

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

**O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO POLICIAL E AS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL**

ANTONIO M. DUTRA

Rio de Janeiro
2018 / 2º SEMESTRE

ANTONIO M. DUTRA

**O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO POLICIAL E AS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL**

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 César Martins Pompílio da Hora**.

**Rio de Janeiro
2018 / 2º SEMESTRE**

ANTONIO M. DUTRA

**O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO POLICIAL E AS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL**

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

D978u Dutra, Antonio M.
O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO
POLICIAL E AS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO
CRIMINAL / Antonio M. Dutra. -- Rio de Janeiro,
2018.
58 f.

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

1. Inquérito Policial. 2. Cautelares Probatórias.
3. Prova. 4. Contraditório. I. Hora, Nilo César
Martins Pompílio, orient. II. Título.

ANTONIO M. DUTRA

**O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO POLICIAL E AS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL**

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 César Martins Pompílio da Hora.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador professor Nilo, pela dedicação, paciência e compreensão, por desejar sempre o melhor para seus alunos, e principalmente por ter sido o grande responsável por atizar meu interesse pelo Processo Penal durante as aulas do curso.

À minha amada esposa Chris, pelo apoio irrestrito em todos os momentos, sobretudo os mais caóticos.

À minha mãe, por toda a ajuda e carinho ao longo de toda minha vida.

Aos Promotores de Justiça, assessores e servidores da 1ª Central de Inquéritos do Ministério Público Do Rio de Janeiro, que me acolheram tão bem e tanto me ensinaram durante meus dois anos como estagiário na 12ª Promotoria de Investigação Penal.

Ao Direito, e a todos os professores da FND, por me ajudarem a melhorar a compreensão do funcionamento do mundo, saindo de uma realidade escura de desconhecimento dos direitos básicos.

À Música de forma geral, sem a qual nada faria sentido ou teria graça.

EPÍGRAFE

“...É só mais tarde que se fica em condições de elaborar requerimentos com uma real pertinência e bem argumentados, quando durante as audições do acusado o pormenor dos artigos de acusação e o seu fundamento aparecem com mais nitidez, ou se deixam adivinhar. Nestas circunstâncias, a defesa encontra-se claramente numa situação muito desvantajosa e difícil. Mas isto é também propositado. Porque, na realidade, a lei não autoriza a defesa, tolera-a simplesmente; e a questão de saber se a alínea em causa deve ser interpretada pelo menos no sentido da tolerância, é ela própria controversa”.

- Franz Kafka em “O Processo”

ANTONIO M. DUTRA

**O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO POLICIAL E AS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL**

RESUMO

Este trabalho estuda a importância e as possibilidades de atuação do advogado em um inquérito policial, e os limites ao contraditório e ampla defesa existentes nessa fase, fazendo uma análise doutrinária sobre a validade ou não desses limites em fase de investigação pré-processual. A ênfase da pesquisa se coloca no material obtido através de medidas cautelares probatórias, analisando como a jurisprudência tem lidado com a necessidade de alguns dos requisitos, e a inevitável influência subsidiária do inquérito policial na tomada de decisões do juiz durante a fase processual. Dentro desse contexto, são analisados alguns mecanismos possíveis na proteção ao investigado. O trabalho investiga, ao final, os rumos do Projeto de Lei para o Novo Código de processo Penal, nesse contexto.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Cautelares Probatórias. Prova. Contraditório.

ANTONIO M. DUTRA

**O USO DE CAUTELARES PROBATÓRIAS NO INQUÉRITO POLICIAL E AS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINAL**

ABSTRACT

This paper studies the importance and possibilities of lawyer client-protection in a police investigation, and the limitations to contradictory and full defense in this phase, making a doctrinal analysis on whether these limitations are valid in the pre-procedural investigation phase. The emphasis of this research is on evidence that is obtained using provisional measures, examining how former court decisions have tackled the need for some of the requirements, and the unavoidable subsidiary influence of the police investigations on the judge's decisions in the procedural phase. Within this context, some possible mechanisms in the protection of the investigated are analyzed. The paper investigates, in the end, the directions taken in the legislative bill for the New Code of Criminal Procedure in this context.

Keywords: Police Investigation. Provisional Evidence-Finding Procedures. Evidence. Contradictory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I.....	13
1 - O Inquérito Policial.....	13
2 - As Provas, Em Especial As Que São Aproveitadas Na Ação Penal.....	15
3 - As Medidas Cautelares Probatórias	19
4 - As Provas Cautelares	20
PARTE II	27
1 – O Advogado no Inquérito Policial.....	27
1.1 – O Cenário	27
1.2 – As Possibilidades de Atuação.....	36
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	55
Legislação:	55
Livros:	55
Artigos e pesquisas:	57
Páginas da Internet:	58
-Outras páginas:.....	58

INTRODUÇÃO

O inquérito policial é um conjunto de procedimentos pre-processuais, de natureza sigilosa, escrita e inquisitiva, formada no intuito de apurar se existem indícios para a ingressão de uma ação penal. Portanto a função primária do inquérito é apurar a existência de indícios de materialidade e autoria que sirvam para dar início a uma ação penal. Para tanto, é possível a obtenção de provas através de medidas cautelares expedidas de ofício por juiz. Embora provas obtidas no processo em regra sirvam apenas para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, para a comprovação de indícios de autoria e materialidade do fato, algumas dessas provas, dependendo da natureza, podem vir a ser utilizadas mais adiante na própria ação penal. Conforme firmado no artigo 155 do Código de Processo Penal:

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

Existem muitas críticas com relação ao fato de que o inquérito, nos moldes atuais, não permite contraditório, e que o aproveitamento de provas obtidas nessa fase em uma posterior ação penal seria injusto para com o investigado.

A Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016 alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, introduzindo a possibilidade de advogados poderem ter acesso aos autos do inquérito, melhorando um pouco a possibilidade de defesa, embora não exatamente admitindo o contraditório de forma clara no âmbito do inquérito.

A questão de se é necessário ou não haver pleno contraditório ainda na fase do inquérito policial, por se tratar de assunto à parte, será abordada superficialmente apenas dentro do contexto das formas possíveis de contestação ou proteção quanto às medidas cautelares probatórias, assunto abordado por esse estudo.

A pesquisa pretende inicialmente identificar o uso das cautelares probatórias dentro do âmbito dos inquéritos policiais, limitando-se ao estado do Rio de Janeiro, realizados pela polícia civil em conjunto com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. De que forma essas

medidas funcionam quando dentro da lei, e de que forma podem extrapolar sua função, ultrapassando os direitos do investigado? Serão estudadas as possíveis formas de atuação do advogado dentro do inquérito, tendo como foco específico a possibilidade de resposta ou preparo para enfrentamento de cautelares probatórias.

Dentro desse contexto, determinar e explorar o uso de medidas jurídicas preventivas possíveis na proteção ao investigado com relação a estas medidas cautelares probatórias ainda dentro do âmbito do inquérito policial e eventuais abusos.

Analisar as possibilidades e verificar dentro dos limites ao contraditório existentes em um inquérito policial, se é possível a proteção preventiva a cautelares probatórias de caráter investigativo, levando em conta que as provas obtidas dessa forma podem eventualmente serem usadas em ação penal.

Explorar alguns dos possíveis rumos futuros dentro das alterações previstas nas últimas versões propostas para o PL-8045/2010, o Novo Código de Processo Penal.

O uso das medidas cautelares probatórias, embora justificadamente necessário na prevenção e investigação de condutas criminosas, pode ser extrapolado e transgredir direitos do investigado, sobretudo levando em conta que as provas obtidas dessa forma podem eventualmente ser usadas em ação penal posterior. Sabendo-se que o inquérito policial é uma peça pré-processual, em que o sigilo da investigação muitas vezes se faz necessário para o deslinde dos indícios de autoria ou materialidade do crime, e que, portanto, não é terreno em que se manifeste espontaneamente ferramentas para o contraditório, é de interesse saber o grau de proteção possível que o advogado criminal pode conferir ao investigado quanto ao uso de medidas cautelares visando a obtenção de provas.

