no transcurso do contraditório, colaborando para a adequada conceituação daquele.<sup>134</sup>

Héctor Fix-Zamudio principiou os estudos vinculando Constituição e Processo. No Brasil, tais estudos foram liderados por José Alfredo de Oliveira Baracho, pontuando que a Constituição define inúmeros institutos básicos do processo, havendo, portanto, conexão entre o Processo e a Constituição.<sup>135</sup>

O devido processo constitucional abarca os Princípios da Ampla Defesa, da Isonomia e do Contraditório. Logo, pode-se asseverar que é configurado como direito-garantia, isto é, considerado uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais, caracterizando mais umas das conquistas históricas da humanidade no combate à tirania.<sup>136</sup>

O processo constitucional assegura o direito de ação e de defesa a todos os indivíduos, em sua completude, necessitando o processo ser justo e leal<sup>137</sup>. Afirmar que o processo deve ser justo quer dizer que necessariamente este deve ser organizado de forma a que se respeite suas garantias fundamentais, dentre estas se destaca o contraditório,<sup>138</sup> tendo este um significado muito mais amplo que a simples bilateralidade de oitiva, sendo singelo o significado deste como o direito de dizer e contradizer, nos termos em que é explicitado pela corrente instrumentalista do processo.<sup>139</sup>

No Estado Democrático de Direito, em virtude da exigência de participação que determina esse instituto, passou-se a perceber o contraditório como o direito das partes de influenciar e participar na formação da decisão (seja de natureza administrativa, legiferante ou jurisdicional).<sup>140</sup>

<sup>134</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, ano 3, nº 1, jul. 2004, p. 21.

<sup>135</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84.

<sup>136</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.122.

<sup>137</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 57.

<sup>138</sup> ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. São Paulo: **Revista de Processo**. v. 87, jul-set. 1997, p. 66.

<sup>139</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 39ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24.

<sup>140</sup> STRECK, Lênio Luiz; MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”;** o contraponto da resposta correta. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19.

O contraditório confere que a parte não seja surpreendida no que tange à esfera dos seus direitos atingidos por uma decisão que não teve oportunidade na participação de sua consolidação.<sup>141</sup> Logo, a legitimação da decisão dar-se-á tão somente pelo adequado uso das regras do devido processo constitucional.<sup>142</sup> Assim, a Teoria Neoinstitucionalista procura legitimar o processo constitucional por intermédio de controle dos procedimentos político-jurídicos, almejando a elaboração e operacionalização de um Sistema de Direitos.<sup>143</sup>

O direito ao acesso à tutela jurisdicional é uma garantia consagrada pela Constituição Federal. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, complementa-se com o direito de obtenção de uma decisão de mérito.<sup>144</sup>

Assim, tem-se que a jurisdição é um direito fundamental das pessoas físicas ou jurídicas e, em contrapartida, é atividade-dever do Estado executada por seus órgãos específicos, bem como por peticionamento daquele que a aciona, sendo necessária a observância da garantia fundamental do devido processo constitucional.<sup>145</sup>

É oportuno frisar que o processo será considerado justo quando não haja hierarquia entre as partes e o julgador, sendo considerados iguais, logo devendo agir equanimemente na elaboração do desfecho para o pleito jurisdicional. Tal equiparação dá-se em decorrência do contraditório, visto que é um dos princípios constitutivos do processo, possibilitador da equiparação de forças das partes na elaboração do provimento jurisdicional, havendo também a necessidade da observância do direito democrático, sendo então o processo considerado uma forma de controle e administração popular, sobre o qual se legitimam todos os procedimentos com fulcro nos direitos fundamentais do Contraditório, Isonomia e Ampla Defesa.<sup>146</sup>

Por conseguinte, tem-se que, consoante o modelo constitucional de processo, necessariamente a decisão deve ser prolatada por intermédio de um terceiro imparcial, sendo elaborada com a participação das partes. Em contraditório, contudo, o juiz não deve ter perfil contraditor, porém garantidor, devendo decidir fundamentadamente, explicitando assim que as partes participaram efetivamente na elaboração da decisão.

<sup>141</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18.

<sup>142</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 369.

<sup>143</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp 86-89.

<sup>144</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte**, v. 2, 1º semestre de 1999, p. 94.

<sup>145</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz Coordenação. **Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 420.

<sup>146</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 57-467



O modelo constitucional de processo é embasado por uma base principiológica uníssona, na qual é imprescindível para a centralização das partes no cenário processual.

Então, a construção do processo penal nos moldes constitucionais requer a readequação da posição dos sujeitos processuais. Percebeu-se tal reformulação a partir da ótica do processo como procedimento em contraditório, criada por Fazzalari, havendo inevitável ruptura entre as teorias do processo, eximindo o magistrado de decidir de forma solitária, sendo então auxiliado por aqueles que serão atingidos pela decisão.

A assunção do sistema acusatório elimina dos atributos do Juiz a produção de prova de ofício para estipular que o material probante seja criado pelas partes.

Convém ressaltar que a alteração trazida à baila pelo abandono da Teoria da Relação Jurídica e pela adoção do processo acusatório não torna diminuta a relevância do magistrado no processo democrático, e tampouco há a subjugação em relação às partes. Há, isto sim, a redefinição da figura do magistrado para inseri-lo como garantidor dos direitos fundamentais, dentre estes encontra-se o direito de participação da construção da decisão judicial.

O doutrinador Dierle José Coelho Nunes enfatiza que a democracia processual será obtida somente quando se obtiver a assunção da corresponsabilidade social e política dos envolvidos no processo, consoante diretrizes constitucionais e técnicas que organizem o procedimento para que corresponda às exigências de legitimidade e de eficiência.<sup>147</sup>

De outro giro, o sistema acusatório, nos parâmetros desejados pela Constituição de 1988, necessita também de uma reanálise do perfil dos sujeitos de direito no processo penal. O processo acusatório atribui às partes o dever de participar da construção do provimento e impede a atuação probatória do Juiz (gestão da prova), devendo manter-se distante da prova, sob pena de reduzir a imparcialidade que é obrigatória para analisar a prova produzida pelas partes. Então, o magistrado necessariamente deixa de ser ator do processo, figurando como espectador, efetivando o sistema acusatório.<sup>148</sup>

Contudo, como bem salienta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, os discursos alarmistas atuais fomentam a ideia de que o Juiz deva se colocar em um lugar paranoico, buscando uma suposta verdade absoluta que sabemos jamais será encontrada no processo.<sup>149</sup>

Eugênio Pacelli de Oliveira crê que não se deve proibir integralmente a iniciativa probatória do Juiz, visto que seria um limitador da função jurisdicional, podendo ser

---

<sup>147</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 198.

<sup>148</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 83.

<sup>149</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129.

prejudicial ao acusado que, num país como o Brasil, geralmente tem a defesa técnica por intermédio de defensores públicos ou dativos. Consoante o autor mencionado, deve-se vedar o câmbio das funções acusatórias pela atuação do magistrado, podendo este sanar deficiência da defesa.<sup>150</sup>

Salienta-se que tal movimento por parte do magistrado não se coaduna com o processo democrático, visto que se deve garantir a participação isonômica das partes, garantindo que a efetividade e qualidade para a atuação da defesa. E tampouco há de que se minimizar as consequências da deficiência estatal em custear recursos à defensoria pública, coibindo a democracia processual e servindo de justificativa para o protagonismo processual.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na obra “*(Re)forma do Processo Penal*” de autoria da Professora Flaviane de Magalhães Barros, esclarece que um magistrado, em um processo genuinamente democrático, necessita distanciar-se da iniciativa probatória, pois ao produzir a prova de ofício tem sua conduta futura comprometida, e, por conseguinte, sua decisão, encerrando, assim, a viabilidade de um processo penal efetivamente democrático. A professora Flaviane de Magalhães Barros argumenta que, ao almejarmos um sistema acusatório, deve-se findar com os poderes instrutórios do Juiz, bem como extinguir atuações estatais que substituam a atuação constitucional da acusação.<sup>151</sup>

Gilberto Thums assinala que o processo penal almeja a reconstituição de uma verdade histórica acerca de um fato. Entretanto, deve-se salientar que esta não poderá ser categorizada de material ou substancial, visto que é impossível de atingi-la. Então, tem-se por inadequado determinar que o magistrado, ao prolatar a sentença criminal, é o detentor da verdade material. Se assim ocorresse, não haveria reforma das decisões do Juízo de primeiro grau pelos tribunais.<sup>152</sup>

Logo, pode-se afirmar que a sentença não detém a verdade material ou real, mas a reconstituição dos fatos, a qual não pode ser regida pela atuação jurisdicional, mas deve ser efetivada, em contraditório, por intermédio das partes. Frise-se que o Juiz integra o processo, não como contraditor, pois o contraditório deverá ser praticado entre as partes, julgando tão somente com base na argumentação e as provas coletadas.

---

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 172.

<sup>151</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 36-80

<sup>152</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.

O contraditório exige que o Juiz proporcione o diálogo acerca de todas as questões, inclusive aquelas que poderiam, consoante a legislação, decidir de ofício, impedindo qualquer espécie de decisão imprevisível.<sup>153</sup>

Por isso, o magistrado tem a missão de garantir que seja proporcionado às partes idênticas oportunidades de diálogo na constituição do provimento, assegurando-lhes os meios adequados para que seja possível efetuar a construção do provimento jurisdicional.

Assim, o Juiz, anteriormente à instrução processual, deve delinear os pontos que devem ser objeto de prova, sendo importante frisar que o ônus probatório da existência do crime (fato típico, ilícito e culpável) se atribui à acusação (Ministério Público ou querelante); no tocante à defesa, compete a produção de contraprova. Após a fixação dos pontos de prova, haverá o esclarecimento pelo magistrado de quais deverão ser comprovados pela acusação e também aqueles que deverão ser confrontados pela defesa, instituindo o diálogo racional e a elaboração conjunta da decisão.

As dúvidas que surgirem após a instrução necessitam ser compartilhadas entre os autores da decisão, que terão a oportunidade de argumentar e auxiliar na solução. Logo, em havendo prova que demonstre circunstância fática diferente da relatada pela acusação, o magistrado obrigatoriamente deverá providenciar a oitiva das partes acerca da aplicação da *mutatio libelli*, conforme instrui o Art. 384, do CPP:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento quando feito oralmente. (...)

§2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o Juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.<sup>154</sup>

Oportuno frisar que o aditamento não poderá ser estipulado pelo Juiz, sendo fruto do órgão de acusação. Em não havendo aditamento, ou mesmo, caso os argumentos trazidos à baila pelas partes indiquem que os fatos provados correspondem aos narrados na denúncia, então não há aditamento, devendo o magistrado prolatar a decisão constante na argumentação das partes.

<sup>153</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 229-232.

<sup>154</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

Em havendo o aditamento da acusação, deve-se possibilitar que a defesa se pronuncie acerca deste, produzindo assim novas provas, retomando o contraditório e o diálogo endoprocessual, vinculando o julgador que deverá evidenciar tal fato na sentença, por intermédio da fundamentação, analisando os argumentos e provas trazidos à baila pelas partes.

Nesse sentido, Alberto Binder assevera que, no modelo do processo penal, em consonância com o Estado Democrático de Direito, a procura da verdade é mitigada pelas limitações do Estado Democrático de Direito, impossibilitando que se alcance a verdade material ou histórica, mas haverá a reconstrução de uma verdade formal ou “verdade forense”.<sup>155</sup>

Dierle José Coelho Nunes giza que:

O Juiz não pode mais constranger, subjugar e submeter as partes, advogados e órgãos de execução do Ministério Público no âmbito da discussão e do debate endoprocessual, com base em suas pré-compreensões, uma vez que não há submissão destes a sua figura.

Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissor em relação à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual, e no espaço público processual no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam na formação dos provimentos.<sup>156</sup>

O magistrado no processo penal deve respaldar a eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado, não devendo quedar silente às violações e ameaças de lesão aos direitos fundamentais.<sup>157</sup> E, ainda, Geraldo Prado complementa afirmando que o ativismo judicial, embasado no *status quo* do magistrado, porém inalcançável pelas partes, não é detentor de legitimidade, não sendo legítima a decisão que condenar o acusado porque seria desejo da opinião pública. Diante disso, tem-se que a legitimidade da decisão seria a correspondência entre as provas lícitas efetivadas no transcurso do processo e as conclusões que o magistrado atingiu com a análise probatória.<sup>158</sup>

Ressalta-se que a garantia dos direitos fundamentais concretizada pelo magistrado requer que lhe sejam asseguradas garantias mínimas para que atue de maneira imparcial e independente, livre de pressões externas.

Assim, a CF/88, no Art. 95, estipula como garantias dos magistrados a vitaliciedade (afastamento do cargo ocorre somente por sentença judicial transitada em julgado),

<sup>155</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 133.

<sup>156</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 256.

<sup>157</sup> LOPES Júnior, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

<sup>158</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

inamovibilidade (remoção de uma comarca para outra, exceto por relevante motivo de interesse público) e irredutibilidade de subsídios (impossibilidade de redução de vencimentos).

Art. 95. Os Juízes gozam das seguintes garantias:

- I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o Juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
- II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do Art. 93, VIII;
- III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4o, 150, II, 153, III, e 153, §2o, I.<sup>159</sup>

E, ainda, acerca do julgamento imparcial, prevê o Código de Processo Penal as causas de impedimento nos Arts. 252 e 253 e 254, objetivando o distanciamento do julgador de procedimentos que possam trazer determinado interesse em seu resultado.

Art. 252. O Juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

- I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III – tiver funcionado como Juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito sobre a questão;
- IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos Juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os Juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.) e de suspeição.

Art. 254. O Juiz dar-se-á por suspeito, e se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

- I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV – se ele tiver aconselhado qualquer das partes;
- V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

160

O doutrinador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que o Juízo natural é expressão do Princípio da Isonomia, almejando eliminar a criação de tribunais de exceção, *ad hoc* ou *post factum*.<sup>161</sup>

Ressalte-se, também, acerca do Princípio da Identidade Física do Juiz, no que diz respeito ao magistrado que tiver contato com a prova elaborada na instrução jurisdicional

<sup>159</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

<sup>160</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>161</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Porto Alegre: **Revista de Estudos Criminais**. n. 1, 2001, p. 34.

obrigatoriamente prolatará a sentença. A legislação processual penal brasileira não previu o Princípio da Identidade Física do Juiz no Código de Processo Penal de 1941, porém a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008<sup>162</sup>, cambiou os procedimentos, inserindo expressamente a identidade física do Juiz no §2º do Art. 399 do Código de Processo Penal.

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§2.o O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.<sup>163</sup>

Entretanto, observa-se que o legislador não previu situações passíveis de afastamento do magistrado, como férias, doença, aposentadoria, morte, etc, obrigando ao intérprete a utilizar interpretação analógica, conforme o Art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais de direito”.<sup>164</sup>

E, ainda, conforme regulamentação correlata aplicada pelo Código de Processo Civil à matéria no Art. 132 do CPC. “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.<sup>165</sup>

A atuação do magistrado deve dar-se com independência, em especial, em relação ao *juízo ad quem*, devendo ter discernimento para divergir do tribunal quando necessário, assim como concordar se viável. Contudo, observa-se juízes atrelados de tal maneira ao Tribunal que lhes é suficiente a decisão ter sido prolatada por este ou aquele tribunal para tomá-la como correta. Lopes Junior gizou acerca do tema: “Quando uma decisão vale porque proferida por este ou aquele tribunal, e não porque é uma boa decisão, passa-se a ser um mero repetidor acríptico e autofágico, impedindo qualquer espécie de evolução”.<sup>166</sup>

O magistrado no Estado Democrático de Direito não é o Juiz inerte do paradigma liberal e nem o justiceiro do Estado Social, devendo então equilibrar-se como garantidor dos

<sup>162</sup> BRASIL. **Lei 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 15 de abril de 2019.

<sup>163</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>164</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>165</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>166</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

direitos fundamentais e, por conseguinte, garantir às partes oportunidades iguais no transcurso do procedimento, denominado Juiz das Garantias. A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, traz no Art. 3º o ente Juiz das garantias, o qual deve atuar somente no momento pré-processual.<sup>167</sup>

### 2.6.2 O Ministério Público

O Ministério Público foi criado para possibilitar a existência do processo acusatório, bem como impedir a atuação do Juiz inquisidor<sup>168</sup>, tendo origens no século XVII, na França. Salienta-se que não é sua existência que determinará o sistema acusatório, mas o desmembramento dos atos de acusar, defender e julgar<sup>169</sup>, sendo o contraditor natural do imputado imposto pelo sistema acusatório para desempenhar o papel de parte acusadora.<sup>170</sup>

A atuação deste órgão, que não é imparcial, o posiciona como parte no processo penal, visto que detém o direito de ação, possibilitando a existência do princípio acusatório, compartilhando a atuação no processo jurisdicional com a defesa e o acusado, viabilizando que o Juiz atue com imparcialidade na construção do provimento final. Frise-se que é competência do Ministério Público valorar exclusivamente o fato criminoso, pleiteando ou não a absolvição do acusado, preenchendo os seus requisitos, dentre os quais o interesse de agir. Então, ao principiar o procedimento, faz-se necessária a verificação da existência do conjunto probatório mínimo necessário para sustentar a ação penal, sob pena de não possuir interesse processual na demanda, evitando a estigmatização do acusado ou que a ocorrência de abuso do processo penal em situações que não seja cabível a acusação.

Ao pleitear a absolvição do acusado, o Ministério Público não é automaticamente considerado um ente imparcial, visto que o acusado também poderá confessar a prática do delito no intuito de obter uma pena menos severa.

Tem-se, diante disso, uma breve descrição do Ministério Público como parte no processo penal, sendo que sua vinculação ao Princípio da Legalidade também não o torna

<sup>167</sup> BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 28 de dezembro de 2019.

<sup>168</sup> AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 50.

<sup>169</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 253.

<sup>170</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos Continuados de Processo**. Vol. 5, São Paulo: IOB Thonsom, 2004, p. 12.

imparcial, visto que este, em matéria penal e processual penal, deve pertencer aos sujeitos da ação penal.

No processo penal democrático é obrigatório que haja partes bem distintas, permitindo que o Juiz se mantenha em posição de imparcialidade, possibilitando, também, que o processo seja efetivamente desempenhado em contraditório e que as partes desenvolvam amplamente a argumentação, concretizando, assim, o modelo constitucional do processo. Logo, a parcialidade do Ministério Público é indispensável para o delineamento do processo penal democrático sob a forma acusatória estabelecida, apesar de implicitamente, pela Constituição da República.

Entretanto, asseverar que o Ministério Público é parte no processo penal não corresponde a afirmativa de que é um acusador sistemático desconhecedor dos direitos e garantias que tornam o processo penal democrático, mas que assuma o ônus da titularidade da ação penal, conforme estipulado pelo Art. 129, I, da Constituição da República: “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.<sup>171</sup>

Frise-se que a obrigatoriedade da ação penal não se confunde com a compulsoriedade de ajuizar a ação penal mediante *notitia criminis*.

O Ministério Público, conforme leciona Leonardo Augusto Marinho Marques, exerce a função acusatória no processo penal de maneira eficaz satisfatória, não necessitando ter sua atividade complementada pelo Juiz.<sup>172</sup>

O Ministério Público deve, no Estado Democrático de Direito, assumir ativamente a titularidade da ação penal, consoante a incumbência da Constituição, com todos os ônus que isso lhe trará, principalmente na produção da prova e na utilização de manifestações verdadeiramente fundamentadas, explicitando uma análise aprofundada e cautelosa dos autos, suas razões e o lastro probatório que a fundamentaram. Assim, o Ministério Público desempenha seu papel de parte, colaborando com a construção de um processo penal democrático, o qual é dever das partes (acusação e defesa) em contraditório, encaixando o Juiz em sua posição democrática de garantidor dos direitos fundamentais.

---

<sup>171</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

<sup>172</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 183, jul-set. 2009.



Se, de um lado, tem-se o Ministério Público, de outro, estará aquele que receberá a acusação: o acusado, outrora analisado como reles objeto do processo, atualmente concebido como sujeito de direitos e deveres.

O doutrinador Alberto Binder afirma que o acusado é um dos sujeitos essenciais do processo penal e, por conseguinte, seu depoimento tão somente deverá ser tomado como defesa, porém jamais como prova.<sup>173</sup>

É sabido que o acusado não deve ser considerado culpado, tendo garantido o direito ao silêncio, a não-incriminação, somente produzir provas se desejar e, ainda, presumida sua não culpabilidade até que haja comprovação de sua culpa, por intermédio de provas suficientemente produzidas e, posteriormente, prolatada sentença penal condenatória transitada em julgado.

É adequado mencionar que o ônus probatório é de competência do *parquet*, devendo sua atuação ser efetiva, isto é, efetivada por intermédio de manifestações fundamentadas, participação de todos os atos ativamente, etc. Não há que se aceitar a defesa meramente formal, aquela que afaga aos julgadores inquisitórios e inservível à Democracia.

Antônio Scarance Fernandes aponta que, no processo penal acusatório, a igualdade exigida entre as partes deve preferencialmente abrigar a isonomia de direitos e obrigações entre Ministério Público e defesa. Logo, ao considerar-se a mencionada igualdade, deveria a lei possibilitar a feitura de investigação efetuada pela defesa.<sup>174</sup>

Entretanto, não há previsão no Código de Processo Penal vigente de investigação a ser efetivada pela defesa, restringindo-se à viabilidade de que a defesa requeira à Autoridade Policial que providencie diligências que, segundo seu Juízo, poderão ser realizadas ou não.

Antônio Scarance Fernandes sustenta que, apesar de não constar expressamente autorização no Código de Processo Penal, seria possibilitado à defesa efetuar atos de investigação, visto que a inocorrência de vedação legal não acarreta ao defensor o impedimento da investigação. Logo, conclui-se que a majoração da participação da defesa evitaria o monopólio do Ministério Público frente à investigação e à interferência no Inquérito Policial representando um exacerbado desequilíbrio de forças entre as partes processuais.<sup>175</sup>

O Projeto de Novo Código de Processo Penal permite que a defesa indique fontes de provas, inclusive realizando entrevistas, viabilizado nos moldes do Art. 13.

---

<sup>173</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2003, p. 258.

<sup>174</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 240.

<sup>175</sup> *Ibid.*, 241.

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§ 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do Juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o Juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.<sup>176</sup>

No entanto, o supracitado dispositivo não previu como as investigações seriam realizadas pela defesa e acostada aos autos da investigação estatal e, ainda, manteve o raciocínio do atual Art. 14, ao definir que o material coletado pela defesa será juntado aos autos sob o crivo da autoridade policial, contrariando a lógica de que as provas deveriam ser acostadas independentemente do aval de quaisquer autoridades.<sup>177</sup>

### 2.6.3 A Defesa

Na fase de investigação criminal, a defesa pode ser apresentada por intermédio da autodefesa ou da defesa técnica. O exercício da autodefesa ocorre no procedimento do interrogatório, sendo garantido a todos os indiciados visto que sujeito de direitos.

