

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO INQUÉRITO POLICIAL**

**BRENO ALVARENGA DE SOUZA**

**Rio de Janeiro – RJ**  
**2018.2**

**BRENO ALVARENGA DE SOUZA**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

**Rio de Janeiro - RJ  
2018.2**

# FICHA CATALOGRÁFICA

(Informações da Biblioteca - CDD - obtidas junto à  
Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRJ)

## CIP - Catalogação na Publicação

AA473i Alvarenga de Souza, Breno  
A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO INQUÉRITO  
POLICIAL / Breno Alvarenga de Souza. -- Rio de  
Janeiro, 2018.  
55 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação)  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Inquérito policial. 2. Investigação criminal.  
3. Garantismo penal. 4. Direitos fundamentais. 5.  
Paridade de armas. I. Cesar Martins Pompilio da  
Hora, Nilo, orient. II. Título.

**BRENO ALVARENGA DE SOUZA**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.**

Data da Aprovação: / / .

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro - RJ**  
**2018.2**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Márcia e Jorge e ao meu irmão, Bernardo, sem os quais não poderia ter chegado até aqui. O exemplo de sucesso e retidão que pude receber de vocês é a pedra fundamental de tudo que desejo construir em minha vida. Qualquer esforço de vocês nunca terá sido em vão.

Também dedico esse trabalho e essa conquista aos meus tios, exemplos de pessoas e aos meus avós, que, onde quer que estejam, estão olhando por mim muito felizes com essa etapa que se conclui. Em especial, ao meu avô materno, Francisco Pereira Alvarenga, de quem tenho a honra de carregar o sobrenome.

Agradeço a todos os professores que tive na Faculdade Nacional de Direito, que me mostraram o direito como uma maneira diferente de enxergar o mundo, fazendo de cada um de nós um vetor de mudança em nossa sociedade. Aos professores Lorenzo Pompilio da Hora, Fabiana Barletta e Carmen Lúcia Macedo, que, além de grandes mestres, tornaram-se grandes amigos.

Uma lembrança especial ao professor Nilo Pompilio da Hora, que, além de mestre, amigo e conselheiro, foi um cuidadoso orientador, desde a delimitação do tema à conclusão do trabalho, confiando em meu potencial ao aceitar que fosse seu orientando.

Obrigado aos amigos do célebre Coletivo de Varanda, irmãos que a FND me deu, pelos momentos de descontração, que me permitiu aproveitar ao máximo essa fase especial de nossas vidas e pela união nos momentos difíceis de nossas formações. O futuro nos aguarda com muitas celebrações.

Por fim e não menos especial, deixo meu agradecimento aos amigos de Colégio Pedro II, onde me formei como pessoa e pude aprender lições que carrego comigo desde que deixei meu querido colégio. A unidade de nosso grupo, que permanece junto até hoje, muito me ajudou a chegar até aqui.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise do inquérito policial enquanto método investigativo vigente no Brasil e mostrar todos os seus elementos, desde o sistema no qual se insere, até os defeitos que esse modelo apresenta na realidade brasileira e propor, a partir de uma análise completa, a inserção da investigação criminal defensiva nas leis brasileiras, de forma a promover o equilíbrio nas investigações pela garantia dos direitos fundamentais do indivíduo que é alvo do inquérito policial. Para isso, cuidou-se de apresentar todos os conceitos que envolvem o tema, como o inquérito policial, a paridade de armas, a teoria do garantismo penal, a investigação criminal e todos esses elementos são relacionados aos poucos, seguindo a lógica de sua estrutura como um todo, para que se entenda o problema da investigação criminal no Brasil e se possa conceber a ideia de inserir a investigação criminal defensiva no Brasil e essa fosse a correta forma de equilibrar a investigação criminal, que no modelo atual suprime direitos do investigado. Para melhor visualização dessa questão na prática, são trazidos exemplos desse modelo em outros países e é colocada, já com a situação totalmente ilustrada, a importância de trazer esse método para o Brasil. O estudo é conduzido em todas as suas partes por uma crítica ao modelo vigente, onde é construindo um raciocínio linear de constante correlação do conceito com o tema.

Palavras-chave: Investigação criminal. Inquérito policial. Direitos fundamentais. Garantismo. Paridade de armas. Investigação criminal defensiva.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the police investigation as a research method in force in Brazil and show all its elements, from the system in which it is inserted, to the defects that this model presents in the Brazilian reality and propose, from a analysis, the insertion of defensive criminal investigation into the Brazilian law, in order to promote balance in investigations for the guarantee of the fundamental rights of the individual who is the target of the police investigation. To do this, it was taking care of presenting all the concepts that involve the theme, such as police investigation, parity of weapons, criminal guarantor theory, criminal investigation and all these elements are related to the few, following the logic of its structure as a whole, so that the problem of criminal investigation in Brazil can be understood and the idea of inserting the defensive criminal investigation in Brazil could be conceived and this was the correct way to balance the criminal investigation, which in the current model suppresses the rights of the investigated. For a better visualization of this question in practice, examples of this model are brought in other countries, and the importance of bringing this method to Brazil is placed, with the situation fully illustrated. The study is conducted in all its parts by a critique of the current model, where it is constructing a linear reasoning of constant correlation of the concept with the theme.

**Keywords:** Criminal investigation. Police investigation. Fundamental rights. Criminal guarantor theory. Parity of weapons. Defensive criminal investigation.

## SUMÁRIO

1 – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	12
1.1 – Conceito.....	12
1.2 – Sistema Processual Penal Brasileiro.....	14
1.3 – Inquérito Policial: O modelo brasileiro de investigação.....	18
1.3.1 – Breve histórico do inquérito policial no Brasil.....	18
1.3.2 – Conceito.....	20
1.3.3 – Estrutura Policial.....	21
1.3.4 – Atuação do Ministério Público na investigação.....	24
1.3.5 – Valor de Prova do Inquérito Policial.....	27
2. GARANTISMO E PARIDADE DE ARMAS NO INQUÉRITO POLICIAL.....	29
2.1. Projeto de Lei nº 156 de 2009: A Reforma do Código de Processo Penal.....	29
2.1.1. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROJETO DE LEI Nº 156.....	31
2.2. Garantismo e Investigação Criminal.....	32
2.3. Paridade de armas e garantias no inquérito.....	34
3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA.....	38
3.1. Conceito e abrangência.....	38
3.2 – Investigação Criminal Defensiva em outros países.....	41
3.2.1 – Estados Unidos.....	41
3.2.2 – Itália.....	43
3.3 – Inserção no ordenamento brasileiro.....	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54



## INTRODUÇÃO

A investigação criminal é ato que demarca o início da persecução penal, que consiste na busca pela elucidação dos fatos, a fim de que o Estado exerça o poder punitivo. Esta fase, dita pré-processual, tem em seu âmago o esclarecimento da autoria e materialidade de algum ilícito penal e é regida por preceitos distintos da fase que a sucede, ou seja, o processo penal.

Porém, ainda que se desenrolem de maneiras diversas, o inquérito policial está intimamente ligado ao processo, não só como seu lastro informativo, mas por ser, segundo Julio Fabbrini Mirabete<sup>1</sup>, o procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, que pode ter decisiva influência no julgamento, uma vez que esta é a grande busca que realiza o processo penal atualmente.

Tais diferenças consistem, em suma, na dificuldade de que o trabalho investigativo tenha um contraditório, deixando de ser uma peça orientada em apenas um sentido, qual seja, a busca da autoridade por um culpado. O conjunto de diligências que compõe um inquérito policial, se conduzidos apenas sob lógica da pura pretensão punitiva e orientado por uma só parte, que visa proteger os interesses do ofendido, pode ser uma sentença antes do processo.

A primeira questão que surge nessa crítica é relativa ao sistema processual que se configura no Brasil, que conserva características negativas do sistema inquisitorial, o qual por excelência, afasta direitos básicos, como os acima representados e que são de suma importância para o correto transcurso da ação penal, desde a sua fase investigativa.

É essencial ligar o inquérito policial a uma estrutura maior a qual ele está ligado, dentro do processo pensado em uma lógica de funcionamento, qual seja, a separação que existe atualmente entre as suas fases, permitindo a existência de uma fase caracterizada pela ausência de contraditório e o conseqüente desequilíbrio por isso gerado.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 76.

Também se revela necessário falar sobre a atuação do Ministério Público no inquérito policial e destacar como o movimento que se apresenta no mundo inteiro de lhe conferir cada vez mais poderes no procedimento investigativo pode ser negativo e pode ser retardado pela regulamentação do exercício da defesa durante a investigação preliminar.

A investigação criminal defensiva mostra-se como caminho para um grande avanço no âmbito do ordenamento jurídico pátrio na busca por uma paridade de armas dentro da elaboração do inquérito ao fornecer meios de defesa ao indiciado, com a finalidade de que indivíduo possa, agora, ao contrário do que sempre orientou este procedimento, ou seja, a aferição de autoria, apontar sua ausência de responsabilidade pelo delito.

É nesse sentido que se pretende seguir no presente estudo, ao apontar que a prática vigente no sistema brasileiro traz desequilíbrios à isenção que deveria revestir a investigação. Mostra-se necessário um exame que estabeleça uma clara correlação entre o que se apresenta na prática do sistema penal brasileiro, em seu modo de apuração do fato, com garantias básicas de ampla defesa e contraditório, positivadas Constituição da República.

Dentro disso, traçando alguns paralelos com a ampla defesa, o contraditório, o respeito às garantias individuais, além do garantismo penal, que deve balizar o uso do poder punitivo por parte do Estado e levantando pontos sobre a legislação pátria.

Válido demonstrar que aqui se analisa, também, a experiência estrangeira, para valorização do direito comparado, tão atual no estudo das leis e com a finalidade de que se estabeleça uma relação paradigmática entre o ordenamento brasileiro e outros onde já seja consagrada a investigação defensiva.