O Direito tem, por característica, se moldar aos tempos e necessidades, adaptando-se conforme entendimentos mudam. Nos últimos dois anos temos visto uma série de ações da polícia e da justiça visando investigar e coibir de forma mais eficiente e rápida o crescente aumento do crime organizado no país. É de interesse compreender como determinadas práticas tem funcionado ao longo desse tempo, como tem se modificado, e qual a tendência em um futuro próximo, inclusive com promessas de mudança vindas por novos governantes eleitos. O

Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, aguardado há muitos anos, traz tanto mudanças que já passaram por extensos debates no meio jurídico quanto alterações que vem ocorrendo com mudanças de entendimento recente e que ainda estão sendo debatidas, como é o exemplo da prisão em segunda instância. Embora fuja do escopo deste trabalho uma visão mais detalhada de todas as possibilidades do objeto da pesquisa dentro do ambiente ainda incerto do Novo Código de Processo Penal, uma visão geral embasada no estado atual do projeto será abordada.

PARTE I

1 - O Inquérito Policial

O inquérito policial não é um processo judicial. Sua natureza jurídica é de procedimento administrativo. Fernando da Costa Tourinho Filho define este procedimento como “um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP), visando a elucidar infrações penais e sua autoria” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 240). No inquérito policial não há exercício do direito de ação e nem atividade jurisdicional. Esse procedimento administrativo está a cargo da polícia judiciária.

Por ser um procedimento administrativo, os atos do inquérito policial só serão válidos se obedecerem aos pressupostos de validade do ato administrativo, que são: forma, competência, finalidade, objeto e motivação. Trocando em miúdos, é necessário que a autoridade policial respeite à forma prescrita, que não é livre. É necessário que a autoridade tenha competência para desempenhar aquele ato, portanto atos assinados por personagens sem competência não serão válidos. A necessidade de finalidade, objeto e motivação evita que a máquina investigativa policial seja utilizada sem fins claros e motivados, de interesse público.

Sobre esse assunto, é relevante mencionar o veto ao parágrafo 3º do artigo 2º da Lei nº 12.830 de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Determinava o referido parágrafo:

“§ 3º O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”.

Os motivos do veto se fundaram exatamente na ideia de que a autoridade policial, representada na figura do delegado de polícia, não possui autonomia investigativa absoluta, sofrendo por exemplo controle externo conforme previsto constitucionalmente, sobretudo no que diz respeito a diligências requisitadas pelo titular da ação penal (PACELLI, 2017, p. 43). Eis as razões do veto na íntegra:

“Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas

É interessante observar, que dentro de um inquérito muitas vezes as peças são copiadas, e simplesmente assinadas pela autoridade competente. Por exemplo, não é incomum ver um resumo de declarações se tornar “informação sobre a investigação” assinada por um investigador policial, e posteriormente a mesma peça aparecer com pouca mudança como “relatório final” assinada pelo delegado. Isso acontece porque apenas o delegado é competente para assinar o relatório final, e o volume de inquéritos é muito grande. Além disso existe pouco pessoal, e muitas vezes as situações se repetem. Entretanto, ao assinar a peça, mesmo que idêntica a uma peça anterior feita por um investigador, o delegado assume a responsabilidade por aquele ato.

De fato, já tive a oportunidade de atuar como estagiário da 1ª Central de Inquéritos do Ministério Público do Rio de Janeiro, e todo dia há um vai e vem de policiais carregando pilhas e pilhas de inquéritos dos carros de polícia para a Central de Inquéritos, onde eventualmente muitas dessas pilhas são temporariamente armazenadas nas salinhas dos promotores, em armários, e às vezes até pelos corredores, para serem analisados às pressas por estagiários, assessores e promotores, com o intuito de arquivá-los, denunciá-los ou enviá-los de volta para as delegacias antes que mais pilhas de inquérito cheguem alguns dias depois e abarroteem ainda mais o ambiente. O volume de inquéritos é grande, e o tempo para ler cada um deles de forma detalhada escasso. Dessa forma, a padronização na forma de descrição dos fatos e nos despachos internos é necessária e desejável. Daí surge muitas vezes a repetição de textos dentro dos autos.

Existem algumas formas de um inquérito iniciar. O art. 5º do Código de Processo Penal prevê, em seu inciso I, que o delegado de polícia pode, ao tomar conhecimento do fato criminoso, determinar de ofício a instauração do inquérito policial.

Entretanto, a forma mais comum de instauração de um inquérito é por provocação da vítima, através da chamada notícia-crime, que é o ato da vítima de levar ao conhecimento da autoridade policial a prática de uma conduta típica, ilícita e culpável. Está prevista no art. 5º, II do Código de Processo Penal.

Também é possível a instauração do inquérito por notícia crime de qualquer pessoa que tenha interesse. Quando os crimes têm ação penal de natureza pública incondicionada, mesmo que a vítima não queira, uma terceira pessoa pode fazer notícia-crime dando início ao inquérito, e está no art. 5º, §3º do Código de Processo Penal.

O Ministério Público também pode ser destinatário de uma notícia-crime (art. 27 do CPP), podendo então requisitar que a polícia instaure um inquérito para apurar.

O procedimento a ser seguido, uma vez que a autoridade policial tenha conhecimento do crime, está descrito no artigo 6º do Código de Processo Penal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

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

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

De especial interesse para o trabalho são os incisos do artigo mencionado que dizem respeito à colheita de provas e realização exames periciais de natureza imediata.

2 - As Provas, Em Especial As Que São Aproveitadas Na Ação Penal

Prova é aquilo que se usa para atestar a veracidade de uma afirmação.

Como nos lembra Afrânio Silva Jardim, “a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do acusado, motivo pelo que, antes mesmo do legislador ordinário, deve a Constituição Federal inadmitir expressamente qualquer ação penal que não venha lastreada em um suporte probatório mínimo” (JARDIM, 1986, p. 147).

A palavra prova vem do latim *probatio* e significa ensaio, verificação, e deriva do verbo *probare*, que vem de *probus*, que por sua vez quer dizer reto, bom, assim, o que resta provado é aquilo que é bom, é reto, é correto [HENRIQUE, 2003, p. 156.].

Segundo Fernando Capez, prova “é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros destinados a levar o magistrado à convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação” [CAPEZ, 2006, p. 282.].

No processo, prova seria o conjunto de atividades realizadas na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. Em outro sentido, prova pode ser definida como resultado da atividade probatória, sendo a convicção do magistrado sobre os fatos alegados em juízo. Pode-se, ainda, identificar prova com o meio de prova em si mesmo, por exemplo, prova pericial ou prova documental [HENRIQUE, 2003, p. 157-159.].

Alguns fatos independem de prova. São os fatos axiomáticos, intuitivos ou evidentes; os fatos notórios; as presunções legais; e, os fatos inúteis. Os primeiros são os fatos evidentes cujo grau de certeza não carece de prova. Os fatos notórios são os fatos de conhecimento da sociedade em geral. As presunções legais são conclusões que a lei já estabelece como certas. Já os fatos inúteis são aqueles irrelevantes na apuração da verdade e que não influenciam na formação do convencimento do juiz. Todos os outros fatos devem ser provados, inclusive o fato incontroverso, pois, diferentemente do que ocorre no processo civil, em que prevalece o princípio da verdade processual ou formal, no processo penal o juiz não está adstrito às alegações das partes, mesmo que convergentes, prevalecendo a busca pela verdade real. A verdade real consistiria na reconstrução histórica dos fatos tal como efetivamente aconteceram. Parte da doutrina moderna critica esta divisão entre verdade real e verdade formal, afirmando que a verdade real não pode ser atingida, e que o processo consiste, na verdade, na construção de dados segundo o material probatório desenvolvido.

A doutrina cita três espécies de sistemas de apreciação da prova:

- a) sistema legal, da verdade formal ou sistema tarifado, o qual a própria lei valora as provas sendo que uma possui mais ou menos valor que a outra, estando o magistrado adstrito ao valor da prova prefixado pela legislação, não tendo ele discricionariedade para apreciá-la;
- b) sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, no qual o juiz julga segundo sua íntima convicção não interessando os critérios utilizados por ele para decidir; este sistema existe entre nós, como exceção, nos julgamentos do Tribunal do Júri; e,
- c) sistema da livre convicção motivada, da verdade real, do livre convencimento motivado ou da persuasão racional; neste sistema o magistrado é livre para decidir segundo seu convencimento, desde que fundamentadamente, não estando adstrito a valores probatórios prefixados pela lei.