Entretanto, na defesa técnica, é obrigatória a atuação de um profissional graduado em Ciências Jurídicas e regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Considerando a realidade da massa carcerária, sendo composta por uma grande maioria de hipossuficientes financeiros, tem-se a Defensoria Pública para socorrê-la. A Instituição surgiu já nas antigas sociedades gregas e romanas, preocupadas em assegurar a igualdade de tratamento e de oportunidades mediante as diferenças proporcionadas pela desigualdade social.

Assim sustenta Humberto Peña Moraes:

<sup>176</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL (IBRASPP). Reforma do Código de Processo Penal. Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

<sup>177</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

Apercebidos que tal desigualdade ocasionaria, fatalmente, diferença de oportunidade, procuraram inserir, nos seus ordenamentos legais, princípios de ordem pública que ensejassem aos pobres a mesma oportunidade de invocar jurisdição, possível de ser exercida, por expensas próprias pelos afortunados. [...] [...] O asseguramento do direito de acesso de todos à prestação jurisdicional, independentemente de suficiência de recursos, permaneceu, no mundo moderno, mantidas as peculiaridades locais, como um dos principais objetivos das legislações próprias, aperfeiçoada, sob o influxo de novas concepções sócio jurídicas, econômicas e políticas, embora ainda sejam registrados sistemas bastante primários de ajuda legal.<sup>178</sup>

O Art. 134 da Constituição de 1988 considera a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Advocacia Pública funções essenciais à Justiça. Apesar da unidade e indivisibilidade da instituição, essa organiza-se em três ramos: Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e Defensoria Pública dos Estados. Não obstante a dificuldade na implementação da Defensoria Pública no Brasil, tem-se o destaque desta no cenário mundial, sendo um dos raros países que a eleva à condição de carreira de Estado, por estipulação constitucional, demonstrando maturidade democrática.<sup>179</sup>

Sobre a situação da Defensoria Pública, o Ministério da Justiça assim se expressa:

[...] a institucionalidade da Defensoria Pública tem sofrido uma miríade de dificuldades no que concerne à sua consolidação. Atualmente, ainda é grande o número de Comarcas sem a presença de Defensorias Públicas ou mesmo que contam com o trabalho de advogados dativos em virtude da falta de profissionais concursados, sobretudo em áreas mais sensíveis, como as regiões Norte e o Nordeste do Brasil. Além disso, Defensores relatam o inconcluso processo de ampliação da autonomia, sobretudo financeira, das Defensorias Públicas, que ainda se mostram dependentes da estrutura administrativa dos Poderes Executivos.<sup>180</sup>

Na atualidade, existem duas situações emblemáticas: 1) na qual se encontra o direito de acesso à Justiça, assegurado constitucionalmente, podendo ser considerado um grande avanço; 2) é a continuidade da realidade precária, visto que apesar da Defensoria Pública já se encontrar devidamente instituída nos Estados, a situação pode ser considerada relativamente melhor ao quadro anterior de não implementação, porém está aquém do esperado.

O número de Defensores Públicos nos Estados é muito inferior à quantidade de demandas judiciais postas, sendo que as Comarcas mais pobres são as que possuem o menor número destes profissionais, situação que eterniza o ciclo vicioso: as localidades e cidadãos mais pobres tornam-se, dia após dia, ainda mais hipossuficientes e excluídos.

<sup>178</sup> MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado**. 2.edição. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1984, p. 19- 28.

<sup>179</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Estudo diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

<sup>180</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015, p. 12.

Essa averiguação é intolerável, visto que o Estado não honra com sua obrigação de atuar em favor desses cidadãos, colaborando com a perpetuação da exclusão social de tais indivíduos ao recusar-se a conceder direitos básicos como a Defensoria Pública devidamente implementada e cobrindo as demandas populacionais sem restrições orçamentárias ou de pessoal.

Já transcorridos 31 anos da promulgação da Constituição de 1988, é possível afirmar que houve lapso temporal razoável para que não fosse possível sentir a fragilidade da Defensoria Pública, visto que esta ainda não possui condições de desempenhar sua missão, qual seja, possibilitar o acesso universal à Justiça, visto que necessária a adequada estruturação nas diversas unidades da Federação.

Diante dessa realidade, de deficiência de serviços, busca-se o apaziguamento parcial da situação com a Defensoria Dativa, criada por lei estadual, devendo advogados credenciarem-se na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de seu Estado para atuar nas demandas judiciais não comportadas pela Defensoria Pública, sendo aqueles remunerados pela via estatal consoante diretrizes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos REsp 1.656.322 e REsp 1.665.033.

I. As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado;

II. Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor;

III. São, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas mediante acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB.

IV. Dado o disposto no art. 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculante a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, na forma dos Arts 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República.<sup>181</sup>

Apesar dessa solução provisória, fazem-se necessários foros de debates para que exponham a premente necessidade da efetivação da Defensoria Pública como instrumento de inclusão do jurisdicionado, em especial, dos mais pobres.

---

<sup>181</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consulta processual REsp 1.656.322 e REsp 1.665.033. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

### 2.6.3.1 A Autodefesa

No Inquérito Policial, a autodefesa é exercida especificamente pelo acusado, objetivando defender-se do que lhe está sendo atribuído. Obrigatório ressaltar que não se deve confundir com a defesa pessoal, visto que nesta situação faz-se necessária a inscrição na OAB, atuando em causa própria. A principal maneira de exercício da autodefesa do suspeito dá-se no decorrer do interrogatório, podendo haver a renúncia à participação desse ato, ou seja, não há obrigação de comparecimento à Polícia Judiciária.

Anteriormente, a Lei nº. 10.792/2003, que alterou o Código de Processo Penal, o tratamento fornecido ao interrogatório era meio de prova e não uma forma de defesa como é atualmente considerado.

Ressalte-se que o indiciado, no procedimento interrogatório, deverá estar acompanhado de defensor, quer seja advogado constituído, defensor público ou dativo, sob pena de nulidade absoluta, nos termos da redação dada ao inciso XXI, incluído no Art. 7º da Lei 8.906/1994 e pela Lei 13.245/2016.

Amparada na legislação ordinária e na CF/1988, sobretudo no Art. 5º, incisos LV e LXIII, encontra-se o instituto da autodefesa que deve manifestar-se espontaneamente e ausentes as de torturas físicas ou psicológicas, sob pena de configurarem-se ilícitas as provas coletadas, logo, inservíveis à Investigação Criminal e, por conseguinte, ao processo penal.

Art. 5º: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.<sup>182</sup>

Ainda, a respeito da autodefesa, pode-se afirmar a possibilidade em âmbito administrativo consoante a Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal, a qual dispôs que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Tal súmula confrontou o verbete de nº 343 de 2007, do STJ, o qual infirma ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Logo, está-se diante de premissas diferenciadas, sendo que o mais importante a ser observado, também, é a presença dos princípios fundamentais da Ampla Defesa e Contraditório no processo administrativo disciplinar.

<sup>182</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

Em que pesem os fundamentos explanados pelos Ministros do STF, o posicionamento assegurado pelo verbete nº 343 é o que melhor se adapta com o devido processo constitucional como sustentáculo do Estado Democrático. Consoante Rosemiro Leal, os procedimentos disciplinares de âmbito administrativo devem se pautar no Processo Constitucional previsto como arcabouço fundamental de aplicação do devido processo constitucional, traduzindo-se na observância do Contraditório, Ampla Defesa, Isonomia e Direito ao Advogado.<sup>183</sup>

#### 2.6.4 A Vítima

Por derradeiro, há que ser averiguada a participação da vítima no processo penal democrático. A doutrinadora Flaviane de Magalhães Barros assevera que a vítima de um ilícito penal, podendo ser individual ou coletiva, tal como nos direitos difusos e coletivos, sendo representada por associações ou entidades públicas, é delimitada pela análise da norma penal que prevê como ilícita determinada conduta, atrelando a defesa do direito violado ao devido processo legal.<sup>184</sup>

O Código de Processo Penal, bem como parcela da doutrina, opta por excluir a vítima como parte atuante, minorando sua intervenção à atuação na esfera civil em busca da reparação dos danos. A doutrinadora Ana Messuti giza que o processo evolutivo do direito penal foi demarcado pelo desvio do enfoque em relação à vítima proporcionalmente à assunção da administração da justiça pelo Estado, sendo transferido ao autor do delito.<sup>185</sup>

O denunciado transformou-se em protagonista no processo penal e a vítima compete o papel de coadjuvante, o qual lhe foi imputado pela Inquisição, que eliminou sua permissão para impulsionar o feito, desconsiderando sua vontade de promover a persecução penal.<sup>186</sup>

A colaboração da vítima, frisa Natalie Ribeiro Pletsch, resta mitigada ao oferecimento da queixa-crime, ainda que subsidiária, momento em que agiria como reguladora da atuação do Ministério Público, quer seja como informante no decorrer da instrução penal ou como assistente da acusação.<sup>187</sup>

<sup>183</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB Thomson, 2001, p. 50.

<sup>184</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177.

<sup>185</sup> MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

<sup>186</sup> PLETSCHE, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: O atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 94.

<sup>187</sup> Ibid., p. 95.

Entretanto, a reforma do processo penal, proporcionada pelas Leis 11.719/2008 e 11.689/2008, majorou, apesar de timidamente, a participação da vítima, sendo obrigatória a sua oitiva na instrução processual.

A lei 11.719/2008 cambiou o procedimento ordinário para estipular que a oitiva da vítima seja providenciada na instrução do procedimento, consoante Art. 400 do CPP.

Art. 400 - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no Art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.)<sup>188</sup>

E a Lei 11.689/2008 modificou a instrução preliminar nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, como se depreende no Art. 411 do CPP e a instrução em plenário de julgamento pelo Tribunal do Júri, como preceituado no Art. 473 do CPP.

Art. 411. Na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se ao debate.

Art. 473. Prestado compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o Juiz-presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.<sup>189</sup>

Entretanto, a referida reforma pouco avançou acerca da participação da vítima no processo penal.

O processo penal democrático, embasado na participação das partes na construção da sentença, exige que a vítima atue de forma efetiva. A doutrinadora Flaviane de Magalhães Barros assegura que a vítima deve ser necessariamente arguida, quando há o atingimento de seus direitos pelo provimento jurisdicional, sendo essa a questão fulcral para delinear sua colaboração.<sup>190</sup>

Assim, a participação da vítima no processo penal principia no seu direito de reparar o dano, por intermédio do contraditório acerca da indenização, demonstrando os prejuízos sofridos em razão do crime; sendo que o sistema processual penal brasileiro assegura a

<sup>188</sup> BRASIL. **Lei 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 15 de abril de 2019.

<sup>189</sup> BRASIL. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm). Acesso em 15 de abril de 2019.

<sup>190</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

executividade da sentença penal condenatória, bem como a imutabilidade das questões decididas relativamente à materialidade, autoria e à legítima defesa.<sup>191</sup>

Logo, no caso aventado, a sentença viabilizaria a reparação civil dos danos, sendo oportuno frisar que, após a reforma proporcionada pela Lei 11.719/2008, que cambiou o Art. 387, IV, do CPP, definindo que o magistrado estipule o valor mínimo para indenização na decisão terminativa. “Art. 387. O Juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV – fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.<sup>192</sup>

Pode-se, então, considerar o posicionamento adotado por Flaviane de Magalhães Barros, no sentido que a participação da vítima é decorrência de seu direito fundamental à reparação do dano, e, também, por ser o ofendido e o acusado protagonistas do evento criminoso. Portanto, a decisão que contenha o objeto de reparação deve garantir a participação, por intermédio de contraditório, em sua elaboração, devendo o processo penal, em havendo manifestação expressa da vítima acerca da resolução da questão da reparação do dano na seara criminal, cumular o pedido, que será destinado ao Ministério Público constando na denúncia.<sup>193</sup>

O ingresso do requerimento de reparação do dano trará a vítima à condição de parte, tendo garantidos os direitos, deveres e ônus inerentes a essa posição, assegurando-se, dessa maneira, sua participação em simétrica paridade na elaboração da decisão, observando-se seu direito à informação, de modo a cientificá-la, já na fase preliminar das investigações, acerca da possibilidade de sua participação no trâmite processual.