Não apenas em nome do conhecimento e da sua diversificação, mas como forma de que o cenário criado pela apresentação em separado dos conceitos, que apresentam em sua estrutura geral uma lacuna, possa encontrar um paradigma que possibilite a análise do tema sobre uma situação que se apresenta no plano da realidade e isso permita o entendimento da investigação criminal defensiva em aspectos práticos e não apenas teóricos.

Dentro da lógica de demonstrar conceitos, explicá-los e propor um encadeamento entre eles para que se mostre a real estrutura do inquérito policial, pode ser enxergado um panorama como um todo para compreensão geral do tema, em um sentido que permita uma análise crítica e pautada no seu máximo pela realidade.

Observa-se, mais além disso, que aqui se pretende promover uma discussão, ou seja, valer-se do viés crítico de um raciocínio para amarrar a análise a aspectos da realidade, de modo que o trabalho esteja, a todo tempo, entremeado por uma clara opinião no sentido do que se pretende alcançar com o que é proposto

É essencial que se mantenha, durante uma longa exposição de conceitos que formam um complexo maior, um fio condutor de paralelos com a realidade que se vive no Brasil, em uma linha de opinião que indique, juntamente com a maneira com que as ideias são colocadas e as informações apresentadas, qual a proposição feita pelo estudo que se desenvolve.

Para isso, necessário que, no decorrer da progressão que se faz na exposição de dados, haja um cuidado constante em manter a condução de uma ideia que se pauta sobre a melhoria do sistema investigativo brasileiro, com a única finalidade garantir a todos uma justiça que não observe cada cidadão sob uma condição diversa

## 1 – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

### 1.1 – Conceito

Antes de qualquer análise mais aprofundada dos problemas do método investigativo brasileiro e de comentários sobre a investigação criminal defensiva, que é o foco principal deste estudo, importante trabalhar uma conceituação da investigação criminal e sua efetividade dentro da justiça penal brasileira, na busca de um entendimento sobre sua forma.

Gênero do qual é espécie o inquérito policial, a investigação criminal pode ser definida como um procedimento composto por diversos atos, os quais têm por finalidade precípua a apuração, autoral e material, da existência de um ilícito, por óbvio penal, uma vez que a esta elucidação se desenvolve na seara criminal.

Delineia-se seu objeto pelo *fumus commissi delicti*, contido na no fato narrado na *notitia criminis*, que dá origem ao complexo de atos e diligências desempenhados pela autoridade responsável.

Este mecanismo reunirá, a partir de seus diversos atos, o conjunto de informações que servirá de base para a propositura, ou não, da ação penal. Representa, portanto, a fase pré-processual da persecução penal, na forma de procedimento administrativo, onde o Estado exerce seu poder punitivo sobre aqueles que infringem as leis vigentes.

É importante demonstrar, aqui, a importante função deste instrumento como crivo, em muitos casos, da persecução estatal, evitando alguns abusos, arbitrariedades ou acusação descabidas<sup>2</sup>, o que gera problemas em relação aos cidadãos pelos estigmas sociais gerados e a instabilidade das instituições.

---

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

Já inserido neste panorama, torna-se essencial destacar o pensamento de José Frederico Marques<sup>3</sup> acerca da natureza informativa desta peça, no sentido de que esta, justamente por ter em seu objeto o subsídio de dados para que o órgão responsável pela acusação avalie o cabimento de ação penal, a investigação criminal não comportaria defesa.

É importante frisar que, na visão do mencionado autor, a justificativa disso seria a ausência de caráter instrutório da investigação. Tal fato seria capaz de demonstrar a desnecessidade de abertura de defesa neste procedimento, já que sua essência seria meramente de informar o órgão responsável pela propositura da ação, sendo esta tese acolhida à época.

No entanto, outra parte da doutrina defende o exercício do direito de defesa, a qual aduz, em síntese, que seriam exatamente estas informações trazidas pela investigação que justificariam a necessidade de que o investigado pudesse se defender.

Defende Antonio Scarance Fernandes<sup>4</sup> que os dados reunidos no inquérito policial têm papel fundamental no convencimento do magistrado, com base em todas as provas periciais e testemunhais colhidas durante o procedimento, sendo considerados atos de prova.

No mesmo sentido opina Marta Saad<sup>5</sup>, ao afirmar que as declarações, o reconhecimento, o conteúdo de certos documentos, o levantamento de vida pregressa e outros elementos deste relatório são responsáveis por prisões em flagrante ou cautelares, quando do reconhecimento de autoria e materialidade do delito apurado.

Também parte deste grupo, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo<sup>6</sup>, aponta como um erro ter-se a investigação criminal consubstanciada no inquérito policial sendo esse chamado de peça meramente informativa, tratando o indiciado como um objeto dentro da persecução.

---

<sup>3</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 139.

<sup>4</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

<sup>5</sup> SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

<sup>6</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 7, Edição Especial, nº 83, out. 1999, p. 14.

Ainda no que concerne à livre apreciação do juiz sobre a prova produzida no processo pelo que é preliminarmente investigado, é importante frisar a influência que um elemento que não compõe a fase processual do processo penal tem além de seus próprios limites, extrapolando sua função de aferir a possibilidade de proposição de ação penal pelo órgão acusar ou seu arquivamento. Tudo isso em um sistema que não contempla contraditório.

Nasce deste desequilíbrio a necessidade de que se corrija a disparidade que persiste entre os lados desta relação. O entendimento crítico da questão em tela por uma análise mais focada na maneira com a qual se constitui e se dá na prática o sistema brasileiro.

## 1.2 – Sistema Processual Penal Brasileiro

Surge, portanto, a necessidade de se observar de maneira mais próxima a investigação criminal no Brasil partindo de sua matriz, ou seja, como se organizam os papéis dos atores no processo penal dentro do ordenamento jurídico pátrio e onde o mesmo se desenvolve.

A formação desta estrutura nos remete a tempos passados, mais especificamente na antiguidade, quando as primeiras civilizações desenvolvidas adotaram seus sistemas acusatórios e, por consequência, a busca pela verdade dos fatos se dava de maneiras distintas, a depender da maneira com que fosse apurada.

O primeiro sistema conhecido que regulou o processo penal no tronco ao qual o direito brasileiro está atrelado chama-se acusatório e foi adotado no final da República Romana, tempo de estabilidade dentro do direito romano e que tinha características similares ao que se vê atualmente nas sociedades desenvolvidas.

Esta forma prevê um processo marcado por rígida separação entre quem acusa e quem julga, além de notado equilíbrio entre acusação e defesa, com forte caráter público e oral<sup>7</sup>. Tais

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 518.

nuances mostram verdadeira semelhança com o processo penal atualmente conhecido, mais especificamente no reconhecimento dos direitos do demandado no processo.

Também deve ser destacada a figura do julgador como órgão de neutralidade na contenda. A jurisdição era provocada, ou seja, tinha, como nos dias de hoje, a sua atuação submetida à busca de ator distinto como regra.

Note-se que é um dos pilares deste sistema processual, com extrema importância do que se busca neste estudo, o fato de que os dados colhidos anteriormente ao processo tinham estreita finalidade de embasar o órgão responsável pela acusação, enquanto as provas, estas de manejo das partes envolvidas, eram o meio do juiz chegar a uma decisão<sup>8</sup>.

Com o passar dos tempos, haja vista que Império Romano, dividido em todas as suas fases, perdurou por mais de três séculos, o processo penal deste povo sofreu significativas modificações, tendo como explicação as grandes tensões da sociedade romana, que se tornara uma população numerosa, mais especificamente no período do Principado. Isso gerou um recrudescimento da forma processual.

Surge, pois, o que se chama processo inquisitório, que, nas antípodas da preservação de direitos antes positivada, dá-se pela negação destes<sup>9</sup>. Característica marcante disso foi o fim da chamada *cognitio extra ordinem*, ou seja, a provocação do órgão jurisdicional pela parte. Agora, o processo poderia ser instaurado de ofício.

Deste modo, não só o processo, como o poder em si, passou a ser concentrado no juízo de primeira instância, que gozava de poderes muito mais amplos, tornando-se, ao mesmo tempo, acusador, órgão investigativo e prolator da decisão.

Sobre a questão, assim se manifesta Marta Saad<sup>10</sup>:

---

<sup>8</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal vol I*. Niterói: Impetus, 2011, p. 40.

<sup>9</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1960.

<sup>10</sup> SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 156-157.

O modelo inquisitório, portanto, não permitia qualquer ingerência do interessado no procedimento, acumulando o inquisidor as funções de acusar, defender e julgar. Nesse cenário, nada podia o acusado

Já no século XIX, com as inúmeras mudanças perpetradas pela Revolução Francesa e o iluminismo nos regramentos sociais, surge o sistema misto, que se espalhou por diversos ordenamentos jurídicos na Europa e chegou aos países da América Latina, dada a enorme influência cultural que existia aquele continente exercia sobre os demais.

Na mais clara acepção de seu nome, este sistema é a conjugação das propostas acusatória e inquisitória, onde a persecução atravessa fases regidas por sistemáticas distintas. Frise-se que tal fato não garante nenhum equilíbrio, já que o sistema inquisitório, com sua característica de sufocar o contraditório, tem o poder de influenciar, numa clara anomalia processual, o transcurso da ação<sup>11</sup>.

Já que citado o contraditório, válida uma bela definição do clássico Carnelutti<sup>12</sup> sobre o referido instituto:

Desenvolve-se, assim, perante os olhos do juiz, o que os técnicos chamam contraditório e o que é, na verdade, um duelo. O duelo serve para o juiz superar a dúvida. É interessante observar que duelo, assim como dúvida, vem de *duo*. No duelo, personifica a dúvida. É como se, no cruzamento de duas ruas, dois valentes se enfrentassem para arrastar o juiz por uma ou por outra via. As armas que os valentes utilizam são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, que não raro apresentam uma esgrima de má qualidade, porém algumas vezes oferecem aos entendidos um espetáculo formidável.