No Brasil, o legislador processual penal adotou o sistema da livre convicção motivada. As provas possuem valor relativo e não são valoradas pela lei. Hoje, prevalece entendimento de que as provas possuem *valor relativo* e nem mesmo a confissão do acusado tem o condão de condená-lo se estiver destoante das demais provas produzidas no processo.

As espécies de prova listadas no Código de Processo Penal do artigo 158 ao 239 são meramente exemplificativas, sendo as principais espécies de prova subdivididas no Código de Processo Penal em três blocos distintos, a testemunhal, a documental e a pericial. Entretanto,

Lembrando, o art. 155 do Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei n. 11.690/08 estabelece que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”:

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

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

A alteração observou os entendimentos mais modernos da doutrina e decisões do STF e do STJ, no sentido de não permitir que provas obtidas no inquérito, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, pudessem servir de base para uma sentença penal. A versão anterior do artigo continha apenas a redação do parágrafo único (TRIGUEIROS NETO, 2009 p. 112 - 113). Com relação às exceções suscitadas *in fine* no *caput* do artigo já alterado, cabe aqui diferenciar brevemente entre o que seriam as provas cautelares, as não repetíveis, e as antecipadas.

A prova cautelar é aquela que, por existir risco de desaparecer antes que a investigação ou processo siga seu curso natural, deve ser produzida antes do processo principal em juízo. Depende de autorização judicial, e tem seu contraditório postergado. Por se tratar exatamente de parte do objeto dessa pesquisa, examinaremos esse tipo de prova mais demoradamente adiante.

A prova não repetível é aquela obtida ainda na fase do inquérito policial, que devido a sua natureza, não pode ser repetida na fase judicial. Não dependem de autorização judicial. Embora diga respeito às peças de informação produzidas para fins investigativos, a Lei nº 12.830 de 2013 estabeleceu em seu artigo 2º, § 2º:

“§ 2o Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”.

Exames periciais como o Exame de Local do Crime e o Exame de Corpo de Delito são bons exemplos de provas não repetíveis. No primeiro caso não há como garantir que a cena do crime não seja contaminada se não for examinada imediatamente, e no segundo caso lesões se curam e desaparecem com o tempo, tornando materialmente impossível a repetição.

A prova antecipada guarda todas as propriedades da prova processual, inclusive com a observância do contraditório pleno e real, mas é produzida antes do seu momento oportuno por algum motivo urgente. Em artigo retirado da Revista de Direito da Polícia Judiciária, Jaime Pimentel Júnior exemplifica:

*Um exemplo de prova antecipada é o chamado depoimento **ad perpetuam rei memoriam**, consistente na oitiva antecipada de testemunha que poderá não sobreviver para ser ouvida posteriormente na etapa judicial que está previsto no artigo 225 do Código de Processo Penal, ou até mesmo, pela ausência do acusado que já fora citado por edital e não comparece a audiência, decorrendo a suspensão do processo, mas possibilitando-se a produção antecipada de provas consideradas*

urgentes, conforme previsão contida no artigo 366 do Código de Processo Penal (JÚNIOR, 2017, P. 18).

Como é possível observar, a prova antecipada é a única que permite o contraditório pleno e real, sendo produzida na presença do Juiz de Direito e com possibilidade de pronta manifestação da defesa e da acusação. No caso da prova não repetível e da prova cautelar o contraditório pleno é diferido, pois se dá em momento posterior.

No inquérito, essas provas servem como elementos informativos que serão usados para que o titular da ação penal forme a sua convicção com relação à materialidade e titularidade do delito. Caso seja apresentada uma denúncia, podem ser aproveitadas na fase processual.

Na fase processual, o magistrado, depois de apreciada a prova, formará então sua convicção, fundamentada, sob pena de nulidade, conforme inciso IX do art. 93 da Constituição da República de 1988:

“IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

3 - As Medidas Cautelares Probatórias

Medida cautelar é o termo usado no Direito para descrever o procedimento judicial usado para proteger, prevenir, defender, conservar, ou assegurar a eficácia de um direito. A medida cautelar no processo penal pressupõe a existência de dois requisitos específicos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Em bom português, seriam respectivamente “a fumaça do bom direito” e “o perigo na demora”. O primeiro requisito, “a fumaça do bom direito”, é quando tudo leva a crer que o pedido é plausível, e baseado na probabilidade de que a pretensão será eventualmente deferida mais adiante. O segundo, “o perigo na demora”, é de extrema importância para a concessão da cautelar por vislumbrar o perigo de dano próximo ou iminente ao objeto do pedido caso não seja tomada a medida de urgência.

Existem uma série de medidas cautelares, e não cabe ao propósito deste trabalho falar sobre cada possibilidade. Mantendo o foco dentro do objeto desta pesquisa, necessário apenas

lembrar que medidas cautelares podem ser pessoais, assecuratórias e probatórias, e uma síntese rasteira de cada tipo a seguir. Estas medidas estão previstas não apenas no Código de Processo Penal, mas também em leis extravagantes (a interceptação telefônica, por exemplo, aparece no art. 5^a, XII, da Constituição República e na Lei 9.296/96.), sendo que estas só serão mencionadas mais adiante dentro do foco da pesquisa.

As medidas cautelares pessoais são aquelas que incidem sobre a pessoa, e mais especificamente sobre a sua liberdade. Envolvem principalmente a prisão para fins de extradição, prisão temporária, prisão preventiva, prisão em flagrante e medidas cautelares diversas da prisão – como por exemplo comparecimento periódico em juízo ou proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. No Código de Processo Penal estão firmadas do artigo 282 ao 320.

As medidas cautelares assecuratórias são medidas cautelares patrimoniais, lidando com bens móveis ou imóveis, e são aquelas que envolvem a garantia de ressarcimento futuro do dano causado pelo delito. Entre elas estão o sequestro, arresto, e a hipoteca legal. No Código de Processo Penal estão listadas do artigo 125 ao 144-A.

As medidas cautelares probatórias são aquelas que são utilizadas para obter provas reconhecimento de pessoa, busca e apreensão, além das hipóteses de afastamento das inviolabilidades pessoais por força de disposições constitucionais – interceptações telefônicas, gravações ambientais, sigilo bancário, e outras. Estão previstas em vários lugares do CPP, na Constituição Federal, e em legislação extravagante.

4 - As Provas Cautelares

Embora provas cautelares possam ser obtidas tanto na fase investigatória quanto durante a fase processual, as provas que interessam ao escopo deste trabalho são apenas aquelas obtidas ainda em fase inquisitorial, ou seja, pré-processual, em forma de medida cautelar. Conforme já vimos antes, o artigo 155 do Código de Processo Penal as inclui no rol de elementos informativos que embora colhidos ainda na fase de investigação poderão excepcionalmente formar a convicção do juiz e fundamentar sua decisão.

Tais provas, segundo a definição de Renato Brasileiro de Lima:

“são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido.” (LIMA, 2017, p. 521).

Ou seja, se não forem produzidas logo perdem sua razão de produção. É importante ressaltar a necessidade da autorização judicial para tal medida.

Vejam os casos da obtenção de provas através da busca e apreensão, que é uma das formas mais comuns de medidas cautelares probatórias. Conforme explica Tourinho Filho:

*“A busca e apreensão dos instrumentos do crime e de outros objetos que interessarem à prova poderá ser levada a efeito ou no próprio **locus delicti**, ou em domicílio, ou até mesmo na própria pessoa. Quanto à busca e apreensão no **locus delicti**, não haverá maior dificuldade para o encarregado dessa tarefa; já no caso de busca domiciliar ou mesmo pessoal, o assunto merece maior exame”* (TOURINHO FILHO, 2010, p. 293).

Interessante, portanto, observar o que dispõe o Código de Processo Penal, sugerindo que se o próprio Delegado ou Juiz realizar a diligência não haverá necessidade de mandado:

“Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”.

Entretanto, tal liberalidade, oriunda do texto original do CPP de 1941, não foi recepcionada pelo texto constitucional. De fato, assegura o artigo 5º de nossa Constituição Federal (grifo meu):

*“XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, **por determinação judicial**”;*

Ou seja, em caso de busca e apreensão domiciliar, o mandado é sempre necessário, salvo nos casos previstos no dispositivo constitucional – consentimento do morador, flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro. O problema pode surgir no que diz respeito à interpretação específica dessas exceções. Por exemplo, existe jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitindo que *“não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima”* (STF, 2ª Turma, HC 90.178/RJ, Rei. Min. Cezar Peluso, j.