Logo, deve-se cientificar à vítima acerca do oferecimento da denúncia, seu recebimento e da decisão final. A comunicação dos principais atos do processo ao ofendido somente caso este requeira, sendo que sua condução coercitiva em Juízo fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que, além de ser alvo de violência do criminoso, ainda é agredido pelo Estado, que o obriga a defrontar seu agressor, mesmo após recusar-se a comparecer.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

<sup>192</sup> BRASIL. **Lei 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 15 de abril de 2019.

<sup>193</sup> Ibid., p. 190.

<sup>194</sup> Ibid., p. 192.



Assim como o direito de participação não deve ser confundido com obrigação, também não há que se considerar o ofendido como objeto de prova do processo penal.

Então, imperiosa é a revisão do papel de assistente no processo penal incumbido à vítima, visto que não é auxiliar do Ministério Público, mas sujeito ativo no processo, pois teve participação decisiva no fato criminoso, devendo como tal ter garantidos os direitos assegurados em lei, podendo utilizar do silêncio, não sendo obrigada a depor, bem como sendo proibida a realização de provas ilícitas coletadas sem o seu consentimento.

No decorrer do contraditório é facultado à vítima especificar provas, inclusive a testemunhal, que visem reconstruir os fatos, atuar nos debates e manifestar-se, inclusive, contra a decisão.<sup>195</sup>

Por derradeiro, aduz-se que é imprescindível a revisão da posição de todos os sujeitos processuais, sendo que compete às partes atuar de maneira ativa no processo penal democrático, ocupando lugares notoriamente delineados: o Ministério Público ou querelante, como acusador, a defesa que impugna suas acusações e, ainda, o terceiro imparcial que julga, garantindo a manutenção dos direitos fundamentais e a atuação efetiva das partes na prolação da decisão penal adequada ao Estado Democrático de Direito.

---

<sup>195</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 196-197

### 3 ANÁLISE CRÍTICA DO PROBLEMA

No Primeiro Capítulo, fez-se uma descrição pormenorizada do caso estudado, desde a origem histórica da Investigação Criminal Defensiva até a inspiração do direito alienígena, em especial, o italiano, do qual extrai-se a Teoria da Gestão de Provas de Franco Cordero. Depois, demonstrou-se o esforço do Conselho Federal da OAB em publicar o Provimento nº 188/2018, sendo que todos os demais regramentos acerca do tema se encontram em fase de tramitação, alguns há décadas.

No Segundo Capítulo, abordou-se os sistemas Processuais Penais, em especial, aquele apregoado pelo pensador Franco Cordero, e, ainda, procurou-se delimitar as funções das partes no processo penal, almejando um tratamento isonômico.

Neste Capítulo, será averiguada a crítica do problema, buscando-se construir uma Investigação Preliminar Defensiva que possa ser aplicada no Brasil, culminando num Projeto de Lei fictício que se enquadre à Constituição Federal e seus preceitos norteadores exercidos sobre o sistema penal brasileiro (Sistema Acusatório, Princípio do Contraditório, Ampla Defesa, Devido Processo Legal, etc.).

#### 3.1 CONSTRUINDO UM MODELO DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA PARA O BRASIL

Verificou-se, anteriormente, que o processo e a investigação são entidades miméticas. Logo, o magistrado encontrava-se em posse da produção das provas, isto é, este investigava, visto que as funções de investigar, acusar e julgar encontravam-se concentradas em suas mãos. Entretanto, apesar da aparente eficiência e celeridade mediante a condensação de funções, tem-se um sistema processual que afronta o sistema de garantias, porque ataca, em especial, a imparcialidade do julgador, gerando consequências drásticas ao indiciado.

Destaca-se o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pois, para este, a principal característica do sistema inquisitório não era a ausência de partes, mas a gestão da prova, verificando-se, então, que é o Juiz que coleta as provas, em geral, em desfavor do réu, visto que também acusador, acarretando a contaminação do processo, porque este magistrado, inclusive, proferirá a sentença. Explana-se, ainda, que neste sistema o acusador é o magistrado. Desse modo, por intermédio de uma lógica dedutiva de coleta e análise de provas, pode ocorrer

uma decisão prévia, para, posteriormente, encontrar provas que justifiquem a sua decisão. Logo, depara-se com uma verdade construída.<sup>196</sup>

Considerando o supracitado, em oposição ao sistema inquisitório, apareceu o sistema acusatório, no qual as funções de investigar, acusar, defender e julgar são efetivadas por órgãos diversos. O aparecimento do sistema acusatório deu-se sob os ideais de liberdade e de humanidade, observando que a sociedade aclamava por um sistema penal mais brando, isento de penas corporais.

A necessidade de recorrer ao surgimento dos ideais garantistas, traz Zaffaroni para explicar que as primeiras manifestações da modernidade contra o autoritarismo deram-se por intermédio de Etienne la Boétie, no artigo “*O discurso da servidão voluntária (1549)*”<sup>197</sup>, momento em que a essência da liberdade, que é intrínseca ao ser humano, passa a ser questionada mediante os excessos praticados no sistema penal inquisitivo, visto que este pleito de liberdade é equiparado também às virtudes de fraternidade e igualdade, os quais são princípios embaixadores do Iluminismo.<sup>198</sup>

Em virtude da continuidade de ideais contrários ao poder vigente à época, Voltaire, influenciado por Locke, indagou, por intermédio de sua obra *O Tratado sobre Tolerância (1763)*<sup>199</sup>, a cegueira jurídico-político do período e a maneira de manipular provas de cunho moral e religioso. E, frente a isto, os seus ideais conquistaram adeptos como os membros da *Academia dei Pugni*, tais como: Beccaria, Verri, Carrara, isto é, fundadores da Escola Clássica de Direito Penal.<sup>200</sup>

Dessa maneira, os ideais Iluministas apareceram para delinear o poder do Estado, concedendo a este o poder de julgar indivíduos que praticaram delitos contra a ordem pública, originando assim o garantismo penal. Por conseguinte, eclodiram inúmeros princípios que, atualmente, encontram-se consagrados em nosso sistema jurídico e que protege o indivíduo mediante os excessos do poder estatal. E, como é notório, o sistema acusatório é o embaixador

<sup>196</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Coordenação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18-31.

<sup>197</sup> LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso Sobre a Servidão Voluntária**. São Paulo: L.C.C. Publicações Eletrônicas, 2006. Disponível em: [http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao\\_voluntaria.pdf](http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao_voluntaria.pdf). Acesso em: 13 de agosto de 2019.

<sup>198</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Secularização e Tolerância: Valores Estruturais do Paradigma Garantista. In: CARVALHO, Salade. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 36-37.

<sup>199</sup> VOLTARE. François-Marie Arouet. **O Tratado sobre Tolerância**. Trad. Augusto Joaquim. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2015. Disponível em: <http://static.publico.pt/docs/ipad/TratadoTolerancia.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

<sup>200</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 49-53.

do processo penal garantista e, em sendo assim, deveria estar alinhado com os direitos agasalhados pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, salienta-se que a Constituição Federal não é causa, mas consequência, isto é, esta não transforma, mas é resultado de transformação.<sup>201</sup>

Corroborando com tais afirmações, o doutrinador Lênio Streck assevera que o sistema acusatório é a maneira pela qual o direito penal é utilizado igualmente no processo penal, ou seja, é considerada a “porta de entrada da democracia” e também a garantia que a prova penal não tenha um proprietário.<sup>202</sup>

O garantismo penal é assegurado no processo penal por diversos princípios, quais sejam: Imparcialidade do Juiz, Inércia da Jurisdição, Ampla Defesa, Contraditório, Presunção de Inocência, Legalidade, dentre outros.

Em decorrência do supracitado, pode-se inferir que, ao menos na teoria ou na prática de alguns operadores do direito, o processo penal fora agasalhado pelo garantismo penal. Entretanto, não se pode afirmar, ainda, tal ocorrência no Inquérito Policial. Contudo, há que se observar uma movimentação neste sentido, tal como o Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB e a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Pode-se afirmar que exemplos de adequação da investigação policial ao garantismo são as fundamentações das decisões da autoridade policial quando atuando em suas atribuições. Nesse sentido, Lênio Streck ensina que “toda e qualquer restrição de liberdade deve ser minuciosamente fundamentada”. Apesar deste raciocínio de fazer referência ao processo penal, é viável transpô-lo ao Inquérito Policial, o qual também deve ter seus atos devidamente fundamentados. A investigação penal garantista, laconicamente, é a que evita o autoritarismo estatal, trabalhando como uma engrenagem que equilibra o poder, auxiliando numa investigação coerente com o Estado Democrático de Direito.<sup>203</sup>

O direito penal de garantias, consoante Zaffaroni, é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, o que seria redundante mencionar direito penal garantista. Logo, esta linha ideológica pode ser aplicada ao direito processual penal, bem como ao Inquérito Policial, pois, apesar de ser sabido que o Delegado de Polícia necessita de certa discricionariedade em seus

---

<sup>201</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coordenação. O papel do novo Juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57-71.

<sup>202</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais**. V. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45.

<sup>203</sup> Ibid., p. 78.

atos administrativos, visando uma adequada investigação, seria uma heresia aceitar que uma fase processual admita garantias e a outra não.<sup>204</sup>

### 3.2 O INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO E A SUA INQUISITORIEDADE

O Inquérito Policial tem em suas entranhas o modelo inquisitorial, momento em que a Inquisição esbanjava todo o poder do príncipe, bem como da Igreja, sendo tal poder legitimado por intermédio da vontade divina.<sup>205</sup>

Subsequentemente, com os princípios Iluministas, vislumbrou-se a valoração e a adoção dos ideais que permaneciam velados durante a Inquisição, pois neste período o ser humano não era considerado sujeito de direitos. Mediante esta transformação de conceitos, bem como o agasalhamento de princípios que vislumbravam o homem como detentor de direitos, houve, por consequência, uma alteração drástica dos modelos investigatórios e processuais, ocorrendo o início do reconhecimento, da observância e da preservação dos direitos da pessoa investigada, isto é, começou-se a abandonar a percepção do indiciado como objeto de determinada investigação.

Ao se averiguar o primeiro código processual brasileiro, considerando-se o âmbito social e político, tem-se a influência dos princípios liberais e, por conseguinte, o remodelamento da investigação criminal. Apesar da inovação, o modelo investigativo no Brasil recebeu inúmeras críticas, momento em que surgiu em 1871 o Inquérito Policial, o qual era conduzido pelo Delegado de Polícia, visando coletar elementos de justa causa. Entretanto, a investigação pode dar-se por intermédio de diversos órgãos estatais, como exemplo: pelo Ministério Público, assim como pelos representantes do povo através das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), ampliando significativamente a temática investigação.

Apesar da amplitude da abordagem, este estudo é direcionado para a investigação criminal realizada pela Polícia Civil dos estados e do Distrito Federal e pela Polícia Federal.

Impõe-se esclarecer que há muito se debate acerca da constitucionalidade das investigações serem providenciadas por órgãos outros que não pela Polícia Civil, visto que a ausência do Inquérito Policial incorreria consequentemente numa investigação efetivada sem algumas formalidades essenciais, ainda que pífias, tais como: o derradeiro prazo para a

---

<sup>204</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 173.