Interessante observar a maneira com a qual todas as variações sofridas pela investigação criminal submeteu o indiciado a diferentes posições dentro de sua estrutura, com clara percepção de momentos maior igualdade e preservação de direitos e garantias individuais, onde havia autonomia do sujeito, como previa o sistema puramente acusatório e noutro momento o indivíduo como simples objeto a ser investigado, dentro da lógica inquisitória.

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 454.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. *As misérias do processo penal*. Campinas: Edcamp, 2002, p. 41-42.



Feita essa observação, parte-se para a especificidade brasileira, onde não restam dúvidas de que se apresenta, em questão de processo penal, o sistema misto, ou seja, na fase investigativa, realizada na forma do inquérito policial, prevalece o sistema inquisitório, uma vez que o indiciado não dispõe de meios de defesa, enquanto a fase processual tem suas bases no sistema acusatório, marcado pelo equilíbrio de forças<sup>13</sup>.

Aqui, a autoridade policial, que se responsabiliza pela condução dos trabalhos investigativos, segue uma única lógica: apurar o que expõe a notícia crime e colher dados que consubstanciem o que se acusa ou comprovem a inexistência de autoria por parte do indiciado. Saliente-se que essa idoneidade cega e justa não é assim entendida neste estudo.

Exposto esse raciocínio, tem-se que a situação vai de encontro ao que se prega no presente raciocínio, uma vez que o principal ponto de desequilíbrio que se verifica na realidade investigativa atual no Brasil é o poderio que os elementos reunidos pelos mais diversos atos e diligências do inquérito policial afetam diretamente a condenação de um indivíduo, frise-se, já na fase processual.

Não se trata de um fato de pequena proporção no universo jurídico, senão de uma incorreção de efeitos nocivos ao cidadão, que sofre consequências de uma prova produzida contra ele em um momento onde só um lado fala e busca uma só verdade, aquela que consiste em aferir a existência de um ilícito e achar um culpado para sua prática. Tudo isso sem que tenha sido abordada qualquer questão relativa ao trabalho policial

Surge, pois, a reflexão acerca da solução para o problema que se configura na realidade brasileira, sabidamente problemática no seu procedimento, que corre de maneira defeituosa graças às incorreções constantes em sua origem.

---

<sup>13</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79.

No intuito de desenvolver melhor o estudo, o qual já perpassou a evolução da estrutura que ajudou a moldar o sistema processual brasileiro, passa-se ao estudo inquérito policial, que é a forma de investigação preliminar adotada no país

### 1.3 – Inquérito Policial: O modelo brasileiro de investigação

#### 1.3.1 – Breve histórico do inquérito policial no Brasil

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro sempre conteve algum tipo de previsão de investigação preliminar em casos de ilícito penal, de caráter pré-processual, com o fim de formar um conjunto de dados e informações que viria a dar base à ação penal.

Por ter sempre sido uma característica do sistema penal brasileiro, é claro que sua origem está no período colonial e a vinculação da lei brasileira ao ordenamento da metrópole, com a vigências das Ordenações as quais confundiam direito e religião<sup>14</sup>, tendo assim perdurado até a independência, no ano de 1822.

As formas de investigação da época eram chamadas de devassa e querela, sendo a primeira o conhecimento do juiz acerca da prática de certo crime e a segunda era a acusação feita por um cidadão a alguém que teria supostamente cometido um ilícito. Essa estrutura foi substituída pelos Juizados de Paz<sup>15</sup>, criados pela Constituição de 1824 e preservados no Código de Processo Criminal de 1832.

Importante referir que, até então, a investigação e o processo estavam concentrados no juiz, o que só foi alterado em 1841, quando, a partir da reforma do Código de Processo Criminal. Desde então, passou à condução da autoridade policial o procedimento investigativo, na forma do encaminhamento, por parte do Delegado de Polícia, de todas as informações sobre um crime que julgasse relevantes para o juiz.

---

<sup>14</sup> TELLES, Ney Moura. *Direito Penal Parte Geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 60.

<sup>15</sup> SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 27/40.

Posteriormente, edita-se a Lei nº 2.033/1871, a qual veio para reparar vícios no poder discricionário da autoridade policial no envio de informações ao juízo. Essencial ressaltar que tal lei teve sua regulamentação por meio do Decreto nº 4.824/1871, que veio para positivizar no ordenamento pátrio a figura do inquérito policial. Tal dispositivo assim o definia, na redação do art. 42: “O inquérito consiste em todas a diligências necessárias para o descobrimento do fato criminoso, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.<sup>16</sup>

Parece oportuno que se faça, nesta altura do raciocínio que se constrói, um apelo em forma de reflexão, uma vez que o presente tópico cuida de contextualização histórica de um procedimento investigativo marcado pelo esquecimento do cidadão enquanto sujeito de direitos, no sentido de que o inquérito policial já serviu de peça para legitimação de grandes abusos na história do país, mais notadamente no período entre os anos de 1964 e 1985.

Em tempos atuais, em que grande parte de uma população, que ignora os que tombaram diante da repressão e do autoritarismo e admira feitos de um período extremamente conturbado de nosso passado, clama pelo recrudescimento do poder punitivo e enxerga no castigo severo o caminho para a construção de uma sociedade evoluída, há que se lutar pela memória e impedir que a lei seja, uma vez mais, uma verdadeira arma contra as liberdades.

Ainda que seja, como é o passado, algo que se pode ter por uma fase terminada, um ciclo que viu seu fim anos atrás, é amplamente sabido que a ausência de memória expõe qualquer povo ao risco de que o mesmo se repita, já que a história mostra como tudo se reinventa. Rememora-se, com isso, o conhecido caso da Alemanha e tudo que ainda se vive neste país.

Esse estudo, frise-se, não aponta apenas falhas de um modelo atual, com um olhar sobre a sua melhoria a partir da evolução da norma, mas está ligado ao passado, que não se encontra longe dos dias de hoje. Muito pelo contrário, parece muito mais perto do que se imaginava e só o conhecimento pode evitar a volta de dias que não podem mais existir.

---

<sup>16</sup> MORAES, Bismael Batista de. *Direito e Polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 129

Existe, aqui, o fundo do garantismo como leitura da realidade penal brasileira, no intuito de enxergar as pessoas em sua forma mais humana e humanizada, com o único fim de que isso leve toda a coletividade à paz social, pautada no respeito a todo e qualquer direito.

Faz-se necessário observar isso quando a realidade nos coloca frente a uma situação nova: a via autoritária não mais se materializa pelo golpe, pela ruptura da estrutura democrática vigente e pela tomada do poder. Vê-se que a truculência e o ódio também tomam outras formas, de modo a alcançar espaços pela via do voto popular.

Colocado o aspecto histórico e feita essa reflexão, imperioso passar ao tema pano de fundo do presente trabalho, com sua análise conceitual e estrutural, para total compreensão da atual realidade investigativa brasileira.

### 1.3.2 – Conceito

O inquérito policial é o meio investigativo previsto na lei brasileira para apuração de delitos. Frise-se que esse não é a única espécie existente, uma vez que o inquérito policial militar, responsável por apurar o cometimento de crimes militares, apurando não só a responsabilidade de integrantes das forças armadas, como também de civis, em crimes julgados pela Justiça Militar da União.

De plano, o estudo de qualquer assunto, em sua parte conceitual, buscará por uma definição em lei. Ocorre que o inquérito policial não tem uma previsão exata que o defina em algum diploma legal brasileiro.

Cabível recorrer aos conhecimentos de Aury Lopes Jr.<sup>17</sup> sobre o tema, que observa bem esta lacuna:

---

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 31.

No Brasil, a definição legal do inquérito policial não consta claramente em nenhum artigo do CPP, e, para ser obtida, devemos cotejar as definições dos arts. 4º e 6º do CPP, de modo que é a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria.

Seguindo um norte dado por essa definição, deve-se falar da polícia judiciária, que é instituição presente em todo território nacional e responsável, por excelência, pelo inquérito policial, que é presidido por delegado de polícia.

### 1.3.3 – Estrutura Policial

As polícias são estruturas componentes da Administração Pública, que a tem como um instrumento de proteção da ordem, com a defesa dos mais diferentes bens jurídicos, entre eles a segurança do próprio Estado, haja vista todas as políticas repressivas perpetradas por governos contra manifestações ou movimentos que os atacam.

No caso do Brasil, essa estrutura se divide em sua essência, com a polícia administrativa, a qual, em regra, tem sua atuação prévia, encarregada do policiamento ostensivo e consequente missão de evitar o cometimento de delitos. Já a polícia judiciária tem papel diferente, uma vez que age posteriormente à prática dos crimes, na função de colher todos os elementos que chegarão ao órgão acusador.

Observe-se que tal divisão não se mostra vantajosa. Uma delas é nítida na realidade dos estados brasileiros, que é a repartição de recursos, já escassos. Além disso, um aspecto que chama a atenção nesse caso se dá mais no campo prático, quando a primeira polícia a ter contato com a cena de um crime não é a judiciária, responsável pela colheita de provas e evidências, com a elaboração de auto e desenvolvimento de trabalho pericial, mas sim a polícia administrativa, que não tem tais atribuições e muitas das vezes não possui técnica para preservação do local em sua originalidade.

Muito se aproxima do raciocínio aqui desenvolvido o que assevera Sérgio Ricardo de Souza<sup>18</sup> sobre o trabalho da polícia judiciária, ao afirmar que essa age investigando os fatos relevantes para o esclarecimento da autoria e materialidade e mesmo de possível ocorrência de excludente do crime.

Interessante reparar como a visão exposta pelo referido autor incorpora o que se prega neste estudo, quando mostra o inquérito policial, ao falar do trabalho da polícia judiciária, como uma peça capaz de comprovar a excludente do delito. Tal visão clarifica ainda mais a função que a investigação pode ter de trabalhar, simultaneamente, em vias que parecem opostas, ou seja, o mesmo instrumento que pode reunir indícios de cometimento também seria capaz de apontar a ausência de responsabilidade de determinado indivíduo, antes investigado, na prática de um crime.