02/02/2010, DJe 55 25/03/2010). E recentemente, já em dezembro de 2017, o STJ autorizou busca e apreensão domiciliar sem mandado por policiais que alegaram sentir forte cheiro de maconha vindo da residência, com voto citando vários outros julgados, conforme transcrito a seguir:

HABEAS CORPUS Nº 423.838 - SP (2017/0288916-6) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE : OTAVIO FANTONI CONSTANTINO ADVOGADO : OTÁVIO FANTONI CONSTANTINO - SP374528 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : DEREK ARAUJO DOS SANTOS FURTADO (PRESO) PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE ILEGALIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME PERMANENTE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK (286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME. Ordem denegada. DECISÃO Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Derek Araujo dos Santos Furtado, no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, no dia 14/8/2017, pela suposta prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, por manter em depósito 667 porções de crack (286,14 g), 1.605 invólucros de maconha (6.731,81 g), 1.244 invólucros de cocaína (1.533,23 g) e 35 frascos de lança-perfume. A prisão foi convertida em preventiva no dia 15/8/2017 (Processo n. 0001551-81.2017.8.26.0628, em curso na 1ª Vara Judicial da comarca de Embu das Artes/SP fls. 20/25). Em sede de habeas corpus, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo denegou a ordem no HC n. 2174503-73.2017.8.26.0000. Esta, a ementa do julgado (fl. 53): ENTORPECENTES. Tráfico (art. 33, caput, c.c. o art. 40, III, ambos da Lei n. 11.343/2006). Busca domiciliar. Mandado judicial. Desnecessidade. Crime permanente. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Existência de prova da materialidade da infração e de indícios suficientes de autoria. Prisão decretada por decisão suficientemente fundamentada. Presença dos requisitos da custódia cautelar. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. No presente writ, sustenta-se a ilegalidade da prisão em flagrante por ter desrespeitado direito fundamental, qual seja, a inviolabilidade de domicílio, previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal. Requer-se, assim, o relaxamento da prisão do paciente, bem como seja declarada ilícita a busca e apreensão realizada em sua residência. Estes autos foram a mim distribuídos por prevenção do HC n. 415.992/SP, indeferido liminarmente por aplicação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 74/75). Parecer ministerial opinando pelo não conhecimento do writ (fls. 116/121). É o relatório. A defesa requer seja declarada ilícita a busca e apreensão realizada e aduz que os policiais adentraram na residência do paciente sem autorização e, ainda, que é inexistente situação de flagrante. Consequentemente, pede o relaxamento da prisão do paciente ou a concessão da prisão domiciliar. Razão não assiste ao impetrante quanto à alegação de terem os policiais entrado em sua residência sem a devida autorização, uma vez que [...] em se tratando de crimes permanentes, é despicienda a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo permitido à autoridade policial ingressar no interior de domicílio em decorrência do estado de flagrância, não estando caracterizada a ilicitude da prova obtida [...] (AgRg no AREsp n. 504.226/PR, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 20/10/2015) E, no presente caso, pelo que consta do acórdão hostilizado, os policiais abordaram o paciente na rua, mas como ele estava sem os documentos, dirigiram-se à sua residência, localizada em local próximo. Confira-se o julgado (fl. 56): [...] E, no caso, nos limites em que podem ser analisadas as provas até então colhidas, não se vislumbra ilegalidade na atuação dos policiais, visto que eles foram unânimes ao afirmar que abordaram o paciente na rua e, como ele estava sem documentos, dirigiram-se à sua residência, localizada nas proximidades, tendo um

deles declarado que tiveram a entrada franqueada. Foram unânimes em afirmar, também, que, ao adentrarem a residência, sentiram forte odor de maconha, e tal circunstância, somada ao nervosismo apresentado pelo paciente, foi a razão pela qual realizaram busca no imóvel, onde apreenderam grande quantidade de substâncias entorpecentes. Logo, existiram fundadas razões a justificar a atitude dos policiais. [...] Diante disso, não há ilegalidade na hipótese dos autos. Nesse sentido: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE, POR INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO. CRIME PERMANENTE. FUNDADAS RAZÕES PARA A ENTRADA FORÇADA NO DOMICÍLIO. PRETENSÃO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - Tratando-se o delito de tráfico de entorpecentes, nas modalidades "ter em depósito" ou "guardar", de crime permanente, mostra-se prescindível o mandado judicial em caso de flagrante delito (precedentes). II - apreciando o tema em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, consolidou o Supremo Tribunal Federal a tese de que se mostra possível a entrada em domicílio sem mandado judicial em caso de crime permanente, ressaltando-se apenas a necessidade de controle judicial para evitar eventuais arbitrariedades e possibilitando-se, ainda, a responsabilização disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e ainda, eventualmente, o reconhecimento de nulidade dos atos praticados (RE 603.616/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/05/2016) III - Em outras palavras, o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, sendo permitida a entrada em domicílio independentemente do horário ou da existência de mandado, quando amparada em fundadas razões que a justifiquem, e sem prejuízo do controle judicial feito a posteriori. IV - Na hipótese, extrai-se do acórdão atacado que os policiais dirigiram-se até o local dos fatos para averiguação, e diante do nervosismo demonstrado pelos acusados, do intenso odor do entorpecente sentido, e após a admissão pelo próprio paciente de que possuiria uma estufa para a produção de entorpecentes, é que decidiram adentrar a residência, lá encontrando os itens descritos no auto de exibição e apreensão. V - No caso, portanto, não se vislumbra qualquer desrespeito ao que foi decidido pela Suprema Corte no RE 603.616/TO, sendo certo que infirmar o que foi consignado pelas instâncias ordinárias, a fim de demonstrar que a atuação dos policiais teria ocorrido de forma diversa, revela-se como procedimento flagrantemente incompatível com a via estreita do habeas corpus, haja vista o impreterível revolvimento do material fático-probatório dos autos (precedentes). Habeas corpus não conhecido. (HC n. 378.323/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 25/4/2017). AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. REGIME PRISIONAL GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência. 2. A jurisprudência desse Sodalício se sedimentou no sentido de que a elevada quantidade de entorpecentes tem o condão de caracterizar que o indivíduo se dedica a atividades ilícitas e integra organização criminosa, não podendo ser beneficiado com a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. Na hipótese dos autos, o expressivo quantum de entorpecentes apreendidos em poder do acusado (2.526,08 g de maconha) constitui circunstância hábil a caracterizar a sua participação em atividades de organização criminosa, impedindo a incidência da causa especial de diminuição da pena. 4. Embora os dispositivos legais que impunham vedação de fixação de regime prisional diverso do fechado tenham sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, por

violarem o princípio da individualização da pena, na espécie, a despeito de o quantum da reprimenda definitiva imposta possibilitar a fixação do regime semiaberto, é certo que as circunstâncias concretas do delito, inclusive pela não incidência da minorante de pena devido à elevada quantidade de entorpecentes, justificam o resgate inicial da reprimenda no modo fechado. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.637.287/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10/5/2017). HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILEGALIDADE DA PROVA QUE SUBSIDIA A DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO. INVIABILIDADE. HIPÓTESE DE FLAGRÂNCIA. CRIMES PERMANENTES. TRÁFICO NA MODALIDADE "TER EM DEPÓSITO". SITUAÇÃO ALBERGADA PELO ART. 5º, XI, DA CF. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. O crime de tráfico de drogas, na modalidade "ter em depósito" é crime permanente, razão pela qual o estado de flagrância se protraí no tempo. 3. Nesse contexto, estando o paciente em situação de flagrância, situação albergada pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, não há se falar em violação de domicílio, razão pela qual a prova derivada da referida diligência se revela lícita e apta a subsidiar a denúncia. [...] 5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 353.452/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Dje 10/8/2016) PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO. OFENSA AO ART. 240, § 1º, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO CARACTERIZADA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO NÃO SUPERIOR A 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. OFENSA À PROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INDÍCIOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA E NA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 44, I, CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF. [...] 8. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 352.811/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 1º/8/2016) [...] E isso porque o paciente foi preso em flagrante em contexto que, pela quantidade, diversidade e forma de acondicionamento, se podia perfeitamente presumir que os entorpecentes se destinavam ao comércio ilegal. Na residência do paciente foram encontradas, ainda, diversas embalagens vazias de drogas, bem como anotações e contabilidade do tráfico. Além disso, ao ser indagado por ocasião flagrante, o paciente admitiu aos policiais militares que era o "gerente" do tráfico nas ruas Flamengo e Santana do Parnaíba. Portanto, estão presentes os pressupostos da prisão cautelar, tendo em vista que a prova até aqui produzida, nos limites em que ela pode ser examinada no âmbito estreito do habeas corpus, indica o envolvimento do paciente na disseminação de drogas. Trata-se de atividade nefasta, que deve ser