<sup>205</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 91.

investigação, bem como a inexistência de controle judicial, além da falta de supervisão de outro diverso do investigador.

Não obstante da relevância do debate, é necessário atentar-se ao fato do Inquérito Policial não ter conceito ou definição legal, isto é, não há um regramento que explicita seus procedimentos, bem como sua finalidade. Mediante tal informação, pode-se constatar que o Inquérito Policial não tem uma identidade, não apresentando contorno e essência próprios, nem tampouco utilidade nitidamente demarcada, encontrando-se liberto para adotar forma, dinâmica e finalidade que o seu titular almejar. E, em sendo assim, o inquérito criminal não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, cujas regras do jogo, mais especificamente no que concerne à sanção penal, necessitam ser explícitas e delimitadas, evitando a fabricação massiva de culpados, tornando-se instrumento de aplicação das garantias constitucionais.

Em decorrência disso, também é observado no Inquérito Policial uma certa desinteligência operacional, como gizado por Miguel Reale: a falta de identidade leva à falta de conhecimento. Isto transparece o motivo de os princípios da “identidade e da não contradição” serem tomados por sua excelência. Estes princípios são considerados universais pela ciência, pois inexiste campo do conhecimento que os prescindam.<sup>206</sup>

E, ainda, o referido autor afirmar que o conhecimento vulgar é aquele que não é provido de certeza, isto é, que não há certificação, pois é impossível afirmar que é um conhecimento errôneo.<sup>207</sup>

Logo, mediante a ausência de conceituação legal acerca do Inquérito Policial, fica a doutrina encarregada de conceituá-lo, ocasionando insegurança jurídica, pois os órgãos encarregados dos procedimentos investigatórios guiam-lhes da forma que melhor lhes aprouver.

Neste diapasão, Aury Lopes Júnior assegura que “não existe um dispositivo que, de forma clara e satisfatória, defina o Inquérito Policial, pelo que se deve recorrer a uma leitura, pelo menos dos Arts.4 e 6 do CPP.”<sup>208</sup>

Considerando que o inquérito não possui caráter judiciário e tampouco processual, há a possibilidade de defini-lo como um conglomerado de atos complexos.

---

<sup>206</sup> REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 52.

<sup>207</sup> Ob. cit., p. 46-47.

<sup>208</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Penal Processual e sua conformidade Constitucional**. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 242.

O inquérito, segundo Augusto Mondim, é um instrumento legal clássico, disponibilizado à autoridade policial para o desempenho da sua função considerada mais importante, qual seja, a investigação dos crimes comuns, bem como as previstas em legislação especial, desde que não haja previsão legal em contrário, bem como os fatos não cedam lugar à aplicação das medidas de segurança.<sup>209</sup>

Romeu de Almeida Salles Júnior buscou definir o inquérito como o procedimento designado à congregação de elementos sobre uma determinada infração penal, sendo o conjunto de diligências efetuadas pela polícia judiciária, para apuração de determinada infração penal e sua autoria, visando que o titular da ação penal possa ajuizá-la, pleiteando a aplicação da lei ao caso concreto.<sup>210</sup>

A exposição de motivos do Código de Processo Penal delimitou o inquérito como processo preliminar ou preparatório da ação penal.<sup>211</sup>

É oportuno frisar que o Inquérito Policial é uma peça de cunho administrativo, o qual produz conhecimento precário e informativo, porém não há que se considerar tal característica desimportante, visto que as provas coletadas nesta fase podem resultar em condenação ou absolvição na fase processual, tolhendo um dado indivíduo ao direito essencial de ir e vir.

O pensador Magalhães Noronha pondera que: “não se pode de antemão repudiar o inquérito, como integrante do complexo probatório que informará a livre convicção do magistrado”.<sup>212</sup>

João Gualberto Garcez Ramos explana que, no processo penal brasileiro, inexistente o instituto do indiciamento formal, porém há uma estimativa da autoridade policial consumir atividades decisórias no inquérito. Entretanto, a jurisprudência considera que o Delegado de Polícia contribui para que seja sanada a dúvida razoável do processo, adotando assim a existência de indiciamento formal.<sup>213</sup>

Então, conclui-se que o Inquérito Policial é um procedimento administrativo, efetuado por um ente estatal, ao qual é atribuído a função de fornecer indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, mesmo que de caráter precário, presidido pela autoridade policial.

<sup>209</sup> MONDIM, Augusto. **Manual de Inquérito Policial**. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 50.

<sup>210</sup> SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 3.

<sup>211</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Análise da Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/decreto-lei-36891941exposicaodemotivos.html>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

<sup>212</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 23.

<sup>213</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal, doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 385-386.

Amparados na tentativa de definição acerca do inquérito, cumpre apontar suas características: a) dispensável, pois, caso o Ministério Público, titular da ação penal, estiver em posse dos elementos necessários para a propositura da denúncia, o inquérito tornar-se-á irrelevante; b) discricionário, visto que o inquérito não possui forma legal, então o presidente da investigação não está adstrito a formalidades na sua condução da investigação, ressaltando que discricionariedade não é agir de maneira arbitrária. Ressalta-se que a eficiência da investigação advém da realização dos procedimentos consoante o Princípio da Legalidade, garantindo-se que não ocorra o previsto por Carnelutti: “o homem, quando sobre ele recaia suspeita de um delito, é jogado às feras, como se dizia em um tempo em que os condenados eram oferecidos como alimento, às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão”.<sup>214</sup>; c) caráter informativo, visto que não é emitido juízo de valor, porém é um procedimento preparatório, no qual existe formação de prova. Neste diapasão, Bismael B. Moraes assevera que o Código de Processo Penal e inúmeras leis especiais estipulam que a autoridade policial efetue procedimentos que constituem verdadeiro juízo de valor, tal como o Art. 10, que afirma que a autoridade policial pode pleitear dilação de prazo para o término do inquérito quando for de complexa elucidação. Em idêntico sentido, no auto de prisão em flagrante, a autoridade policial deve analisar se o fato se deu em estado de flagrância.<sup>215</sup>

A investigação policial também é procedimento formal, considerando que o Código de Processo Penal em seu Art. 9º exige que os atos praticados para elucidar um fato que supostamente constitui um delito, devem ser reduzidos a termo. “Art. 9. Todas as peças do Inquérito Policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.<sup>216</sup>

Entretanto, como outrora mencionado, não há esclarecimento exato do que seja inquérito policial, ficando sob o encargo da doutrina e da prática para categorizá-lo. Certamente, as regras destinadas a esclarecer o inquérito não teriam o intuito de engessá-lo, mas, sim, de fornecer regras mínimas embasadoras da investigação, auxiliando o labor dos operadores do direito.

Outro traço do inquérito é o cunho sigiloso, visto que nem todos os atos praticados devem ser disponibilizados ao investigado em prol do êxito investigativo, porém há mitigações

---

<sup>214</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2008, p. 50.

<sup>215</sup> MORAES, Bismael B. **Direito e polícia—uma introdução à polícia judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 136.

<sup>216</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.



em relação ao sigilo, e assim, aos poucos, há um afastamento das investigações inquisitivas, como prescrevia Beccaria, ao afirmar que “os julgamentos devem ser públicos; também devem ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, por a freio à violência e às paixões”.<sup>217</sup>

Ainda, acerca do sigilo, argumenta Elmir Duclerc, que este deve ser decretado por intermédio de um ato fundamentado da autoridade policial, visto que a regra é a publicidade, consoante o artigo 93, IX da Constituição Federal.<sup>218</sup>

Outrossim, é válida a súmula vinculante nº 14:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.<sup>219</sup>

Ato administrativo é mais um traço do inquérito, visto que tais atos são realizados no decorrer da investigação policial, sendo externo ao processo, apesar de serem analisados na seara do processo penal.

José Adalberto de Camargo Aranha compreende que os peritos usufruem de fé pública, por serem oficiais, não havendo, assim, a necessidade de repetição de perícia.<sup>220</sup>

Salienta-se que há provas periciais que podem ser refeitas na fase processual e, assim, submetidas ao contraditório. Entretanto, existem provas que não possuem a faculdade de repetição, logo, não há como refazê-las na fase processual.

Faz-se necessária a análise da natureza do procedimento investigativo, como informa a doutrina de Aury Lopes Júnior; o autor elucida que, no curso do inquérito, são efetuados diversos atos administrativos, judiciais e jurisdicionais, razão pela qual entende-se que se deve considerar os atos predominantes, que, no inquérito investigativo, são os atos administrativos, visto que a regra geral do Inquérito Policial é a não intervenção do poder judiciário.<sup>221</sup>

Um dos traços mais importantes é a inquisitorialidade, em decorrência de a autoridade policial poder conduzir as investigações da maneira que considerar imprescindível para a apuração dos fatos. Assim, sustenta Ismar Estulano Garcia acerca do procedimento

<sup>217</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999, p. 32.

<sup>218</sup> DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 88.

<sup>219</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação da Súmulas no STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

<sup>220</sup> SAAD, Marta. **O direito de defesa no Inquérito Policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

<sup>221</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 36-38.

indeterminado a ser utilizado pela autoridade policial, sendo facultado às investigações seguirem rumos diversos visando o esclarecimento do fato delituoso.<sup>222</sup>

Joaquim Canuto Mendes de Almeida tenta elucidar o caráter inquisitivo afirmando que a inquisitorialidade não significa que a autoridade monopolizasse poderes, mas que as partes não monopolizem.<sup>223</sup>

O Inquérito Policial, segundo Adilson Mehmeri, também não admite o contraditório, uma vez que “não pode investir-se de peça de acusação, e, em consequência, não cabe aí qualquer defesa”.<sup>224</sup> Entretanto é necessário afirmar que tal temática não é pacífica na doutrina, visto que há autores que amparam a viabilidade de defesa no Inquérito Policial.

Antônio Scarance, acerca do tema, afirma que nunca houve, nem haverá, pontos pacíficos sobre tais assuntos, pois a investigação, tal como o processo penal, molda-se por intermédio dos movimentos ideológicos de um determinado país. E sempre será tema de constante análise e objeto de preocupações legislativas.<sup>225</sup>

Ademais, é possível afirmar que o Inquérito Policial é prévio, posto que antecede à ação penal, sendo que os atos investigativos têm a incumbência de reunir elementos para a propositura ou não da ação penal. Após verificar as características do Inquérito Policial, percebe-se que não possui identidade com o processo, uma vez que são institutos completamente diferentes e com finalidades diversas.

### 3.3 PRESSUPOSTOS PARA A COMPATIBILIZAÇÃO COM O CASO BRASILEIRO

Observou-se que o inquérito no Brasil não encontra classificação legal, nem tampouco identidade no sistema processual penal, motivo pelo qual é possível assenhorar-se do garantismo agasalhado no âmbito do processo, devendo neste caso ter como dinâmica o freio de abusos e violações. Assim, tem-se que o Inquérito Policial, apesar de inquisitório, é garantista, existindo defesa e direitos mesmo que mitigados.

As garantias na medida que são conferidas no Inquérito Policial tornam-se habituais, retirando-se, assim, determinados vícios provenientes de excessos respaldados pela ausência de legislação específica. Ao tentar mapear os vícios do inquérito tem-se, consoante Aury Lopes

<sup>222</sup> GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial – inquérito**. 6. ed. Goiânia: AB Editora, 1995, p. 8.

<sup>223</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

<sup>224</sup> MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial (dinâmica)**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 12.

<sup>225</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 319.