Seria dizer que a função precípua deste instrumento tem uma via reflexa, onde a mesma diligência que é realizada para apurar a autoria tem a capacidade de aferir, igualmente, a sua inexistência, numa espécie de via reflexa.

Esta peça se caracterizará como a base para formação do convencimento por parte do órgão responsável pela propositura da ação penal, ou seja, o Ministério Público, a partir do fornecimento de provas idôneas constantes na investigação, para que esse, a partir da chamada justa causa.

Para isso, a autoridade policial deve empreender uma série de diligências, que terão sua metodologia decidida pelo delegado responsável e a equipe que o auxilia. Assim, deve a polícia produzir as provas de caráter técnico que julgar indispensáveis, além de programar quando devem ser ouvidas pessoas consideradas importantes para o esclarecimento da situação.

Dentro da questão dos métodos de elucidação do fato ocorrido, salienta-se que estes não são faculdades, mas obrigatoriedades da força policial, quando o legislador explicita que a mesma

---

<sup>18</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

deverá proceder com o que se apresenta no art. 6º, do Código de Processo Penal, as quais listadas entre os incisos I e X.

Essencial abrir espaço para particular análise do art. 6º, IX, CPP, o qual determina, *verbis*:

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

A análise de um dispositivo que contém esta redação, se levada em conta a realidade social brasileira, marcada pelo preconceito enraizado e silencioso, leva a compreender muito do que se materializa na persecução, quando o inquirido, que é, como já dito aqui, uma peça de forte influência sobre a fase processual.

É nítido que a reunião de informações acerca da condição social do indiciado, o que levará em conta todo um panorama capaz de enquadrá-lo em uma classe social específica, pode e muitas vezes é uma sentença antecipada. Todos sabem onde e sobre quem o braço violento do Estado pesa com maior rigidez.

Outro fator que deve ser observado com atenção é o tipo de informação que está influenciando o convencimento do julgador. No início do trabalho, falava-se em dados de maneira geral. Agora, especificamente, trata-se de informações meramente subjetivas sobre um cidadão. Ser pobre e integrante de uma família problemática pode colocá-lo no cárcere.

Frise-se, no entanto, que esse rol não exaure as possibilidades de meios a serem empregados pela polícia no procedimento investigativo. Ficam a cargo da autoridade a realização de todas as diligências que a lei lhe permita e, por óbvio, estejam dentro do bojo de suas funções, ou seja, solucionar o caso pelo qual está responsável<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 68-70.

Dentre os meios investigativos que não se encontram elencados no art. 6º, CPP, possível citar como principais a busca e apreensão, insculpida entre os arts. 240 e 250, CPP, a interceptação de ligações, comunicações eletrônicas e telemáticas, disposta na Lei 9.296/1996 e a possibilidade de que sejam infiltrados agentes em situações de investigação, com previsão na Lei 9.034/1995.

#### 1.3.4 – Atuação do Ministério Público na investigação

Antes de atingir o aspecto central deste capítulo e também deste trabalho, totalmente necessário abordar uma temática que se relaciona com aspectos muito atuais, inclusive em outros ordenamentos. Mais especificamente, versar sobre um movimento comum de deslocamento do Ministério Público em direção à função investigativa, deixando de ser somente o órgão dito fiscal da lei.

Verifica-se, hoje, um movimento muito perceptível em vários países de atribuir ao Ministério Público a função de responsável pela investigação, antes da instauração da fase processual. Essa mudança já vem ocorrendo desde o século XX em países europeus que têm seu direito originário do tronco romano-germânico.

Em um primeiro esboço da ideia, significa dizer que seria criada a figura de um promotor investigador, o qual poderia conduzir sozinho a investigação ou com auxílio da polícia judiciária, que, por óbvio, seria colocada a seu serviço.

Nesse sistema, o promotor recebe a *notitia criminis* ou chega até sua figura pela polícia. Ato contínuo, dará início às investigações, lançando mão de diligências realizadas por ele mesmo ou pela força policial, sob seu comando. Ressalta-se que ainda é necessária autorização judicial para emprego de medidas que venham a restringir direitos.

De plano, é possível antecipar que, no Brasil, esta é uma temática que tem gerado muitas discussões. Do lado contrário estão, naturalmente, aqueles que pregam ser uma atividade exclusiva da polícia judiciária o desempenho da função investigativa.



Defende esta parte da doutrina que, inicialmente, trata-se de uma interpretação sistemática do que está disposto no texto constitucional, mais notadamente no art. 144, §4º, CRFB/88, o qual estabelece, taxativamente, a competência da polícia judiciária para apuração de infrações penais.

Válido ressaltar que essa discussão guarda estreita relação com o vigente texto constitucional, que concedeu maior importância ao *parquet* na estrutura jurídica brasileira, seguindo uma onda externa, que Aury Lopes Jr.<sup>20</sup> qualifica como combate ao crime a qualquer custo. Tal tendência encontra claro fundo na realidade enfrentada pela sociedade brasileira, mergulhada numa grave crise na segurança.

Avança, ainda, o autor, ao expor o problema da formação de um Ministério Público como um órgão não mais imparcial<sup>21</sup>, principalmente ao se tratar de quem detém a titularidade da ação penal, ou seja, desempenha funções antagônicas.

Por outro lado, há quem defenda a atuação do mencionado órgão na investigação criminal, amparado na interpretação extensiva do art. 144, da Constituição Federal. Assim, não seria a polícia judiciária exclusiva detentora desta atribuição.

Assim opinou Celso de Mello no julgamento do HC nº 89.837:

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

---

<sup>20</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 82.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 83

Apesar do que defende certa parte da doutrina, a questão que se configura acerca desta mudança é, essencialmente, a atuação do Ministério público de maneira eficiente e isenta, o que nunca foi ao longo da história, dada sua função acusatória por excelência.

Tal problema já foi detectado em outros países e a solução encontrada foi determinar que o Ministério Público realizasse as investigações de modo que levantasse evidências a favor da acusação, mas também a favor do indiciado. O que marcou a falha dessa medida foi, segundo Antonio Scarance Fernandes<sup>22</sup>:

O que move a atuação do Ministério Público é a possibilidade de o investigado ser processado e condenado. Não se trata de esconder elementos favoráveis à defesa, se existentes, pois isso configuraria grave infração funcional, mas de dirigir a investigação segundo propósitos e intenções da acusação, descurando-se na colheita do que é favorável à defesa.

O pensamento acima citado traduz, de maneira límpida e brilhante, a linha de pensamento adotada neste trabalho, ao demonstrar perfeitamente dois problemas do atual sistema. O primeiro é o completo desequilíbrio imposto pelo sistema inquisitório, no sentido de que não há alteração na dinâmica investigativa, se o procedimento se mantém alijado do contraditório.

Outro ponto exposto no aludido raciocínio, também ponto vital do presente estudo, é o da busca, por parte do aparato estatal, tanto investigativo quanto acusatório, de ver um indivíduo processado, julgado e condenado como forma de suprir o cometimento de um ilícito. Observe-se que não necessariamente o autor do delito, mas sim alguém que possa ser encaixado nesse papel e, assim, possa compensar a agressão sofrida pela sociedade e sua ordem.

Tendo por base essas exposições, firma-se neste estudo posicionamento contrário à concessão do direito de presidir investigações criminais ao Ministério Público. Em primeiro lugar, por uma questão de legalidade, no sentido de que deve ser interpretada a Constituição da república em sua literalidade. Em segundo lugar, pela já exposta ausência de imparcialidade por parte do *parquet*.

---

<sup>22</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84.

Por fim, muito acima da discussão relativa a quem deve conduzir quaisquer trabalhos investigativos, como já dito ao longo do presente, está a necessidade de se desenvolver um sistema que seja garantidor de direitos para o indiciado, em uma investigação justa.

### 1.3.5 – Valor de Prova do Inquérito Policial

No conceito já traçado anteriormente, foi colocado que o inquérito policial tem a função de reunir dados e informações sobre o cometimento de um ilícito penal, que irão dar base a uma possível denúncia e potencial ação penal.

O que se quer mostrar, com os termos que definem tanto a denúncia quanto a ação penal no parágrafo anterior, é que a possibilidade e potencialidade carregam, em sua essência, a realidade contrária ao que estão qualificando, ou seja, a possível denúncia também sugere o possível arquivamento do inquérito e, na mesma esteira, a potencial ação.

Tal raciocínio serve como base para a questão de o inquérito policial ter reconhecida a duplicidade de sua função, de embasar, de maneira idônea, a denúncia e também o arquivamento. Errônea a leitura que se difundiu de que a investigação tem o exclusivo fim de encontrar um responsável para um delito.

Vem à tona a discussão iniciada no início do presente estudo, a respeito da força desproporcional que o inquérito policial assume no curso do processo penal, sendo decisivo no convencimento do magistrado. Isso faz com que o processo ganhe contornos inquisitoriais, uma vez que o acusado será condenado com base no que ele não pôde contradizer.

Com exatidão opina Marta Saad<sup>23</sup> sobre o tema. Válido trazer sua opinião uma vez mais:

O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime.

---

<sup>23</sup> SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

Assim, não é senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que à autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência, como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena.

Essa realidade existe e é nas palavras de Sérgio Ricardo de Souza<sup>24</sup> que podemos encontrar uma correta análise do caso:

Obviamente que à luz dos princípios constitucionais do *due process of law* e do contraditório, inseridos, respectivamente, nos incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988, tornou-se insustentável querer reconhecer que as provas exclusivamente inquisitoriais, ou seja, aquelas provas chamadas repetíveis e colhidas exclusivamente na fase do inquérito policial, possam servir de base para a formação do livre conhecimento motivado do juiz, por ocasião de fundamentação da sentença.

Essencial referir que, sob a prisma dos princípios constitucionais consagrados em nosso ordenamento jurídico, da ampla defesa e do contraditório, é inadmissível que uma sentença se fundamente com base em provas colhidas exclusivamente no inquérito policial. Essa visão se reforça com o fato de que a Constituição Federal de 1988 é chama de Cidadã, já que foi elaborada tendo o indivíduo como seu centro, com o fim de que ele tivesse o Estado ao seu lado, como grande guardião de seus direitos.