coibida com rigor, de modo que é cabível, no caso, a custódia preventiva, para garantia da ordem pública. [...] Em relação ao pleito de relaxamento da prisão, em face da ilegalidade pela suposta invasão de domicílio, tal pedido fica prejudicado, uma vez que não houve constrangimento ilegal na hipótese em análise. Ainda que assim não fosse, vê-se dos autos que [...] Na residência do paciente foram encontradas, ainda, diversas embalagens vazias de drogas, bem como anotações e contabilidade do tráfico. Além disso, ao ser indagado por ocasião flagrante, o paciente admitiu aos policiais militares que era o "gerente" do tráfico nas ruas Flamengo e Santana do Parnaíba [...], motivação suficiente e idônea para a custódia cautelar. Ante o exposto, denego a ordem. Publique-se. Brasília, 13 de dezembro de 2017. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator

(STJ - HC: 423838 SP 2017/0288916-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 18/12/2017)

Em um uma síntese bem rasa do entendimento que se pode depreender desses julgados, atualmente é possível o aproveitamento de provas obtidas ainda na fase inquisitorial, em uma diligência de busca e apreensão **sem mandado**, em ação penal posterior, desde que fundadas em convicção policial de que ali está sendo cometido crime permanente.

De outra forma, os requisitos para o mandado são aqueles decretados no artigo 243 do CPP:

“Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”.

Entretanto, existem duas espécies de busca e apreensão, como se pode depreender do caput do art. 240 do CPP, a busca e apreensão domiciliar e a pessoal. No que diz respeito à busca e apreensão pessoal, o CPP afirma:

“Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

Para Renato Brasileiro, a busca pessoal envolve buscas no próprio corpo da pessoa, em roupas e adereços que estiver usando, e em objetos que estejam em sua posse. Aliás, pode até

compreender veículos, desde que não esteja sendo usado como habitação, como é o caso de trailers. Segundo ele, ainda pode ser dividida em duas subespécies:

“a) busca pessoal por razões de segurança: é aquela realizada em festas, boates, aeroportos, rodoviárias, etc. Essa espécie de busca pessoal não está regulamentada pelo Código de Processo Penal, devendo ser executada de maneira razoável e sem expor as pessoas a constrangimento ou à humilhação. Sua execução tem natureza contratual, ou seja, caso a pessoa não se submeta à medida, não poderá se valer do serviço ofertado nem tampouco frequentar o estabelecimento; b) busca pessoal de natureza processual penal: regulamentada pelo art. 244 do CPP, deve ser determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro elemento de convicção” (LIMA, 2017, p. 689).

Em ambos os casos, de qualquer forma, esse tipo de busca está isento da necessidade de mandado. Ressalvando-se, claro, eventuais abusos na interpretação elástica do termo “fundada suspeita”, que eventualmente podem configurar crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 3º, “a”).

*“Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
a) à liberdade de locomoção”*

Existem outras medidas cautelares probatórias além da busca e apreensão. A quebra de sigilo bancário, a escuta ambiental, a escuta telefônica, quebra de dados na internet, e outros similares são exemplos que envolvem o afastamento das inviolabilidades pessoais por força de disposições constitucionais.

No Manual de Atuação Funcional das Promotorias de Justiça de Investigação Penal do Ministério Público do Rio de Janeiro, disponível na intranet do Ministério Público para os membros do órgão, inclusive os estagiários, as orientações para requerimentos de medidas cautelares são:

Nos requerimentos de mandado de busca e apreensão, de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, telemáticos etc, manifestar-se de forma fundamentada, demonstrando a imprescindibilidade da diligência em face do conteúdo e do objetivo da investigação.

Requerer a adoção de medidas com o objetivo de impedir que terceiros, ressalvadas as prerrogativas profissionais, tenham acesso aos documentos e aos dados sigilosos obtidos.

PARTE II

1 – O Advogado no Inquérito Policial

1.1 – O Cenário

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, é resguardado e explicitamente mencionado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, conforme vemos a seguir:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Não há como não existir conflito entre esse princípio e o sistema geral da persecução penal, ainda mais levando em conta a fase de investigação precedendo e muitas vezes embasando e fundamentando o processo.

Não se pode, entretanto, negar a existência de dispositivos também constitucionais que protegem as atividades de persecução e investigação penal (art. 144 e art. 129, I e VIII, ambos da CRFB/88), mesmo mantendo-se em estado de tensão constante com o princípio da não culpabilidade (ou, da inocência). É necessário, obviamente, que as circunstâncias demonstrem o equilíbrio entre essas forças e os riscos ao regular exercício tanto da investigação quanto das medidas cautelares dentro e fora da ação penal. É possível conceber inúmeras situações em que a investigação e a medida cautelar probatória só funcionam com o auxílio do sigilo e do elemento surpresa.

Para levar o debate para o campo da prática, podemos citar como exemplo uma escuta telefônica em que os suspeitos saibam estarem sendo gravados. Será que essa escuta revelará alguma informação sobre os fatos investigados que não poderia simplesmente ser obtida através de uma declaração? Embora seja possível que em certos tipos de inquéritos o investigado, devido ao teor emocional da infração, não ligue para o fato de estar sendo gravado, na maior parte das vezes o mais provável é que essa escuta não teria qualquer utilidade para elucidar os

fatos ou ser usada posteriormente como prova. Em outro exemplo, alguém que realmente seja culpado do crime pelo qual é investigado deixaria as provas que o incriminam em seu domicílio se fosse avisado com antecedência que uma busca e apreensão seria realizada em sua residência? Além disso, uma medida cautelar probatória que não ocorra em caráter de urgência deixa de ser uma medida cautelar.

E, para complementar de forma direta, nas palavras de Tourinho Filho:

“Mesmo no processo de tipo acusatório, como o nosso, não falta quem deseje estender tal regra à fase pré-processual, fase das investigações policiais. Entretanto, se isso ocorresse, a ação persecutória do Estado seria reduzida sensivelmente, e dificilmente vingariam as ações penais” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 75).

Entre as características previstas ao procedimento administrativo do inquérito policial, além de ser inquisitivo (como o próprio nome sugere) e seguir a forma escrita (art. 9º do CPP), está o fato de ser sigiloso, como prescrito no art. 20 do Código de Processo Penal:

“Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Como pensar em ampla defesa e direito ao contraditório, ou no princípio da inocência, e assegurar também o dever de atividade estatal de persecução e investigação penal dentro das características necessárias para o seu funcionamento dentro do sistema vigente? É possível manter a garantia do devido processo legal nesse sistema?

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, ainda que de forma diferida e restrita, a garantia do contraditório deve estar presente no inquérito policial:

“À luz do art. 5o, inciso LV, da Constituição Federal, e em estrita harmonia com uma tendência crescente de jurisdicionalização do processo administrativo, assim compreendida a inserção das garantias do devido processo legal no âmbito processual administrativo, a garantia do contraditório deve, sim, ser inserida na investigação criminal, ainda que de maneira diferida e restrita, dando-se ciência ao investigado - e a seu defensor - exclusivamente dos elementos informativos documentados, resguardando-se, logicamente, o sigilo quanto aos atos investigatórios ainda em andamento, tanto na deliberação quanto na sua prática, quando o direito à informação inerente ao contraditório puder colocar em risco a própria eficácia da diligência investigatória (Lei n. 8.906/94, art. 7o, §11, incluído pela Lei n. 13.245/16)” (LIMA, 2017, p. 44).