Júnior, que a apresentação atual do Inquérito Policial advém de inspiração autoritária, reportando ao regime ditatorial de 1937 e, ainda, influenciado pelo Código de Rocco.<sup>226</sup>

Nesse contexto, Paulo Roberto da Silva Passos informa que o Inquérito Policial surgiu em pleno ‘Estado Novo’, momento em que a ditadura Vargas impingia sua virulência, utilizando a falta de liberdade como sua marca.<sup>227</sup>

Ressalta-se, então, que o Inquérito Policial foi gerado durante um sistema autoritário, logo após a decadência deste regime e de diversos outros fatores históricos ocorridos no Brasil, tal como a entrada em vigor da Constituição Federal, não havendo alteração legislativa ou regulamentação da investigação, estando em descompasso com o Estado Democrático de Direito.

Jacinto de Miranda Coutinho afirma que a reforma deve ser global, esquivando-se de questões infra sistemáticas, visto que a problemática se encontra no próprio sistema, sendo inviáveis consertos parciais, pois podem ser considerados meros remendos. Tais motivos encaminham o doutrinador para a conclusão que o Código de Processo Penal necessita de uma reforma global, visto que, atualmente, incompatível com a Constituição Federal.<sup>228</sup>

A regulação legislativa moldará o Inquérito Policial com a Constituição de 1988, sanando pontos obscuros, tais como a falta de regulação do indiciamento, sendo que consoante o já constatado em Direito Comparado, o indivíduo, ao ser tachado de investigado, automaticamente obtém garantias que antecedem o rito processual.

Antônio Scarance afirma que o indiciamento deve ser regrado, visando que a autoridade policial fundamente o ato de indiciamento, sendo que, deste momento em diante, necessariamente devem ser garantidos os direitos constitucionais ao investigado.<sup>229</sup>

Ressalta-se que o Inquérito Policial não é uma peça acusatória, mas uma sequência de atos administrativos que eclodem num juízo primário e precário de conhecimento, o qual possibilita a ação penal. Verificou-se, também, que as garantias persecutórias não são similares na instância administrativa e na instância processual. Em que pese a diversidade dos procedimentos investigativos e processuais, parcela de doutrinadores aceita o contraditório no

<sup>226</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 137.

<sup>227</sup> PASSOS, Paulo Roberto da Silva; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal**. São Paulo: Themis livraria e editora, 2001, p. 72.

<sup>228</sup> COUTINHO, Jacinto de Miranda. Um devido Processo Legal (Constitucional) incompatível com o Sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 254-256.

<sup>229</sup> CASTRO, Rui da Fonseca e. **Processo penal – inquérito**. 2. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014, p. 23-27.

Inquérito Policial, tal como Rogério Lauria Tucci, portanto, sendo passível a ocorrência da efetiva defesa.<sup>230</sup>

Entretanto, há outra vertente da doutrina que possui o entendimento da impossibilidade do contraditório no Inquérito Policial, sendo assegurada tão somente à defesa, tal como esclarece Antônio Scarance. Justifica-se este entendimento pelo fato de não se falar em partes e, por conseguinte, em contraditório. Mediante este impasse, o autor explana que “há sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados”.<sup>231</sup>

Discussão acerca da temática do contraditório e defesa no inquérito policial existe em abundância, motivo pelo qual se deve demonstrar posições doutrinárias divergentes sobre o tema, além das críticas, merecendo enfoque a pontuada por André Luiz Nicolitt a respeito do Art. 155 do Código de Processo Penal e o contraditório:

O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvado as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.<sup>232</sup>

O autor entende que, em sendo insuficiente as provas coletadas no contraditório, estas deverão ser complementadas com os indícios do inquérito, formando a convicção condenatória do julgador, temos que os elementos inquisitivamente colhidos são decisivos para a condenação, havendo violação do Princípio Constitucional do Contraditório, e, ainda, da presunção de inocência.<sup>233</sup>

No entanto, a temática relativa à investigação penal e processual penal sempre encontrará divergências ideológicas, tal como explana Antônio Scarance:

Nunca houve, nem haverá, pontos pacíficos a respeito desses assuntos e de outros, pois a investigação, como o processo penal, sofre o influxo dos movimentos ideológicos de um país. É e sempre será tema de constante análise e objeto de preocupações legislativas.<sup>234</sup>

<sup>230</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297-306.

<sup>231</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

<sup>232</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

<sup>233</sup> NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 52.

<sup>234</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 319.

Algumas tendências apontadas por Scarance Fernandes acerca da investigação na *Common Law* necessitam de destaque, principiando nos Estados Unidos, o qual concede ao magistrado, na fase investigativa, maior autonomia, atenuando o poder do promotor de justiça. Entretanto, nos países da Europa continental, permite-se a atuação mais moderada do juiz, encontrando-se este com seus poderes minorados.<sup>235</sup>

Tem-se, então, que parcela do continente aplaude o modelo de juiz mais proativo, noutra parte, roga-se por um juiz com menor participação em prol de um Ministério Público mais ativo. Pontua-se com esses fatos que não se pretende padronizar a investigação policial no Brasil, visto que não há um consenso mundial, mas, tão somente, especificar que devemos repensar o Inquérito Policial Brasileiro sob o enfoque do sistema garantista.

Antonio Scarance assevera que a eficiência do garantismo no Processo Penal não possui correlação com o número de condenações, mas com a celeridade que atinja um resultado justo, asseguradas as garantias processuais.<sup>236</sup>

Seguindo esta vertente de raciocínio, tem-se que o inquérito que refuta a suspeita de autoria é tão eficaz quanto o que demonstra a autoria.

É oportuno frisar a participação do órgão ministerial no inquérito, sendo responsável pela denúncia, a qual é fruto dos elementos coletados no transcorrer do inquérito. Entretanto, não raras vezes, surgem inúmeras requisições de diligências prescindíveis, as quais devem ser pleiteadas no seio da ação penal, que retardam a conclusão do Inquérito Policial e, ainda, ferem o Princípio da Paridade de Armas, posto que a investigação se torna um mecanismo a serviço do poder acusatório. Observa-se que o Inquérito Policial é apontado como ‘procedimento administrativo acusatório’, em decorrência do Promotor de Justiça portar-se como presidente da investigação e não como fiscal da lei.

Diante disso, estipular um balanceamento no Inquérito Policial faz-se necessário, visando que o excesso de garantias não atrapalhe o regular desenvolvimento da investigação, visto que se busca um processo penal isento de utopias. O magistrado Guilherme Madeira Dezem menciona a necessidade de equilíbrio, visto que um sistema exacerbadamente garantista, porém sem adequada fundamentação para tanto, poderia resultar em impunidade e, por outro giro, um sistema arbitrário incorreria em violação de direitos.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> Ibid., p. 322.

<sup>236</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José R. Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2008, p. 10.

<sup>237</sup> DEZEM, Guilherme Madeira, **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Editora Millennium, 2008, p. 73.

Conveniente mencionar que a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que regula o Código de Processo Penal, propõe inovações, tal como o ente do Juiz das Garantias, que atua somente na fase de investigação, inviabilizando sua atuação no processo vindouro, isto é, o magistrado recebe os autos de prisão em flagrante, é cientificado acerca da abertura de Inquérito Policial, ou que julgará a prorrogação do prazo de duração do inquérito, dentre infindas medidas cabíveis no momento.

Tem-se a manutenção da imparcialidade do juiz da causa, permanecendo o magistrado distante dos procedimentos preliminares penais, não havendo contaminação por intermédio de suas decisões anteriores ao processo pareando-se com o sistema garantista.

Destaca-se que um inquérito pareado com a Constituição Federal de 1988 necessita de uma exata delimitação em que o indivíduo é considerado investigado, momento em que se pode pleitear a aplicação do sistema de garantias, havendo assim a transmutação de objeto de investigação para sujeito de direitos.

O Projeto de Lei nº 7.987/2010 prevê no Art. 10 que a condição jurídica de investigado é configurada tão logo ocorra o primeiro ato investigativo sobre o indivíduo que recai indícios de autoria ou participação na prática de crime, sendo prescindível que o investigado seja formalmente qualificado pela autoridade policial. Tal observância não se trata de uma benesse ao indivíduo investigado, mas o cumprimento do dever do Estado de pautar-se por sua Constituição, visto que vivenciamos um Estado Democrático de Direito.<sup>238</sup>

Outrora mencionado, frise-se que a motivação e a fundamentação são cruciais nos atos inquisitivos, visto que o inquérito tem a premissa de suprimir direitos, em especial, a liberdade, mesmo que após análise de autoridade judiciária.

Assim, também se observa no Projeto de Lei nº 4.209/2010, a previsão no Art. 8 que a autoridade policial deverá fundamentar a situação jurídica de indiciado.

Art. 8º - Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes.

§ 1 O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.

§ 2 O indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei.

§ 3 A autoridade policial deverá colher informações sobre a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade.

§ 4 A autoridade deverá informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação e intimação, bem como sobre o dever de comunicar qualquer mudança de endereço.<sup>239</sup>

<sup>238</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 97-108.

<sup>239</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.209/ 2010**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/fichadetramitacao?idProposicao=470999>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

Considerando que o interrogatório policial não detém formalidades específicas, como se observa no processo penal, entretanto, o Art. 6, inciso V do Código de Processo Penal requer que a autoridade policial, tão logo tenha conhecimento da prática de ilícito penal, necessariamente providencie a oitiva do indiciado, com observância do determinado no capítulo III, do título VII do CPP. Para tanto, basta analisar o Art. 6 do CPP, defrontando-o com o Art. 185 do CPP, compulsando-se, então, que a investigação policial garantista agasalha o direito de presença de defensor desde seu primórdio. “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.<sup>240</sup>

Ainda, no que se refere à *Common Law*, nos Estados Unidos da América, tem-se que os procedimentos criminais foram fomentados de forma consuetudinária, apresentando variações consoante a jurisdição (Federal, Estadual e do Distrito de Columbia). É possível demonstrar, com Chemerinsky e Levenson, uma espécie de organograma do procedimento criminal mais ordinário, que principia com a prisão do infrator, após o oferecimento de uma acusação (*complaint*) que demonstre justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Em sequência, designa-se uma data para comparecimento do acusado em Juízo (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), sendo cientificado das acusações e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa ser libertado com o pagamento de fiança. Ato contínuo, a acusação formalizada contra o infrator é encaminhada à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que audiência, após a oitiva das provas apresentadas pela acusação, decidirá se há justa causa para que o réu vá a julgamento. O Grande Júri, ao aceitar a acusação, faz o que, nos EUA, chama-se ‘indiciamento’ (*indictment*), afixando as acusações que serão encaminhadas à julgamento. Posteriormente, o réu é intimado para uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será questionado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de admoestado sobre as acusações. Agendar-se-á uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de célere julgamento (*speedy trial*). Passa-se à fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais. Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que é a

---

<sup>240</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, por intermédio do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer debatê-la. A *plea bargaining* possibilita que o Estado ofereça uma mitigação das acusações ou da sanção a ser aplicada em troca da confissão de culpa por parte do acusado. Se o acusado confessa a culpa (*guilty plea*), é pautada uma audiência para que manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento, sendo dever do juiz, na audiência, advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não-autoincriminação, dentre outros. A avaliação da voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado são imprescindíveis para que o juiz aceite sua confissão de culpa.<sup>241</sup>

O *nolo contendere* detém o mesmo efeito da confissão de culpa, isto é, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A distinção entre os institutos é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime. Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai à julgamento, que pode dar-se frente a um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*). A Constituição norte-americana determina o direito ao julgamento pelo júri (*right to jury trial*) para as infrações graves, delineadas pela Suprema Corte como aquelas passíveis de punição com prisão superior a seis meses. Entretanto, as partes podem levar o caso a um juiz singular, renunciando a seu direito constitucional.<sup>242</sup>

Ao ser condenado pelo júri, a sentença será prolatada pelo juiz togado, numa audiência própria (*sentencing hearing*). Em desfavor da sentença de condenação, o acusado pode apresentar apelação (*appeal*), competindo-lhe provar que não teve um justo julgamento (*fair trial*) ou demonstrar a insuficiência da prova. Ao réu também é facultado invocar violações constitucionais por intermédio de habeas corpus.<sup>243</sup>

O sistema processual penal brasileiro encontra-se apresentando falhas. Em virtude dessa situação, o Brasil vem tratando de um tema pouco difundido até então, que é o instituto Norte-Americano do *Plea Bargaining*, um instrumento em que o objetivo é o acordo entre a

---

<sup>241</sup> CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure 2008: Case and Statutory Supplement**. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11.