Todavia, não parece ser assim que entendem a questão os tribunais superiores do país, que confirmam o valor da prova produzida de forma inquisitorial ao usar a prova processual para ratificá-la.

Assim, fica bem delineado o cerne do estudo que se desenvolve, com o exato problema que atinge o processo penal e pode ser amplamente corrigido a partir da investigação criminal defensiva, ou seja, o uso de detetives particulares no curso da investigação. O próximo capítulo trata justamente das características da lei e aborda a experiência de outros ordenamentos que já têm esta prática mais consolidada.

---

<sup>24</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 72.

## 2. GARANTISMO E PARIDADE DE ARMAS NO INQUÉRITO POLICIAL

### 2.1. Projeto de Lei nº 156 de 2009: A Reforma do Código de Processo Penal

Faz-se totalmente necessário, antes de a discussão adentrar a discussão acerca do garantismo penal e seus efeitos com a investigação defensiva, que seja reservado espaço à questão da reforma do Código de Processo Penal, vigente desde 1941, em projeto de iniciativa do Senado Federal.

É importante que se traga ao estudo a visão que este projeto traz, uma vez que demonstra, em consonância com o raciocínio aqui exposto, uma tendência a afastar do processo penal os aspectos de um sistema inquisitório que contamina o processo brasileiro e provoca grandes injustiças.

O projeto de lei nº 156<sup>25</sup> apresentou uma nova sistemática para o processo penal, de modo a aproximá-lo do sistema acusatório, com o fim de que o indiciado tenha garantido seu direito de se manifestar e não permitir que a instrução seja viciada por provas produzidas em condição de disparidade.

Uma das grandes mudanças propostas pelo projeto nesse sentido é o que se insere em seu art. 4º, o qual assim versa:

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

É perceptível como existe intenção firme do legislador em sacramentar o sistema acusatório como via dominante no processo penal brasileiro, findando discussões na doutrina sobre qual é a sistemática adotada no Brasil.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156. Relator: CASAGRANDE, Renato. 07 dez. 2010 Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Ainda assim, persistem divergências entre teóricos, a exemplo de Mauro Fonseca Andrade<sup>26</sup>, que afirma ser uma discussão infundada e que o sistema adotado no Brasil está de acordo com os postulados da doutrina processualista nacional.

Parece ser acertada a decisão do legislador nesse sentido, uma vez que a realidade brasileira está muito afastada de qualquer postulado teórico de quem escreve livros. A verdade é o abuso do poder punitivo pelo Estado, pela mão do juiz e do Ministério Público.

Dando sequência ao que se expõe, interessante volta as atenções para outro dispositivo do referido projeto de lei, que é a figura do juiz das garantias, que funcionaria como a pedra fundamental para a garantia do procedimento na forma acusatória. A ideia consiste na designação de um juiz que participe apenas da instrução criminal.

De acordo com a exposição de motivos do projeto, expressão “garantias” serve para frisar que não se tratou apenas de um juiz que estivesse à frente da condução do inquérito policial, mas um juiz que se foque no cumprimento dos princípios constitucionais, com a preservação das liberdades e garantias individuais, que não devem ser diminuídas para tornar eficaz o poder punitivo. A dever deste juiz é zelar pela preservação das garantias, não da qualidade da investigação.

Sua previsão está insculpida nos arts. 15 ao 18, com especial atenção para o primeiro, onde podem ser encontrados comandos muito significativos para o respeito ao princípio do devido processo legal, como o dever de zelar pela observância dos direitos do preso e cuidar de todos os pedidos cautelares.

É possível depreender, que a redação destes dispositivos tem a clara intenção de manter o correto deslinde do processo, criando uma barreira com a mudança para o magistrado que julgará o processo é será o prolator da sentença.

---

<sup>26</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 61, p. 119.

Interessante observar que esse é um mecanismo que busca a isenção total do juiz em relação ao que foi produzido na fase anterior ao processo, com o fim de que a sentença permaneça isolada da influência do que ocorre durante o inquérito policial. Seria uma excelente alternativa para o modelo atual, onde a prova do inquérito vicia a decisão do juiz.

### 2.1.1. A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO PROJETO DE LEI Nº 156

A parte que, de certo, mais interessa ao estudo aqui desenvolvido é a parte em que o projeto de novo CPP cuida da investigação defensiva no processo penal brasileiro, mas especificamente em seu art. 14.

Para melhor análise, colaciona-se o dispositivo em comento:

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

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

Haja vista que o citado artigo não é claro em alguns pontos importantes, como quem seriam os indivíduos habilitados a instaurar o procedimento de investigação defensiva, lacuna que poderia causar problemas no inquérito. Tampouco existe uma clara definição em relação ao seu objeto.

Deve-se dizer que esta não é a discussão mais adequada a ser travada aqui, por se tratar de um projeto, o qual não produz efeitos no mundo jurídico e por não ser o objeto central do estudo que se faz até o momento. Entretanto, frise-se que é importante falar desse projeto, que mostra uma clara tentativa de jurista dos dias atuais de que seja desenvolvido no Brasil um mecanismo de investigação defensiva, inserido em um processo penal mais justo.

## 2.2. Garantismo e Investigação Criminal

Como já antes exposto e seguindo a lógica aqui adotada, falar em investigação criminal defensiva envolve totalmente expor conceitos sobre garantismo penal e a influência dessa teoria dentro do processo. Além disso, o garantismo é um dos norteadores do pensamento que aqui se desenvolve

É essencial que o estudo das leis não só abarque, mas guarde íntima relação com teorias que proponham sistemas de equilíbrio ao direito. Não há como se tecer comentários sobre uma medida que poderá trazer mais equilíbrio ao processo penal como um todo, ou seja, investigação defensiva no inquérito policial sem que seja reservado espaço a uma teoria tão importante para a democracia.

Trata-se de uma teoria cunhada por Luigi Ferrajoli<sup>27</sup>, sob grande influência dos ideais iluministas de respeito às liberdades e respeito ao indivíduo enquanto sujeito de direito. O autor desenvolve esse modelo como forma de que se encontre um sistema equilibrado, que previna o crime e o puna sem vingança, quando praticado.

Em sua obra, Ferrajoli desenhou uma estrutura composta por dez princípios que seriam capazes de sustentar o equilíbrio do sistema. São eles: retributividade da pena frente ao delito; legalidade; economia do direito penal; lesividade do evento; materialidade da ação; culpabilidade; separação entre juiz e acusação; ônus da prova; e contraditório<sup>28</sup>.

Nas palavras do próprio autor<sup>29</sup>:

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

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74.

<sup>28</sup> *Ibid*, pp. 74/75.

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 565.



Tais elementos, hoje, são vistos como basilares na formação de uma justiça que realmente promova a o que lhe cabe: a correta aplicação da lei, sem excessos que podem ocorrer com o monopólio do poder punitivo nas mãos do Estado.

É importante referir que a discricionariedade judicial deve se manobrar sempre no caminho de não aumentar, mas sempre diminuir a intervenção punitiva ao mínimo, apenas dentro de uma margem que seja de apenas aquilo que possua motivos estritamente seguros.

Não pode, sob esse prisma, a dúvida ou as concepções tortuosas formarem a convicção para o uso do aparato punitivo estatal de maneira indiscriminada. Deve preponderar a presunção de inocência e não a justificativa de que o suspeito vive em uma área dominada pelo crime organizado.

É interessante como a teoria garantista é uma grande âncora na seara criminal, que tem o fim de impedir que a justiça e demais instituições compromissadas com a incolumidade e paz sociais sofram um desequilíbrio influenciado por ondas de recrudescimento e pelo retrocesso.

Sobre a teoria do garantismo penal, Aury Lopes Jr.<sup>30</sup> faz perfeita ressalva sobre a teoria garantista frente ao legalismo, que não deve ser confundido. Assim, escreve o autor:

É importante destacar que o garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e prepolíticos, que fundam a justificam a existência daqueles artifícios – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de Ferrajoli é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais.

É importante essa diferenciação para que não se caia na falácia de que a melhor maneira de promover a justiça é a aplicação cega da lei, como fórmulas matemáticas. Devem existir

---

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 14.

condicionantes claras para que a lei seja corretamente aplicada, de modo que as forças se equilibrem.

Também sobre tal ponto opina Aury Lopes Jr.<sup>31</sup>:

O Direito Penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais e configura a proteção do débil contra o mais forte; tanto do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele. A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação, e da existência, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir.

Feita essa exposição dos pontos mais importantes sobre o garantismo penal, que é de suma importância para compreender os efeitos de proteção de direitos que a investigação criminal defensiva pode promover no ordenamento jurídico pátrio, importante aproximar a discussão do tema do trabalho e, em seguida, relacionar o assunto à questão da paridade de armas. Assim, mais lógico fica o raciocínio e melhor se pode avançar para a conclusão do assunto em sua generalidade.

### 2.3. Paridade de armas e garantias no inquérito

Em consonância com o que expõe o garantismo penal e o que já foi apontado sobre o inquérito policial, mostra-se imprescindível analisar a efetivação de tais garantias no ordenamento jurídico brasileiro, mais notadamente pelo previsto no texto constitucional, lei suprema do país.

Insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, está o princípio do devido processo legal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No inciso seguinte, LV, encontram-se a ampla defesa e o contraditório, que assim dispõe: “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”.

---

<sup>31</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

Cabe ressaltar que o devido processo legal é um conceito dotado de grande amplitude, gerando certa indeterminação. Deste dispositivo derivam outros princípios que balizam nossa justiça, como a própria ampla defesa e o contraditório, além da necessidade de que motivem decisões e a vedação de provas ilegais, por exemplo.

Em relação ao contraditório e à ampla defesa, pode-se afirmar que são princípios de aceção mais clara e determinada, no sentido de que é garantido a qualquer cidadão que participe de processo que o envolva e nele possa se manifestar, a fim de que defenda seu interesse e produza provas a seu favor.