Seguindo essa linha de raciocínio, a importância desses elementos na Teoria das Provas é sublinhada por Eugênio Pacelli da seguinte forma:

“...o contraditório e a ampla defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado” (PACELLI, 2017, p. 175).

Emerson Silva Barbosa, Delegado de Polícia Federal e Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires, em artigo para a Revista Eletrônica "Sistema Penal & Violência", da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS intitulado "O Devido Processo Penal E As Garantias Do Contraditório E Da Ampla Defesa No Inquérito Policial", sustenta que, “*não havendo risco para coleta da prova*”, o investigado deve “*ser inquirido e informado sobre o fato o quanto antes, a fim de que possa esclarecê-lo*” (BARBOSA, 2011, p. 83). O artigo bem resume o conflito entre o direito à ampla defesa e ao contraditório no inquérito e a atividade estatal investigatória da seguinte forma:

“É que a prerrogativa funcional do defensor não pode obstar, por sua vez, a atividade estatal de persecução penal que restaria inviabilizada caso o investigado tivesse conhecimento prévio da opção de medida de natureza probatória a ser adotada pela polícia judiciária e, assim, pudesse se antecipar a ela” (BARBOSA, 2011, p. 86).

Conclui, entretanto, que:

“Em verdade, somente teremos uma investigação verdadeiramente garantista quando vencermos a resistência à aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial, bem como entendermos que a atividade probatória da polícia judiciária, como antecipação da atividade jurisdicional, não se dirige apenas para o acusador, mas a busca da verdade como preocupação primeira da justiça” (BARBOSA, 2011, p. 86).

Com relação ao contraditório, explica Renato Brasileiro de Lima:

*“Quando estamos diante de medidas cautelares **inaudita altera parte**, a parte contrária só poderá contradita-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina de contraditório diferido, postergado ou adiado. O contraditório diferido (ou sobre a prova) pode ser compreendido como o reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Não se confunde com o contraditório real (ou para a prova), que demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção ocorra na presença do órgão julgador e das partes” (LIMA, 2017, p. 521).*

Ou seja, existe contraditório, embora não o real, e sim o diferido, ocorrendo apenas após a concretização da obtenção das provas.

Cabe, entretanto, lembrar aqui o Princípio do Contraditório, tão caro ao Processo Penal e consolidado em dois incisos do artigo 5º da nossa Carta Maior:

*“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*

Para Tourinho Filho, a Constituição não está se referindo ao inquérito policial nesse dispositivo ao mencionar “processo administrativo”:

“Não obstante a Magna Carta disponha no art. 5º, LV, que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o certo é que a expressão “processo administrativo” não se refere à fase do inquérito policial, e sim ao processo instaurado pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, mesmo porque, nesses casos, haverá a possibilidade da aplicação de uma sanção: punição administrativa, decretação de perdimento de bens, multas por infração de trânsito, por exemplo” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 76).

Renato Brasileiro Lima apresenta as razões, de parte da doutrina, contrárias no que diz respeito à interpretação restritiva do direito previsto no inciso LV do art. 5º da CRFB/88 (grifo nosso) quanto à expressão processo administrativo abranger as investigações preliminares:

*“O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal não pode ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão processo administrativo ali utilizada não abrange as investigações preliminares, que têm natureza jurídica de procedimento administrativo, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar acusados, e não investigados ou indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual. O simples fato de figurar como suposto autor ou participe da infração penal em uma investigação criminal, por si só, já deve ser tratada como uma imputação em sentido amplo, **porquanto o investigado fica sujeito a uma série de medidas coercitivas já na fase investigatória, como, por exemplo, medidas cautelares pessoais, patrimoniais, diligências policiais, etc. Logo, com o objetivo de se extrair a máxima eficácia do referido dispositivo constitucional, o ideal é concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo**” (LIMA, 2017, p. 43).*

Entretanto, no mesmo livro mais adiante, na mesma esteira de Tourinho Filho, argumenta que o inquérito não é um processo administrativo e sim um “procedimento de natureza administrativa”:

“...trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes stricto sensu, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa” (LIMA, 2017, p. 46).

Embora Renato Brasileiro Lima afirme que sua posição com relação ao inquérito policial é que a investigação preliminar é procedimento inquisitorial sem exigência possível do contraditório e da ampla defesa, acredita que isso é compensado por “mecanismos legislativos tendentes a evitar que o juiz julgue a imputação valendo-se exclusivamente de elementos informativos colhidos na fase investigatória” (LIMA, 2017, p. 47).

Há quem acredite, entretanto, que o inquérito não deveria ter *qualquer* valor probatório durante a fase processual. Aury Lopes Jr. é enfático nesse sentido:

“Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção jurisdicional, tenham valor probatório na sentença” (LOPES JR. 2009, p. 297).

E mais adiante:

“...o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz, poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual)”. (LOPES JR. 2009, p. 562-563).

Mesmo Aury Lopes Jr. concede, entretanto, a seguinte ressalva:

Frente ao risco de perecimento e o grave prejuízo que significa a perda irreparável de algum dos elementos recolhidos na investigação preliminar, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente essa prova, através de um incidente. Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido com ato de investigação, e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova, poderá ser realizado de uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o status de ato de prova, isto é, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual (LOPES JR. 2009, p. 594).

Ademais, mesmo assim, o autor faz essa concessão apenas “em casos extremos (mas nunca de ofício pelo juiz).” Para Lopes Jr, em suas palavras, para justificar tal artifício:

“...deve estar demonstrada a relevância da prova para a decisão da causa. Em síntese, são requisitos básicos: a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença; b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova” (LOPES JR. 2009, p. 595).

Interessante ressaltar que não existe impedimento para que, uma vez obtida a prova, o defensor ou advogado do investigado possa ter acesso a ela. O supremo Tribunal Federal já havia enfrentado o problema, Data de fevereiro de 2009 súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, garantindo esse direito, cujo enunciado é reproduzido a seguir:

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

Destaca-se também parte do raciocínio contido no voto do rel. min. Cezar Peluso:

“Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo”.

Essa súmula veio apenas sedimentar direito que já era previsto como prerrogativa funcional dos advogados.

Entretanto, deve-se salientar que essa prerrogativa não é absoluta, como podemos observar em julgado, pouco mais de um ano depois da edição da súmula 14, da Primeira Turma no Embargo de Declaração em Habeas Corpus nº 94387 ED/RS, de 06/04/2010, cujo relator é o Ministro Ricardo Lewandowski, transcrito logo abaixo (BARBOSA, 2011, p. 85) – destaque nosso:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACESSO DOS ACUSADOS A PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO SIGILOSO. POSSIBILIDADE SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA QUE SE RESTRINGE AOS ELEMENTOS JÁ DOCUMENTADOS REFERENTES AOS INVESTIGADOS.

I – O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos. II – Enunciado da

Súmula Vinculante 14 desta Corte. III – Embargos de declaração rejeitados, com concessão da ordem de ofício.

Conforme dito anteriormente, a Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016 alterou o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, reiterando a possibilidade de advogados poderem ter acesso aos autos do inquérito. Na verdade, essa possibilidade já existia antes, mas foi melhor regulamentada com as alterações, melhorando um pouco a possibilidade de defesa, embora não exatamente admitindo o contraditório de forma clara no âmbito do inquérito. No inciso XIV do artigo 7º foi trocado "*qualquer repartição policial*" por "*qualquer instituição responsável por conduzir investigação*".

Também foi acrescentado, através da inclusão do parágrafo 10 nesse artigo, a possibilidade do advogado ter acesso aos inquéritos sob sigilo:

“§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV”.