<sup>242</sup> Ibid., p. 5-11

<sup>243</sup> Ibid., p. 5-11



acusação e o acusado de uma sentença mais branda, tentando atingir a celeridade processual e, por consequência, dar vazão aos processos penais no Poder Judiciário.

No Brasil, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, trouxe instituto similar no art.

28-A:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;  
II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.<sup>244</sup>

Apesar do tema negociação no processo penal estar em evidência nos debates jurídicos no Brasil, esse assunto já foi utilizado em outros projetos de lei, como a PL 236/2012, que também traz em seu Art. 105 a barganha negocial.

A Lei 9099/95, dos Juizados Especiais, viabilizou a pactuação de acordos entre o acusado/investigado e o Ministério Público, na forma de transação penal ou de suspensão condicional do processo. Por sua vez, a Lei 12.850.2013 (Lei de Organização Criminosa) também consignou a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada, visando conferir a celeridade nos procedimentos criminais, bem como reduzir o acervo processual do sistema judiciário.

Há, ainda, a Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em que há o tratamento da possibilidade do acordo de não persecução penal, ou seja, a não investigação criminal.

Essa Resolução foi editada com base na competência fixada pelo Art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988, e nos Arts. 147 e seguintes do Regimento Interno do CNMP, advindo das conclusões alcançadas pelo Procedimento de Estudos e Pesquisas, tendo por essência a “[...] carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”.<sup>245</sup>

<sup>244</sup> BRASIL. **Lei. Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 29 de dezembro de 2019.

<sup>245</sup> STRECK, Lênio Luiz; SARLET, I. W.; CLÈVE, C. M. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 12, n. 18, p. 15-24. Disponível em: [www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF](http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF). Acesso em: 10 de abril de 2019.

Sobre esse preceito, tem-se que o adequado seria que todos os processos penais estivessem pautados pelo crivo do Poder Judiciário e que as decisões condenatórias fossem prolatadas com observância do devido processo legal, em especial, do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, a necessária implantação de uma solução alternativa para dar fim a carga excessiva de processos criminais trouxe ao ordenamento pátrio o instituto da barganha criminal.

A negociação proposta pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, é pactuada anteriormente à instrução processual, por consequência, sem a produção de provas em Juízo, alçando o Inquérito Policial a um patamar de destaque, pois se torna o único meio de prova.

Salienta-se que o principal meio de prova é a confissão, sendo que há a possibilidade de coerção por intermédio de terceiros para que o acusado confesse crime não praticado, o que acarretaria a nulidade processual. É por essa razão que a aplicação de instituto similar ao *Plea Bargaining*, o qual altera de maneira significativa o ordenamento jurídico, deve buscar atender às normas e princípios preexistentes, com a finalidade de evitar que, ao serem aplicadas, tragam prejuízos às partes.

Por outro lado, em relação ao posicionamento favorável da aplicação do *Plea Bargaining*, a introdução deste instituto no ordenamento ocorre por questões práticas, visto que aos acusados seria possibilitado reduzir o tempo e valor das custas de uma defesa judicial, além do risco de ser condenado a uma pena mais severa, além dos órgãos estatais economizarem recursos com a celeridade processual. Com isso, as partes obtêm resultados sem dependência do posicionamento judicial. Esse procedimento não viabiliza ao juiz o acesso às provas, devendo tão somente homologar o acordo.

O Ministério Público e o acusado são que estipulam os resultados do processo, exercendo direitos e barganhando sobre seus direitos. Após a homologação do acordo, este torna-se público.

A ideia principal da vantagem da negociação é a breve solução de crimes que não sejam cometidos mediante violência ou grave ameaça, evitando, dessa maneira, o assoberbamento de processos que necessitariam de resolução sem precisar do trâmite judicial.

As vantagens deste instituto, num contexto geral, seria, portanto, celeridade processual, diminuição de demandas no poder judiciário, redução das custas e despesas judiciais, evidenciando o custo-benefício positivo para as partes e as instituições do Ministério Público e da Justiça.

Ao sopesar ao que fora exposto, pode-se depreender que o Inquérito Policial garantista somente adequar-se-á ao Estado Democrático de Direito por intermédio de uma

inovação global no ordenamento processual pátrio, o qual deverá ser capaz de trazer a clareza e os contornos necessários à investigação, possibilitando que os servidores e cidadãos que nela atuam saibam os procedimentos que devam ser realizados, sem que isto implique numa burocratização paralisante e nem tampouco numa celeridade que restrinja os direitos e garantias fundamentais.

### 3.4 UM PROJETO DE LEI PARA A ADOÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

Neste tópico, após efetuada análise crítica do problema, almeja-se responder à indagação inicial, ou seja, apresentar um modelo de investigação preliminar defensiva que poderia ser construído para o Brasil, respeitando a autonomia investigatória do Estado, mas, ao mesmo tempo, garantindo uma maior paridade de armas para o investigado no processo penal.

Diante disso, elaborou-se um Projeto de Lei na tentativa de viabilizar a implantação do referido instituto no ordenamento pátrio. Entretanto, é oportuno ressaltar que já existem alguns Projetos de Lei, tais como os de nº 156/2009, nº 4981/2019 e Lei nº 13964/2019 no Brasil, sendo que o único vigente é o Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

#### **PROJETO DE LEI Nº xxx, DE 2019**

**Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941  
(Código de Processo Penal), para estabelecer a  
investigação criminal defensiva.**

##### **O CONGRESSO NACIONAL decreta:**

Art. 1 - O procedimento investigativo pautar-se-á no processo penal constitucional com a devida observância das normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil, bem como nos direitos, garantias e princípios fundamentais constitucionais. Assim, guiar-se-á pelo Contraditório e Ampla Defesa, vislumbrando preservar o equilíbrio de direitos das partes.

Art. 2 - Dever-se-á assegurar a separação das funções da autoridade judicial responsável pelo inquérito policial, daquela que tem o dever de julgar.

*Caput* - Ao Juiz das garantias é imputado o controle da legalidade da investigação criminal, em especial a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais, cuja competência abrange todas as infrações penais.

Art. 3 - Observar-se-ão, obrigatoriamente, às mesmas regras, aos suspeitos que estejam em circunstâncias semelhantes.

Art. 4 - A autoridade policial, o juiz das garantias, o Ministério Público e o Defensor Público, Dativo ou Advogado assegurarão, equitativamente, os direitos das vítimas e dos acusados no transcorrer do Inquérito Criminal.

Art. 5 - Assegurar-se-á o sigilo em relação às provas coletadas, porém ao acusado ou suspeito e a vítima resguarda-se o direito à informação acerca das manifestações referentes ao crime ou contravenção penal.

Art. 6 - Dever-se-á assegurar a assistência por um Advogado ou Defensor Público/Dativo, o qual atuará em todas as fases dos procedimentos e processos criminais.

a. O Advogado ou Defensor Público/Dativo deverá resguardar as garantias e direitos individuais do acusado ou suspeito e, em especial, nos seguintes casos:

- I - coletas de depoimentos;
- II - obtenção de informações em órgãos públicos ou privados;
- III - elaboração de laudos e exames periciais;
- III- realização de reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição;
- IV – requerimento de instauração ou trancamento de inquérito;
- V – recebimento ou rejeição de denúncia ou queixa-crime;
- VI – impugnação dos atos acusatórios;
- VII – requisição de medidas cautelares;
- VIII - proposição de acordo de colaboração premiada ou de leniência;
- IX – outras medidas em procedimentos inquisitórios criminais.

Parágrafo único. No decurso do Inquérito Criminal Defensivo ao proceder às diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, o Advogado constituído poderá ter colaboradores, como detetives particulares, peritos e técnicos. Não há o dever de informar às autoridades competentes os fatos investigados, salvo se expressamente determinado e autorizado pelo acusado ou suspeito.

Art. 7 - Nas Comarcas em que a Defensoria Pública não comportar o fluxo do jurisdicionado ou for inexistente, adotar-se-á em complementaridade à atuação defensiva a Defensoria Dativa, a qual consistirá no credenciamento de advogados cuja tabela paradigma de remuneração será entabulada pela Ordem dos Advogados do Brasil Federal.

Art. 8 - Aos Defensores Dativos ficam assegurados:

- a. meia-entrada em eventos culturais;
- b. fila preferencial em bancos ou supermercados;
- c. isenção integral ou parcial na inscrição de concursos públicos;
- d. gratuidade nos estacionamento da iniciativa privada;
- e. opção pela utilização dos créditos referentes a atuação nos atos realizados para abatimento da anuidade da OAB, refeições ou compras de gêneros alimentícios em estabelecimentos credenciados;
- f. redução de até 30% no valor das passagens aéreas nacionais ou internacionais, independente da companhia aérea;
- g. dedução de até 20% no valor do combustível utilizado em veículo próprio, cuja documentação deverá ser averiguada no momento do abastecimento do automotor.

Parágrafo único - Os benefícios somente serão compulsados após o primeiro ano de efetiva atuação do defensor, devendo haver atuação, anualmente, em procedimentos pré-processuais ou judiciais, sendo a contagem individualizada pelos fatores demanda x densidade demográfica das respectivas Comarcas de cadastramento do profissional, nos termos da lei. A comprovação de atividade laboral deverá ser emitida pelos respectivos Cartórios das Polícias Judiciárias ou Judiciais nos quais tramitam os atos e autos e, em sequência, averbadas na OAB.

Art. 9 - O Ministério Público é titular da ação penal pública e exige a aplicação da lei, com observância do princípio de imparcialidade.

Art. 10 - A polícia judiciária é responsável por reunir as evidências e procurar os autores do crime ou contravenção penal, sob a fiscalização do Juiz das garantias, Ministério Público, Defensor Público ou Advogado.

Art. 11 - As medidas restritivas às quais poderão ser submetidos o suspeito ou acusado serão tomadas sob o controle efetivo do Juiz das garantias por intermédio de decisão fundamentada. Devem ser estritamente adstritas às necessidades procedimentais penais, proporcionais à gravidade do crime ou contravenção penal praticada e não devem lesar as diretrizes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Art. 12 - No decurso do Inquérito Policial, as medidas que atingirem a privacidade de uma pessoa somente podem ser tomadas, sob o controle do Juiz das garantias por decisão fundamentada e se necessário, devido às circunstâncias do caso, demonstrar a correlação à gravidade da ofensa.

Art. 13 - Se o suspeito ou processado for portador de necessidades especiais ou não compreender o idioma português terá direito à assistência para que entenda todas as fases procedimentais, inclusive durante as entrevistas com seu defensor. Garantir-se-á vínculo direto em interrogatório ou audiência e, em não havendo renúncia expressa, a tradução, por intermédio de protocolos que viabilizem sua compreensão, dos documentos para o exercício de sua defesa sob a garantia da equidade, que deverá ser entregue ou notificado com fulcro na lei.