Para Sérgio Ricardo de Souza<sup>32</sup>, assim pode ser entendida a ausência de contraditório:

Esse contraditório diferido ou postergado encontra fundamento na mesma base filosófica que justifica a teoria dos poderes implícitos, pois, se a norma constitucional permite, em caráter excepcional, a relativização de garantias como a liberdade (art. 5º, LXI), a intimidade domiciliar (art. 5º, XI) e a intimidade nas comunicações (art. 5º, XII), em relação àqueles indivíduos suspeitos e sujeitos a investigação criminal, por uma questão de racionalidade não há que se falar em exercício do contraditório prévio ou concomitante por parte destes, sob pena de serem inviabilizados os resultados pretendidos com tais medidas, já que, sabendo de antemão que será preso, monitorado em suas conversas telefônicas, ou ainda que terá a sua casa ou escritório vasculhado, certamente o investigado cuidará para que as diligências respectivas sejam inúteis, evadindo-se, deixando de manter conversas telefônicas comprometedoras e, por fim, eliminando ou escondendo provas, o que evidentemente não se aplica em relação às provas periciais, mormente aquelas vinculadas ao corpo de delito, pois nestas poderia, na maioria dos casos, ser permitido um contraditório, mesmo que mitigado, para que as partes colaborassem com a apresentação de quesitos aos peritos, sem que isso importasse em prejuízo às investigações.

Essa leitura, apesar de coerente, não contempla a realidade vivida na investigação criminal brasileira, em que polícia judiciária e Ministério Público, enquanto representantes da lei e do interesse público, apresentam durante todo curso do inquérito e da ação a incansável busca de transformar o indiciado em culpado. A visão do citado autor só se enquadraria num mundo ideal.

É nesse ponto que a discussão encontra toda a crítica feita ao sistema processual brasileiro no decorrer do presente estudo. O inquérito policial em sua estrutura atual, que, já dito, é

---

<sup>32</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21.

inquisitorial, sufoca princípios básicos da Carta Magna e impede que qualquer cidadão exerça plenamente o que lhe é de direito.

Em consonância com o pensamento aqui exposto, argumenta de maneira brilhante Aury Lopes Jr.<sup>33</sup>:

Nesta valoração reside um dos maiores erros de uma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. Já tratamos do tema anteriormente, mas apenas gostaríamos de destacar – novamente – que qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa determinada constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato – deve ser feita a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em caráter jurídico-processual.

Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Não satisfeito, o legislador constituinte ainda incluiu, para evitar dúvidas, a expressão “...e aos acusados em geral...”, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo.

Não é um fato de menor importância que o indiciado não possa participar da investigação e ter a oportunidade de demonstrar sua inocência, quando o que se produz são provas que contam uma só verdade e permitir que o magistrado forme seu convencimento a partir do que relata a vontade de punir e não traz em si o equilíbrio entre o poder quase irrestrito do Estado na seara punitiva.

Tal configuração mostra uma clara supressão do indivíduo e seus direitos frente ao que pode ameaçar um dos bens jurídicos mais preciosos que a todos é assegurado: a liberdade. Isso, de certo, atenta contra o mais fundamental dentro do mundo jurídico.

---

<sup>33</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 304/305.

É nesse contexto que se verifica a possibilidade de a investigação criminal defensiva preencher essa lacuna e suprir a incapacidade que o inquérito policial tem, atualmente, de aferir, também, a ausência de autoria de cometimento do delito.

A paridade de armas é a colocação das partes em condição de igualdade no decorrer das questões, gerando verdadeiro equilíbrio de forças. Ocorre que ela só existe na fase processual, quando a investigação já reuniu elementos suficientes para que o juiz condene o acusado com base no que a polícia colheu e o indiciado sequer pôde demonstrar o contrário.

A finalidade precípua dessa via é oportunizar que todos os lados, quais sejam, acusação e defesa tenham a oportunidade de participar, igualmente, do que irá se construir no deslinde do processo e que irá se materializar na decisão final.

Pode-se dividir esse instituto em duas acepções: igualdade formal e material. A primeira guarda relação com o espaço entre as forças, de modo que uma não pode estar acima da outra e a igualdade material é o que compensa o desnível natural entre as partes, levando em conta que nunca são iguais. Assim, um lado pode receber mais armas que o outro.

A paridade de armas se manifesta em princípios famosos do processo penal, como o *favor rei*, que, apesar de não ser uma maneira de equilibrar forças entre autor e réu, deriva da concepção de que preferível alguém culpado estar livre a prender injustamente uma pessoa que nenhum crime cometeu. Além desse, há, também, o conhecido *in dubio pro reo*, que dá ao acusado o benefício da dúvida, só podendo ser condenado se houver pura certeza do juiz.

O que se pretende demonstrar, em um apontamento mais claro, agora que estão reunidos aqui elementos para melhor formulação do raciocínio, é que o grande ganho a ser gerado pela investigação criminal defensiva é fornecer aos indiciados que possam exercer direitos que já lhes são garantidos.

Vem a ser curioso que essa discussão seja travada quase trinta anos após a promulgação da Constituição Federal, com o intuito de que direitos conferidos por um dos dispositivos mais

importantes de seu texto passem a ter plena eficácia. Marcas de um Estado ainda com instituições fragilizadas e com fortes tendências autoritárias.

Fica mais palpável, a partir da reunião de elementos, nesta altura, de que, se justapostos como peças, é possível enxergar o inquérito policial, inserido em seu contexto de investigação criminal preliminar no Brasil, junto da questão estrutural da polícia, que também tem fundo cultural, unidos pelo sistema processual aqui vigente.

Tais elementos, quando analisados de maneira conjunta, mostram o vazio que pode ser encontrado no sistema investigativo e processual, viciado e tomado pelo desequilíbrio de forças entre seus diversos atores.

Dentro desse panorama, passa-se eu estudo da investigação criminal defensiva em si mesma, no seu conceito, necessidade de implantação no Brasil e estudo de exemplos provenientes do direito comparado.

### **3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA**

#### **3.1. Conceito e abrangência**

Chegada a parte final do trabalho, com toda uma estrutura conceitual delineada para correta abordagem do tema, uma vez que se trata de um meio investigativo que não encontra previsão legal na lei brasileira e essa análise requer a ilustração de todos os elementos de nosso ordenamento com os quais a investigação criminal e sua modalidade defensiva se relacionam.

Com isso, torna-se possível estabelecer uma crítica melhor fundada num panorama que conduza a discussão para a visão macroscópica da situação, ou seja, são introduzidos conceitos de maneira preliminar para que a investigação criminal defensiva possa ser perfeitamente lida como algo compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Avançando em direção ao ponto central do capítulo, entra-se no conceito de investigação criminal defensiva, que é definida por Baldan e Azevedo<sup>34</sup> como aquela que é empreendida pelo indiciado, na figura de seu advogado, defensor público ou um investigador contratado para esse fim, tendo como finalidade de, a partir de diligências, reunir elementos capazes de embasar sua defesa.

Os objetivos dessa modalidade compreendem comprovar um álibi, além de outros fatos que podem comprovar a inocência do investigado, a ausência de responsabilidade desse pela atuação de terceiros ou que configurem excludentes de culpabilidade e até mesmo para que se evite o cometimento de erros por parte da polícia.

Ressalte-se que o investigador nomeado pelo investigado para coletar dados que apontem sua inocência atuará na investigação em liberdade de escolha para traçar sua estratégia, ou seja, sem vinculação a qualquer determinação advinda de autoridade. Por óbvio, ele estará obrigado a respeitar a lei e todos os preceitos legais que limitem sua atuação, que é de natureza privada e não lhe confere poder de polícia.

Como já dito acima, essa é uma figura jurídica inexistente no direito brasileiro, o qual prevê, atualmente, que apenas a autoridade policial presidirá o inquérito. Repise-se que esse é, desde o início do estudo, o ponto de principal crítica ao sistema nacional, por ser esse o elemento a propiciar o caráter inquisitório da investigação.

Importante referir que esse tema vem ganhando espaço nas discussões da doutrina, mais especificamente pelo fato de ser um meio de conter a tendência atual de atribuição de capacidade investigativa ao Ministério Público, como suscitado no capítulo anterior.

Sobre essa questão, assim opina Antonio Scarance<sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> BALDAN, Edson Luis; Azevedo, André Boiani e. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva*. Boletim do IBCCRIM, n. 137, p. 7.

<sup>35</sup> FERNANDES, Antonio Scarance, *Rumos da investigação no direito brasileiro*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 21, p.13.

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para sua defesa e demonstração de sua inocência, decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.

É essencial, segundo posicionamento que aqui se adota, que essa gradual mudança não se materialize. Como perfeitamente exposto no supracitado e igualmente acontece com a polícia judiciária, existe uma preocupação clara dos órgãos estatais com a concretização da autoria e materialidade do crime, sem que se olhe sobre quem.

Não se configura como um exagero afirmar que o Ministério Público investiga com o intuito de incriminar. Dentro dessa lógica, é evidente que não sobrarão espaço para coletar evidências de uma possível comprovação de inocência, por qualquer motivo.

O caso da polícia judiciária é similar, mas não igual, pelo fato de que o *parquet* também cumula a função de acusador no processo, enquanto a autoridade policial só tem o papel de investigar, que, numa situação ideal, deveria ser uma função desempenhada com a mais sóbria imparcialidade, o que não ocorre.

Nesse sentido, é muito importante ressaltar fatores de influência externa no curso da investigação, como opinião pública em vários casos onde, com certa avidez por dar uma resposta ao clamor social, o Estado, pela via de seu aparato investigativo e coercitivo, procuram unicamente a resolução da questão não só pela denúncia do acusado, mas com sua condenação já feita pela mídia e setores da coletividade.

Pode-se dizer que o equilíbrio do qual se fala neste estudo não é só aquele de armas e entre partes com seus respectivos interesses, mas também ao que se presta o inquérito policial, ou seja, estar pendente para o lado da acusação, mas na mesma medida para a busca de qualquer indício de que o suspeito não cometeu ou participou de determinado crime.