Embora já existissem julgados nesse sentido, como o transcrito a seguir, a inclusão veio regulamentar o direito conforme o entendimento jurisprudencial e doutrinário:

" E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PERSECUÇÃO PENAL INSTAURADA EM JUÍZO OU FORA DELE - REGIME DE SIGILO - INOPONIBILIDADE AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO OU PELO RÉU - DIREITO DE DEFESA - COMPREENSÃO GLOBAL DA FUNÇÃO DEFENSIVA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - PRERROGATIVA PROFISSIONAL DO ADVOGADO (LEI Nº 8.906/94, ART. 7º, INCISOS XIII E XIV) - OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM PRIVILEGIAR O MISTÉRIO NEM COMPROMETER, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO, O EXERCÍCIO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR PARTE DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL OU ACUSAÇÃO CRIMINAL EM JUÍZO - CONSEQÜENTE ACESSO AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS E FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL (INQUÉRITO POLICIAL OU PROCESSO JUDICIAL) - POSTULADO DA COMUNHÃO OU DA AQUISIÇÃO DA PROVA - PRECEDENTES (STF) - DOCTRINA - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DOS SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. PERSECUÇÃO PENAL - DIREITO DE DEFESA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - REGIME DE SIGILO - INOPONIBILIDADE A ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO OU PELO RÉU - ACESSO AOS AUTOS - PRERROGATIVA DO PROFISSIONAL

DA ADVOCACIA - CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS E FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL, EXCETUADOS AQUELES EM CURSO DE EXECUÇÃO. - A pessoa que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, é sujeito de direitos e dispõe de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado (RTJ 168/896-897). A unilateralidade da investigação penal não autoriza que se desrespeitem as garantias básicas de que se acha investido, mesmo na fase pré-processual, aquele que sofre, por parte do Estado, atos de persecução criminal. - O sistema normativo brasileiro assegura ao Advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou por aquele submetido a atos de persecução estatal) o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. Precedentes. Doutrina.

(HC 93767, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 31-03-2014 PUBLIC 01-04-2014)

Com relação ao contraditório e as medidas cautelares probatórias, é relevante para a discussão a inclusão do 11 no artigo 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

“§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”.

Entretanto, cabe mencionar a possibilidade de causar nulidade absoluta a qualquer prova obtida com base em interrogatório ou declaração no qual seja negado ao advogado seu direito de assistir a seus clientes, conforme acrescentado pela Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016 ao inciso XXI do art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

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

Ou seja, é possível não revelar aspectos da investigação que possam comprometer o acautelamento de informações pertinentes ao deslinde do fato, mas se os elementos investigatórios e probatórios forem obtidos em decorrência de depoimento ou interrogatório em

que o advogado foi impedido de atuar, as provas e o depoimento podem estar eivados de nulidade absoluta.

Além disso, o parágrafo 12, também inserido pela Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016, trouxe a possibilidade de responsabilização criminal ao impedimento do acesso do advogado (grifo nosso):

*“§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará **responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa**, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente”.*

Houve um veto de relevância a uma tentativa de alteração trazida por essa Lei, relativo à tentativa de acrescentar como um dos direitos do advogado “requisitar diligências”, na alínea ‘b’ do inciso XXI do art. 7º. O motivo do veto, *in verbis*:

“Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatária, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição”.

Para Renato Brasileiro Lima, a edição dessa lei com surgiu em um momento específico com motivações específicas, não tão nobres, e não alterou quase nada:

“...aprovada em regime de urgência pelo Congresso Nacional, quiçá devido ao incômodo causado a diversos parlamentares federais pelas investigações levadas a efeito pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal no curso da operação “Lava-Jato”, a Lei n. 13.245 (vigência em 13 de janeiro de 2016) deverá acirrar ainda mais as discussões quanto à verdadeira natureza jurídica das investigações preliminares. Isso porque, para além de reforçar o direito de o advogado ter acesso a qualquer procedimento investigatório - não apenas o inquérito policial (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIV, com redação dada pela Lei n. 13.245/16) - referida Lei também introduziu no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil o direito de o advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo inclusive apresentar razões e quesitos no curso da respectiva apuração (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, “a”). Diante da nova redação conferida à Lei n. 8.906/94, qual a verdadeira natureza jurídica das investigações

preliminares? Procedimento sujeito ao contraditório diferido e à ampla defesa? Ou de natureza inquisitorial?” (LIMA, 2017, p. 43).

Como já vimos acima, a posição de Renato Brasileiro Lima é que as investigações preliminares têm natureza inquisitorial. Entretanto, em seu “Manual de Processo Penal”, parece mudar um pouco de opinião com relação à referida lei:

Na verdade, superada uma reação contrária inicial que a Lei nº 13.245/16 deve provavelmente despertar em Delegados de Polícia e membros do Ministério Público, protagonistas na investigação preliminar, é inegável que, a longo prazo, o referido diploma normativo também deverá contribuir para o aprimoramento das investigações. (LIMA, 2017, p. 120)

Independente da corrente, entretanto, é interessante a conclusão da monografia de final de curso de Direito de Marcos Roberto Johann, em trabalho de pesquisa que, junto com outros que contam da bibliografia, serviu de base para a pesquisa atual:

“No tocante ao questionamento sobre o valor probatório do Inquérito Policial frente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, verifica-se que mesmo quando estes não são observados, os elementos produzidos durante o procedimento investigativo compõe os autos do processo, não havendo desentranhamento deles, o que pode influenciar a decisão do julgador” (JOHANN, 2011, p. 73).

O que só ressalta de forma imperiosa a necessidade da atuação do advogado na fase inquisitorial, se levarmos em conta que mesmo as provas que não serão usadas “oficialmente” na motivação e fundamentação da sentença do juiz acabarão por tê-lo influenciado em sua decisão, simplesmente por estarem disponíveis nos autos. Nas palavras de Aury Lopes Jr:

“...É exatamente esse problema do inquérito policial brasileiro, que ao integrar os autos do processo e poder ser utilizado como elemento de convencimento do julgador, acaba por transformar o processo penal num jogo de cartas marcadas, ou melhor, dadas a critério do investigador. Ingênuos são os juízes que com elas jogam sem dar-se conta disso” (LOPES JR. 2009, p. 563).

1.2 – As Possibilidades de Atuação

Dentro desse cenário, sem o conhecimento prévio de uma medida cautelar probatória deferida, sem acesso a diligências que demonstrem os caminhos da investigação que dizem respeito às ações sigilosas relativas ao seu cliente, na maior parte das vezes só tomando conhecimento de que seu cliente é investigado quando a investigação já está em seu curso há

algum tempo, e levando em conta que em alguns casos a jurisprudência tem se posicionado favoravelmente com relação a permitir a utilização de provas obtidas mesmo sem o deferimento prévio de um mandado, quais seriam as formas do advogado agir para proteger seu cliente?

Mesmo dentro desse cenário limitado, resta bastante espaço para que o advogado habilitado consiga atuar. O projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, o PL-8045/2010, promete mudanças como um juiz só para a fase pré-processual e outro para a ação penal. Trataremos rapidamente das possibilidades atuais na conclusão. Enquanto se espera o “Novo” Código de Processo Penal, prometido e em grande parte concebido a décadas atrás, e que como outros códigos pátrios já nascem velhos, cabe, entretanto, utilizar as possibilidades de movimento já disponíveis.

Como observado anteriormente, comprovado em estudos já feitos sobre o assunto, e reiterado por grande parte da doutrina, o direito ao contraditório pleno inexistente na fase do inquérito policial (DEPPE, 2010, p. 39), existindo apenas uma versão mais restrita do mesmo, denominada pela doutrina de contraditório diferido, ou posterior. Aqui é usado o termo “restrito” por se tratar de um contraditório que só poderá entrar em discussão após a efetivação da obtenção da peça de informação que origina a controvérsia, e não entre em discussão a obtenção da própria peça de informação antes de sua efetivação.

Na visão de Renato brasileiro Lima, exposta em seu “Manual de Processo Penal”, o advogado pode atuar na fase pré-processual de duas formas distintas, dentro e fora do inquérito policial, utilizando as ferramentas disponíveis simultaneamente em cada formato:

*Na fase investigatória, o direito de defesa já pode - e deve - ser exercido de duas formas distintas: a) **exercício exógeno**: é aquele efetivado fora dos autos do inquérito policial, por meio de algum remédio constitucional (habeas corpus ou mandado de segurança) ou por requerimentos endereçados ao juiz ou ao promotor de justiça; b) **exercício endógeno**: é aquele praticado nos autos da investigação preliminar, por meio da oitiva do imputado (autodefesa - direito de audiência), de diligências porventura solicitadas - jamais requisitadas - à autoridade policial (CPP, art. 14), ou através da apresentação de razões e quesitos (Lei no 8.906/94, art. 7º, XXI, "a", com redação dada pela Lei nº 13.245/16) (LIMA, 2017, p. 119).*

A atuação do advogado no inquérito, entretanto, pode começar ao saber que seu cliente é investigado. Muitas vezes tal informação surge quando o suspeito é chamado a depor. O artigo

6º, inciso V do Código Penal, diz que tão logo tenha conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deve:

“V- ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”

Em regra, será feito de forma direta (na presença do indiciado). Contudo, diante da ausência do indiciado, poderá ser realizado de forma indireta. Entretanto, aqui, cabe um aparte com relação ao termo “indiciado”. O indiciamento é ato privativo do Delegado de Polícia, segundo o art. 2º, §6º, da Lei 12.830/2013 (grifo nosso):

“§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Portanto, quando o Delegado chega na fase de “indiciamento” de um suspeito, é porque já tem a convicção de que existem indícios de autoria e materialidade para ele seja denunciado, mesmo que a convicção ainda não tenha ainda sido partilhada pelo Ministério Público, que é o titular da ação penal. Não é incomum ocorrer um indiciamento e o Ministério Público ainda requisitar diligências para a conclusão do inquérito, assim como também não é incomum o Ministério Público decidir por realizar a denúncia antes do indiciamento.