Art. 14 - Presumir-se-á inocente qualquer suspeito ou acusado até que se prove o contrário. Todas as violações da presunção de inocência serão sanadas e punidas nos termos da lei.

Art. 15 - Dever-se-á conduzir o Inquérito Criminal num prazo razoável, assegurando-se os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

**Art. 16 - Esta Lei entra em vigor noventa dias após a sua publicação.**

## CONCLUSÃO

Este estudo pautou-se no acesso à justiça penal acusatória, sob o viés da investigação defensiva como proposta de democratização do inquérito policial no Brasil.

O traço principal da Investigação Criminal no Brasil é a de ser um procedimento administrativo inquisitivo e sigiloso, teoricamente insubordinado aos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, consoante aduzido pela corrente majoritária da doutrina brasileira e, ainda, depreende-se que o investigado ou o indiciado seria reles objeto de investigação, portanto prescindível sua efetiva participação.

A dissertação foi dividida em três capítulos, cada qual com escopos bem delineados, visando explicar o problema de pesquisa apresentado e a hipótese elaborada, sendo utilizados os métodos adequados para este fim.

O primeiro capítulo ocupou-se com a descrição do caso em si, tanto no que diz respeito ao Provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil como exceção ao ordenamento jurídico pátrio que, apesar de transcorridos mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não contempla lei específica ao Inquérito Criminal Defensivo, porém tão somente existem Projetos de Leis que tramitam há anos, tais como: Projeto de Lei nº 156/2009, Projeto de Lei nº 8045/2010, Projeto de Lei nº 4981/2019 e Lei nº 13964/2019.

Buscou-se conceituar a investigação defensiva, além de haver uma digressão histórica, havendo necessariamente a averiguação de uma correlação desta com os sistemas processuais penais. Procurou-se, ainda, averiguar por intermédio do Direito Comparado de determinados países, como: Alemanha, França, Argentina, Itália, Portugal, Espanha e Estados Unidos que tratam a matéria abordada.

No segundo capítulo entrelaçou-se a investigação defensiva e o sistema processual criminal brasileiro, demonstrando que, apesar de a Constituição Federal determinar que o processo penal é acusatório, o CPP demonstra que é predominantemente inquisitivo, gerando um embate superficialmente aplacado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores que faz prevalecer a inobservância dos direitos e garantias fundamentais, em especial, a paridade de armas ao investigado.

Expôs-se o sistema de gestão de provas de Franco Cordero, no qual as partes atuam com isonomia na coleta de provas, auxiliando assim o labor do julgador que deverá agir dentro do possível de maneira imparcial, evitando os quadros mentais paranoicos.

Narrou-se, também, a função de cada parte no enlace processual, sendo que compete ao Ministério Público, o Magistrado, a Defesa e a Vítima desempenhar suas atribuições

conforme o estabelecido em legislação específica, almejando o fim que é a decisão conjunta mais próxima da verdade formal.

Por derradeiro, o terceiro capítulo fez uma análise do inquérito defensivo, buscando coletar elementos para que dentro da realidade do Brasil pudesse ser aplicado sem embates entre texto constitucional, legislação infraconstitucional e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Averiguou-se o que possui funcionalidade e o que já deve ser descartado por não se apresentar consonante com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Como conclusão de tudo o que foi estudado, foi produzido um esboço de um Projeto de Lei que poderia ser aplicado à realidade brasileira, resguardando os direitos da maioria da população, sendo esta hipossuficiente técnica e financeiramente.

Outrossim, tem-se o problema de pesquisa devidamente apresentado, consistente no modelo de investigação defensiva a ser elaborado para o Brasil, respeitando a autonomia investigatória do Estado, e, concomitantemente, garantindo uma maior paridade de armas para o investigado no processo penal, sempre pautado na Teoria dos Sistemas Processuais Penais de Franco Cordero,

Tem-se respondido o objetivo específico desta dissertação, estruturada em três capítulos distintos, porém complementares, seguidos de conclusão e de um projeto de lei.

Este estudo possui o condão de assistir os poderes constituídos a atingir o desejado equilíbrio, por parte do constituinte originário, no momento da elaboração da Constituição Federal de 1988, entre uma Investigação Criminal eficaz e a homogênea atuação da Defesa e do Ministério Público na fase preliminar do processo penal, em especial com a observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Oportuno asseverar que esse propósito tão somente pode ser atingido em virtude de um imprescindível equilíbrio entre a Investigação Criminal eficiente e a observância aos direitos do suspeito ou acusado. Esse evento é caracterizado pela maximização da atuação da defesa na fase preliminar do processo penal, agindo de forma equiparada ao Ministério Público.

Explicita-se a essencialidade e a relevância da interpretação das normas que regulam as investigações criminais, bem como o processo penal brasileiro, conforme a Constituição Federal de 1988, afinal, ainda, predomina o entendimento de que todos são passíveis de restrição nos campos da liberdade e do patrimônio, sem viabilidade para a manifestação prévia acerca do coletado de maneira unilateral.

Então, a Polícia Judiciária, como entidade encarregada da presidência do Inquérito Policial, o Ministério Público como ente encarregado da acusação, o Defensor Público ou



Dativo que deverá resguardar os direitos e garantias fundamentais do suspeito ou acusado, o Magistrado incumbido de prolatar uma decisão pautada na verdade formal, devem exercer suas funções sob a égide do processo penal constitucional, assim em consonância com a Constituição, responsabilizando-se e evitando que prossigam os quadros mentais paranoicos, refletindo num relevante e isonômico papel social das partes, em especial na proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conclui-se, então, que o inquérito penal defensivo não só é viável, mas como imprescindível e urgente, considerando o momento atual que o Brasil atravessa. Basta que haja uma conjunção de esforços entre os três poderes e a sociedade civil para que a Democracia tão bem alinhavada na CF/88 seja respeitada e posta em prática sem entraves ou objeções.

Assim, inevitável concluir que a sociedade catarinense será presentada com os frutos da dialética amadurecida sobre o tema exposto neste estudo, contribuindo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, dia após dia, para a melhoria da prestação jurisdicional, respeitando os direitos e as garantias fundamentais incrustadas na Constituição Federal e os princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no anteprojeto de novo codex penal adjetivo. Brasília: **Revista de informação legislativa**. v. 183, ano 46, jul-set 2009, p. 188.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. São Paulo: **Revista de Processo**. v. 87, jul-set. 1997, p. 66.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 103.

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 50.

ASENJO, Enrique Jimenez. **Derecho Procesal Penal**. Vol. 1. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 81.

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

BALDAN, Édson Luís. Investigação Defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. 64, v. 15, p. 253-273, jan/fev 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.122.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte**, v. 2, 1º semestre de 1999, p. 94.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, ano 3, nº 1, jul. 2004, p. 21.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999, p. 65.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 15.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 03 de agosto de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 50.532, de 3 de maio de 1961**. Dispõe sobre o funcionamento das empresas de que trata a Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50532.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50532.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957**. Determina as condições para o funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3099.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm). Acesso em 15 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.580, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 04 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o art. 7º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm). Acesso em 04 de agosto de 2019

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 28 de dezembro de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Estudo diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil.** Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. **IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.** Brasília: Ministério da Justiça, 2015, p. 12.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010.** Comissão especial que trata do ‘Código de Processo Penal’. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/mostraringtegra?codteor=1668776>. Acesso em 03 de agosto de 2019.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais.** Campinas: LZN Editora, 2005, p. 6-7

CALABRICH, Bruno, **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 69-70.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Análise da Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em <https://www2.camara.leg.br//decreto-lei-36891941exposicaodemotivos.html>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.209/ 2010.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/fichadetramitacao?idProposicao=470999>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2008, p. 50.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal.** Tradução de Santiago Sentis Melendo. Vol. II. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 181-182.

CASTRO, Rui da Fonseca e. **Processo penal – inquérito.** 2. ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014, p. 23-27.

CHEMERINSKY, Erwin; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure 2008: Case and Statutory Supplement**. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 130-131.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento 188/2018**. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo 1. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.); OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 225.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Vol. 78, 2002, p. 688.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 1, 2001, p. 37

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Coordenação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32-42.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília: **Revista de informação legislativa**. v. 183, ano 46, julho-setembro de 2009, p. 103.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 34.

DERVIEUX, Valérie. **O sistema francês. Processos Penais da Europa**. Org. Mireille Delmas Marty. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 164.

DEUTSCHLAND. **Strafprozeßordnung (StPO)**. Gesetzgebung, BGDI. I 1987 S. 1074. Disponível em: <https://dejure.org/gesetze/StPO>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira, **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Editora Millennium, 2008, p. 73.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz Coordenação. **Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 420.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009, p. 188-191.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Direito processual civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 66-67.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 88.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 319.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 240.

FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José R. Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2008, p. 10.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65-66.

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

GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial – inquérito**. 6. ed. Goiânia: AB Editora, 1995, p. 8.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 132.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 27, p. 76-77, jul-set. 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL (IBRASPP). Reforma do Código de Processo Penal. Redação Final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

ITALIA. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. **Codice di Procedura Penale de 1988**. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sg>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

ITALIA. **Regio Decreto 19 ottobre, 1930, n. 1399. Codice di Procedura Penale**. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1930/10/26/030U1399/sg>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso Sobre a Servidão Voluntária**. São Paulo: L.C.C. Publicações Eletrônicas, 2006. Disponível em: [http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao\\_voluntaria.pdf](http://www.miniweb.com.br/biblioteca/Artigos/servidao_voluntaria.pdf). Acesso em: 13 de agosto de 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos Continuados de Processo**. Vol. 5, São Paulo: IOB Thonsom, 2004, p. 12.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB Thomson, 2001, p. 50.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo – primeiros estudos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores e paranoicos. Uma crítica a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. São Paulo: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 127, jun. 2003, p.1. Disponível em [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Acesso em 22 de outubro de 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTr, 2006, p. 45.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1949, p. 280

MORAES, Bismael B. **Direito e polícia—uma introdução à polícia judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 136.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I, Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, nº 183, jul-set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.) **Processo Penal, Constituição e crítica (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 477.

MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial (dinâmica)**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 12.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 156.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

MONDIM, Augusto. **Manual de Inquérito Policial**. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 50.

MORAES, Bismael B. **Direito e Polícia – Uma introdução à Polícia Judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 123-124.

MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado**. 2.edição. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1984, p. 19- 28.

NICOLITT, André Luiz. A garantia do contraditório: consagrada na Constituição de 1988 e olvidada na reforma do Código de Processo Penal de 2008. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 52.



NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 23.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 99.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal**. São Paulo: Themis livraria e editora, 2001, p. 72.

PERAZZONI, Franco; SILVA, Wellington Clay Porcino. Inquérito Policial: um instrumento eficiente e indispensável à investigação. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 6, n. EE, 2015, p. 77–115.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito Policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987, p 21-22.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: O atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República Eletrónico. Disponível em <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal, doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 385-386.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 47.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 52.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2003, p. 108.

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

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

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 3.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistema e princípio**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25.

STRECK, Lênio Luiz; MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 97-108.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais**. V. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45.

STRECK, Lênio Luiz; SARLET, I. W.; CLÈVE, C. M. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 12, n. 18, p. 15-24. Disponível em: [www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF](http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF). Acesso em: 10 de abril de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consulta processual REsp 1.656.322 e REsp 1.665.033. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação da Súmulas no STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 39<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 200.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297-306.

VOLTAIRE. François-Marie Arouet. **O Tratado sobre Tolerância**. Trad. Augusto Joaquim. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2015. Disponível em: <http://static.publico.pt/docs/ipad/TratadoTolerancia.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Secularização e Tolerância: Valores Estruturais do Paradigma Garantista. In: CARVALHO, Salade. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 36-37.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.