Por essas razões, é medida salutar ao processo penal brasileiro e até mesmo da Justiça como instituição democrática que a investigação criminal defensiva ganhe espaço e seja aceita em nosso ordenamento jurídico.

Com a apresentação mais específica do modelo, é interessante, para efetiva concretização da teoria que aqui se esboça o direcionamento da discussão para a questão do direito comparado como forma de melhor visualização do assunto em relação ao ordenamento brasileiro.

### 3.2 – Investigação Criminal Defensiva em outros países

#### 3.2.1 – Estados Unidos

Ao falar sobre qualquer elemento presente no direito americano, faz-se imprescindível salientar que profundas diferenças o separam da estrutura vigente no Brasil, muito além de diferenças sociais, culturais e linguísticas.

Sabe-se que nos Estados Unidos, como herança do período colonial, foi adotado o sistema do *common law*, onde a jurisprudência e os costumes são os formadores das normas, que vão evoluindo ao longo do tempo, uma vez que os precedentes vão alterando a maneira com que os tribunais julgam as questões. Além disso, lá os estados são livres para montarem suas estruturas judiciárias e fazerem suas constituições, tendo em vista que a constituição americana é composta de apenas alguns princípios reunidos.

Essa é a principal diferença para o tronco romano-germânico, que tem como grande fonte as leis, ao qual está atrelado o direito brasileiro, que tem sua origem no ordenamento jurídico português. Por isso, é mais difícil extrair comparações do modelo americano para sem feitas com o que se poderia aplicar no Brasil.

O processo norte-americano pode ser dividido em três fases e a primeira delas é a investigativa. Ela primeira se desenvolve como na lei brasileira, com a polícia e a promotoria

levando as investigações, sendo o maior exemplo de atuação do Ministério Público nas investigações.

Já nessa fase há possibilidade de que a defesa produza provas por meio de procedimento investigativo, por isso escritórios de advocacia possuem toda uma estrutura administrativa de assistentes para investigação e obtenção de provas.

Observe-se, também, que na justiça americana cabe às partes o deslinde da controvérsia, onde cabe às partes o manuseio das provas, desde que produzidas e capazes de formar o convencimento do juízo.

Assim, dentro dessa lógica, as partes estão livres para levantarem diversos dados, com a apresentação de provas periciais e inquirição de testemunhas. Assim como no sistema brasileiro, com o intuito de se manter imparcial, o magistrado permanece em posição de inércia na instrução probatória.

Após isso, entra a fase adjudicatória, que pode ser definida como uma fase intermediária, na qual o magistrado avaliará se as provas que foram produzidas são lícitas, tendo na sequência uma série de audiências e a posterior decisão de formalizar a acusação.

Com isso, inicia-se a fase judicial, onde a questão será decidida. Nela serão ouvidas as partes e a decisão será emitida pelo juiz ou pelo júri, o qual só opina pela absolvição ou não. Após isso, sendo o réu condenado, será arbitrada uma pena e proferida a sentença.

Desta resumida análise do processo penal americano, infere-se que a investigação criminal defensiva é admitida, muito por ser um produto do sistema lá vigente, o qual não tem regras fechadas para os procedimentos e insta as partes a investigar e provar. O resultado dessas diligências só será admitido em juízo se essas provas aceitas na fase posterior, dita adjudicatória.

### 3.2.2 – Itália

Pertencente ao tronco romano-germânico, o mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro, a estrutura jurídica italiana se assimila mais à que vige em nosso país, tendo como grande fonte do direito as leis.

O processo penal italiano, antes de caráter misto, onde o juiz concentrava as funções de investigar e julgar, sofreu grande alterações com a entrada em vigor do código de processo penal que vigora até os dias atuais, em 1988.

Com a reforma, foi extinta a figura do juiz instrutor, com a atribuição às partes de que passassem a desenvolver a investigação para obtenção das provas. Com isso, foi estabelecido que haveria um juiz para cuidar da fase investigatória, cuidando apenas das medidas cautelares requeridas no curso da investigação e depois o processo será conduzido por outro magistrado.

Esse código instituiu o processo dividido em duas partes, sendo uma delas uma investigar preliminar e a segunda marcada pelo debate, com o fim de que seja resolvida a questão por uma decisão a ser tomada.

O inquérito policial italiano lá é conhecido como *indagini preliminari*, sendo fase pré-processual e tem seu início demarcado pela notícia da suposta prática do delito ao Ministério Público ou à autoridade policial, exatamente como no Brasil.

Essa investigação é conduzida pelo Ministério Público, como prevê o código de processo penal do país, tendo como auxiliar a polícia judiciária à sua disposição, segundo o art. 370, código de processo penal vigente. Ressalta-se que na lei italiana esse órgão integra o poder judiciário, mas seus atos praticados durante a investigação não gozam de caráter jurisdicional, uma vez que têm como intuito o embasamento de potencial ação penal.

Ressalte-se que as *indagini preliminari*, da mesma maneira do que já foi levantado no presente estudo, além de apurarem a possível autoria e materialidade de um ilícito penal, também buscam elementos favoráveis ao indiciado, como prevê, de maneira expressa, o código de processo penal do país.

Ainda nesta fase, importante salientar que o defensor do investigado está apto a participar de diligências durante as investigações, sendo necessária, em alguns casos, como o de obtenção de prova irrepetível, a comunicação a ele por parte das autoridades.

É importante frisar que não é conferido ao acusado o contraditório no transcurso das *indagini preliminari*, uma vez que todas as informações que são coletadas durante a investigação preliminar não terão caráter probatório na fase processual, mas apenas como elementos que podem vir a lastrear a sua propositura.

Como exceção, há casos onde é admitida a produção de provas nessa fase, na forma de questão incidental, sendo necessária comprovada necessidade e haja risco de que o curso do tempo impossibilite sua colheita.

Sendo assim, conclui-se que, a exemplo do inquérito policial no Brasil, a investigação preliminar na Itália também tem caráter acusatório e conseqüente supressão da defesa justa ainda na apuração do crime. Entretanto, deve ser observado que há alguns fatores que protegem o investigado no sistema italiano, tais como a existência de um juiz que atue somente na investigação e a ausência de caráter probatório para os elementos provenientes desse procedimento.

Entretanto, ao indiciado é concedido o direito de promover investigação criminal defensiva, por meio da chamada *indagini difensive*, que tem fundo na constituição do país, sendo criada justamente para equilibrar a face inquisitória das *indagini preliminari*.

Nesse sentido, leciona José Barcelos de Souza<sup>36</sup>:

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

Em dezembro do ano de 2000, a lei nº 397 veio por alterar uma série de dispositivos do código de processo penal italiano, de modo a regulamentar mais detalhadamente o exercício da investigação criminal defensiva. O objetivo dessa lei foi o de deixar ainda mais equilibrada a relação entre as partes, para que o Ministério Público, como representante do poderoso Estado, não preponderasse numa luta desmedida.

É importante referir que o defensor designado pelo investigado recolhe apenas os dados que interessam ao seu cliente, não sendo obrigado a procurar a verdade, tampouco noticiar crime do qual tenha tido informação ao longo do desenvolvimento de seu trabalho. Porém, é vedado a ele destruir provas, juntar provas falsas, ilícitas ou destruí-las, podendo, por essa conduta, responder criminalmente.

Ressalta-se, ainda sobre a atividade do investigador, que a sua profissão, diferentemente do trabalho policial e do Ministério Público, não goza de prerrogativas conferidas somente a agentes do Estado. Para obter informações, ele deve contar com o consentimento de quem prestará as desejadas informações.

Ocorre que esse pode ser um fator que afasta a paridade de armas dentro da investigação criminal, já que o poder de polícia dos órgãos estatais acaba por tornar sua efetividade nas investigações maior. Nesse sentido, há quem defenda a concessão de poder similar ao detetive, que o exerceria dentro de certos limites.

---

<sup>36</sup> SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa, notas referentes à palestra proferida na “IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal”, realizada no município do Guarujá/SP, nos dias 06 a 09 de novembro de 2004, p. 02.

Não só isso, mas também há uma discussão sobre o fim do exercício de atividades que não estejam expressamente previstas na lei, as quais são realizadas pela interpretação extensiva da norma, a partir dos princípios da igualdade e da ampla defesa.

### 3.3 – Inserção no ordenamento brasileiro

Agora, diante do panorama apresentado, com uma visão ampla e correlacionada da investigação criminal, o inquérito policial e suas falhas, tendo como pano de fundo o sistema processual brasileiro, as noções de garantismo penal e paridade de arma, o conceito de investigação criminal defensiva e uma passagem por exemplos dessa via em outros ordenamentos, torna-se palpável uma análise sobre sua implementação no Brasil.

Relacionando o exposto no caso italiano, que tem um modelo totalmente voltado para o equilíbrio de forças no inquérito policial, com vistas a reduzir a desigualdade produzida por um inquérito policial presidido pelo órgão que é, também, o titular da ação penal, observa-se, dentro de um ordenamento similar ao brasileiro, uma saída com instrumentos muito eficazes de garantia dos direitos.

É importante ressaltar que se está diante do exemplo de um país que, apesar de quaisquer dificuldades que tenha tido num passado recente, é uma democracia desenvolvida e tem uma economia forte, que não sofre das disparidades sociais como as que são vistas no Brasil, com uma desigualdade que se polariza nos extremos e se encontra permeada pelo preconceito das classes dominantes.

Isso, por óbvio, torna o inquérito policial aqui, muito além de um procedimento marcado pelo seu viés inquisitório, uma arma da qual dispõe o Estado para o uso indiscriminado do seu monopólio do poder punitivo, dando tratamento desigual aos suspeitos, tendo como principal critério a classe social.

O cidadão pobre, morador das áreas abandonadas das cidades, o qual já sofre uma espécie de controle por parte da polícia administrativa, com claro fim de controle dos excluídos, entra em um inquérito policial já condenado, antes mesmo de que seja oferecida denúncia.

Por outro lado, o integrante das classes mais elevadas goza de uma voracidade muito menor do Estado, desde a investigação, onde ele será tratado como um cidadão que não oferece qualquer risco à sociedade, até no decorrer do processo, quando na maioria das vezes, se condenado, receberá uma série de benefícios e terá sua pena reduzida, sequer indo para a prisão em muitos casos.

É nesse contexto que se vê necessária a implementação da investigação criminal defensiva no Brasil, para que todos, incluindo cidadãos de classes mais ricas, possam ter direito a um inquérito mais equilibrado e justo. Não são apenas pessoas pobres que sofrem injustiças no sistema brasileiro.

É importante ressaltar que a investigação defensiva, se analisada isoladamente, como se desenvolve em outros países, teria sua aplicabilidade muito mais fundada em ordenamentos onde o Ministério Público fosse o titular da investigação, uma vez que isso faz com que esse órgão confunda a função de investigador e acusador, tornando-se parcial.

Tal visão se constrói pelo fato de que o inquérito policial, enquanto conduzido pela autoridade, seria, em tese, um procedimento marcado pela isenção em relação ao indiciado, o que não se configura na prática, como foi exposto ao longo do estudo e, de maneira mais incisiva, logo acima.

Então, se a investigação criminal no Brasil, ainda que conduzida por órgão sem ligação com a acusação, dá-se pela lógica de que o correto desfecho do procedimento não é reunir dados que embasem, da mesma forma, uma potencial denúncia ou arquivamento, mas sim a abertura da ação penal, é medida salutar o advento da investigação criminal defensiva.

Isso significa, de maneira concreta, trazer para o inquérito policial, tão marcado pelo desequilíbrio de forças, valores completamente atuais, ou seja, da paridade de armas, do garantismo penal a todos os indivíduos, respeitando-os enquanto detentores de direitos e garantias fundamentais.

Frise-se que, na realidade brasileira, existem posicionamentos de que a investigação criminal defensiva não seria viável na prática, uma vez que a maioria dos imputados, pertencentes a camadas mais humildes da população, não teriam meios de custear o serviço de um investigador<sup>37</sup>.

Em relação a esse posicionamento, pode-se dizer que o mesmo não encontra fundo, já que, se o investigado tem direito a um representante no inquérito policial para diligenciar a seu favor, mas não possui meios financeiros de custeá-lo, deve o Estado designar alguém que o faça sem que o particular pague por isso.

Isso se comprova pela redação do art. 5º, LXXIV, da Constituição da República:

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Complementando o dispositivo acima aludido, a própria Carta Magna assim dispõe:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Assim, não sobram dúvidas de que essa questão seria resolvida com o emprego das defensorias públicas, tanto dos estados quanto da União, para que todo e qualquer cidadão pudesse dispor de assistência no curso da investigação criminal.

---

<sup>37</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 96.



Isso, é claro, só se concretizaria na prática com uma larga valorização das defensorias do país. Os pilares disso deveriam ser o aumento de sua estrutura administrativa e quadro de funcionários, com a valorização de suas carreiras, já que esses órgãos já não dão vazão a tudo que recebem atualmente.

Dentro dessa lógica, é totalmente possível vislumbrar a incorporação da investigação criminal defensiva ao ordenamento jurídico brasileiro, com as devidas alterações no texto legal, a fim de que sejam regulamentadas não só a possibilidade de que seja instaurado esse procedimento, mas também o exercício dessa profissão, que possivelmente afetaria algum ponto do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que seriam esses profissionais os responsáveis pelas diligências, talvez podendo lançar mão de assistentes técnicos para sua completa viabilização.

## CONCLUSÃO

O objetivo ao qual destina-se a elaboração do presente estudo é tornar mais difundida a realidade prática do inquérito policial, que, deve ser afastado de alguns aspectos teóricos para que se enxergue a quantidade de problemas se operam quando em sua forma materializada, sendo um vetor de desigualdades.

Para isso, necessária análise em separado de cada um dos elementos que o compõem e, dessa forma, se possa, a partir disso, unir todas as partes e formar o real problema que se configura na realidade investigativa brasileira.

Por óbvio, pretende-se obedecer a lógica do raciocínio e começa essa análise pela parte conceitual do elemento do processo penal que está diretamente ligado ao tema do estudo, ou seja, e preciso que se entenda a investigação criminal como a via de esclarecimento do delito, antecedendo a fase processual, iniciada com a denúncia.

Compreender a investigação criminal, conjunto de diligências empreendidas pelo aparato estatal que irão aclarar a autoria e materialidade do crime, em caráter informativo. Nasce disso a problemática inicial, uma vez que é sabido que não está peça alcança o processo, de modo a contribuir para o convencimento do juízo.

É um problema grave e deve ser contido o valor probatório do que é colhido na fase investigativa. O magistrado não deve formar sua convicção pela análise de provas que foram produzidas longe do contraditório. A investigação criminal defensiva pode trazer igualdade e proteger o indiciado nesse ponto.

Isso nos lança em direção a compreensão do mal gerado por essa anomalia e sua causa. A contaminação do processo pela prova do inquérito gera uma grande desigualdade no processo, uma vez que aquelas provas foram produzidas em uma fase onde só a polícia tem voz no procedimento.

A causa disso se liga, seguindo o caminho lógico de raciocinar a investigação em suas características elementares, ao sistema processual brasileiro, que se apresenta no modelo misto, ou seja, guarda traços de acusatório e inquisitório.

O inquérito policial, meio pelo qual se empreende a investigação criminal no Brasil, é, especificamente, o procedimento que se opera pela via inquisitorial, sendo vedado ao investigado produzir provas em sua defesa quando está sendo investigado.

Além da polícia judiciária, existe o Ministério Público, que vem ganhando cada vez mais espaço na condução das investigações e isso se demonstra muito perigoso para os anseios da doutrina que enxerga um inquérito policial desequilibrado. A figura do *parquet* dentro da investigação é uma clara mistura do acusador com investigador, o que não tende a outra coisa, senão um procedimento marcado pela busca pela incriminação.

Nesse ponto, a crítica começa a se revelar, já que é justamente por esse fato que a investigação criminal tende a ser um procedimento desequilibrado e que acarreta efeitos muito negativos aos imputados. A inexistência de contraditório, somada à projeção das provas do inquérito sobre o processo e à busca por um culpado transformam a investigação em uma condenação antecipada.

Com isso, configurado está o problema, que é, precisamente, uma necessidade de impor ao inquérito policial um equilíbrio de forças, para que sejam respeitados os direitos e garantias individuais.

Nessa esteira segue o raciocínio, ao ligar os conceitos já expostos à teoria do garantismo, com o intuito de que se forme um contraste aparente quando tais conceitos são colocados ao lado da realidade investigativa brasileira. Isso permite enxergar muito melhor os problemas que cercam o inquérito policial.

Num panorama onde o sistema investigativo brasileiro já pode ser visto como falho e parcial, falar de paridade de armas significa versar sobre o melhor meio de reparar seus

problemas. Assim, segue-se a discussão com a ilustração de que o equilíbrio de forças é o método capaz de prover o respeito às garantias dos indivíduos.

Tem-se nessa discussão o garantismo penal, dito norteador das ideias propostas no presente estudo e teoria totalmente ligada ao que se busca atualmente no direito penal e também no processo penal, no Brasil e no mundo. Garantia de ampla defesa, contraditório e ao devido processo legal são bandeiras amplamente levantadas por quem milita na área jurídica.

Por fim, mostra-se desenhada a imagem macroscopicamente e é possível observar todas as lacunas do sistema vigente e fica mais palpável compreender a inserção da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico pátrio.

A partir do seu conceito e de sua abrangência, compreende-se a investigação criminal defensiva como a possibilidade de o indiciado produzir provas a seu favor durante a realização do inquérito policial, no intuito de provar sua inocência, já que a polícia não se vale desse procedimento para colher elementos favoráveis ao imputado.

Torna-se imprescindível para o estudo, o qual propõe a regulamentação de uma figura inexistente no ordenamento jurídico, usar exemplos concretos para ilustrar o funcionamento desse meio investigativo.

Para isso, podem ser usados os exemplos americano e italiano, sendo o primeiro mais a título de conhecimento, por se materializar em uma ordem jurídica completamente diferente da aqui vigente. Já o exemplo italiano é ideal para o raciocínio, uma vez que se insere em uma legislação de mesma origem que a vigente no Brasil.

Pelo modelo italiano é possível identificar os pontos mais eficazes no fornecimento de equilíbrio ao inquérito policial e que freiam a cega pretensão punitiva estatal, de modo que fica nítido como seria benéfica sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, ainda que isso, é claro, representaria uma árdua missão ao legislador.

Assim, conclui-se um raciocínio, que, explicado em partes isoladas, formam um conjunto ligados por um fio de lógica e do que aqui se propõe. Esse conjunto permite entender que se faz necessária a incorporação da investigação criminal defensiva ao ordenamento jurídico brasileiro. Ele servirá como um meio eficiente de estancamento dos abusos cometidos pelo Estado na persecução penal e trará uma esperança muito maior de que indivíduos provem sua inocência, como deve funcionar a justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 61.

BALDAN, Edson Luis; Azevedo, André Boiani e. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva*. Boletim do IBCCRIM, n. 137.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156. Relator: CASAGRANDE, Renato. 07 dez. 2010  
Disponível em:  
<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em:  
11 nov. 2018.

CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. *As misérias do processo penal*. Campinas: Edcamp, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Rumos da investigação no direito brasileiro*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 21.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal vol I*. Niterói: Impetus, 2011.

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

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

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MORAES, Bismael Batista de. *Direito e Polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PISAPIA, Gian Domenico. *Il segreto istruttorio nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1960.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 7, Edição Especial, nº 83, out. 1999.

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

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa, notas referentes à palestra proferida na “IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal”, realizada no município do Guarujá/SP, nos dias 06 a 09 de novembro de 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TELLES, Ney Moura. *Direito Penal Parte Geral I*. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.