Aliás, para Renato Brasileiro:

“A observância do contraditório diferido e da ampla defesa na investigação preliminar também pode ser extraída do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal. Por mais que o Código de Processo Penal, com seus viés nitidamente autoritário, silencie acerca do direito de o investigado ser cientificado de que há uma investigação em andamento, na qual ele figura na condição de imputado, não se pode negar a existência desse direito. A partir do momento em que a própria Constituição Federal assegura ao preso o direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII), subentende-se que o preso, aí compreendido o suspeito, investigado ou indiciado, preso ou em liberdade, tem o direito de ser ouvido pela autoridade responsável pelas investigações. Afinal, alguém só pode permanecer calado se lhe for assegurado o direito de ser ouvido. Logicamente, o investigado poderá se valer de seu direito ao silêncio, permanecendo calado, mas daí não se pode admitir que um inquérito seja concluído sem que lhe seja franqueada a possibilidade de apresentar sua versão sobre os fatos sob investigação. É direito, pois, do investigado, ser ouvido pela autoridade competente antes da conclusão das investigações preliminares. Logicamente, na hipótese de se tratar de investigado foragido, não será possível a realização de seu interrogatório, mas aí se entende que foi o próprio indivíduo que abriu mão do exercício da autodefesa (direito de audiência)” (LIMA, 2017, p. 44).

Dessa forma, se o advogado esperar até a fase de “indiciamento”, pode já ser tarde demais para fazer alguma diferença no inquérito. De qualquer forma, sempre que possível, por iniciativa da Autoridade Policial ou requisição do Ministério Público, o suspeito é convidado a prestar esclarecimentos, e acaba tomando ciência do inquérito. Assim, quer por interrogatório depois de indiciamento ou para prestar esclarecimentos enquanto ainda investigado, poderá eventualmente apresentar sua versão dos fatos, ou permanecer calado. Em ambos os casos estará exercendo o contraditório através de seu direito de participação (DEPPE, 2010, p. 40).

Cabe mencionar também que para Guilherme de Souza Nucci sugere em seu Manual de Processo Penal e Execução Penal que em casos de um indiciamento arbitrário é cabível habeas corpus, previsto no art. 5º, LXVIII, ao juiz de direito da comarca que, considerando o ato ilegal, pode fazer cessar a coação por meio do trancamento da investigação (NUCCI, 2014).

Independente da forma como o advogado fica sabendo da existência da investigação, o primeiro passo é imediatamente requerer vista dos autos do inquérito policial. Caso o advogado tenha seu acesso aos autos negado pelo Delegado de Polícia, o profissional da advocacia deve recorrer ao disposto no art. 7º, § 12, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

*§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo **implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.***

Utilizando-se novamente da sugestão de Nucci, e também de Renato Brasileiro Lima, uma vez evidenciado o abuso de autoridade, poderia até ser impetrado habeas corpus, previsto no art. 5º, LXVIII, pedindo trancamento do inquérito. Afinal de contas, ao impedirem o acesso de seu advogado aos autos do procedimento investigatório, o investigado corre o risco de ter sua defesa prejudicada o que poderia eventualmente acarretar em condenação à pena privativa de liberdade, ou em pena que poderia ser diminuída caso a defesa pudesse ter transcorrido normalmente, justificativa para o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e impedir que o cerceamento ao direito de defesa cause prejuízo à liberdade de locomoção do investigado (NUCCI, 2014) e (LIMA, 2017, p. 115).

A ausência de justa causa constitui constrangimento ilegal, o que permite a impetração do remédio heróico, o habeas corpus, nos termos dos artigos 647 e 648 do Código de Processo Penal, a fim de que o inquérito policial seja trancado.

Negar acesso aos elementos de prova constantes do procedimento investigatório desrespeita diretamente a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado segue transcrito novamente abaixo para facilitar:

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

Portanto, nesse caso um outro movimento possível seria com relação ao que está prescrito no o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal:

*“§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que **contrariar a súmula aplicável** ou que indevidamente a aplicar, **cabará reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada**, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.*

Na mesma esteira, com redação similar, o artigo 7º da Lei nº 11.417/06 também prevê o uso da reclamação contra ato que contrarie enunciado de súmula vinculante:

*Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que **contrariar enunciado de súmula vinculante**, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente **cabará reclamação ao Supremo Tribunal Federal**, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.*

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Além disso, a violação de direito líquido e certo do advogado, previsto no art. 7º, XIV, da Lei no 8.906/94, tendo em vista o desrespeito ao exercício da defesa através da violação à prerrogativa profissional do advogado, torna cabível a impetração de mandado de segurança, conforme o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, LXIX da CRFB/88:

“LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”

E também combinado com o art. 1º da Lei nº 12.016 de 2009:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Para melhor ilustrar essa possibilidade, segue um julgado recente:

MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE ACESSO AOS AUTOS DE PROCEDIMENTO CRIMINAL, POR ADVOGADO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO STF. APLICABILIDADE. Nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do e.STF, é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. O impetrante busca acesso a procedimento investigativo que tramita em segredo de justiça, junto à 5ª Vara Criminal do Foro Central desta capital, em que se apura a prática de delitos de estupro, bem como a expediente cautelar em apenso. Na espécie, inexistente motivo que justifique a manutenção da negativa de acesso aos autos à defesa, considerando que a autoridade policial manifestou desinteresse no cumprimento das medidas cautelares inicialmente deferidas e aquelas que persistem não se mostram suficientes para mitigar o direito de defesa, garantido ao impetrante, pela Carta Magna e pela orientação da Suprema Corte, nada impedindo o resguardo do sigilo de eventual diligência pendente, ainda não documentada, nos termos do próprio enunciado supramencionado. LIMINAR RATIFICADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança nº 70078130838, Oitava... Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 29/08/2018).

(TJ-RS - MS: 70078130838 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data do Julgamento: 29/08/2018, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/09/2018)

Além disso, conforme previsto no art. 7º, § 12, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), constitui abuso de autoridade negar acesso aos autos ao advogado ou defensor do investigado. A Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Abaixo, transcrição do art. 3º, alínea j) da referida lei:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

...

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Outra forma prevista de defesa ainda na fase do inquérito policial está prevista no artigo 14 do Código de Processo Penal:

“Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Ou seja, embora tenha sido vetado da Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016 o direito do advogado de requisitar diligências, ainda restou o direito de requerer diligências. A diferença ficou no verbo, o vetado impositivo, e o permitido uma solicitação. Entretanto, é uma ferramenta poderosa não só para guiar a investigação sugerindo formas de obtenção de provas benéficas ao seu cliente, como também já preparando terreno para sua atuação em uma possível ação penal ao final da investigação. Através de requerimentos direcionados ao juiz ou ao promotor de justiça, solicitações à autoridade policial, e participação ativa na investigação dentro dos limites impostos.

Existe também um amplo campo para atuação da defesa diretamente no que diz respeito ao confronto à legalidade na obtenção das provas cautelares. Embora a jurisprudência tenha caminhado para um certo afrouxamento na imposição de mandados para diligências de busca e apreensão, principalmente através de uma certa liberalidade na aceitação da discricionariedade policial ao interpretar o que seria um flagrante delito, existem requisitos elencados no artigo 243 do Código de Processo Penal para esse tipo de mandado. No caso de busca domiciliar, a regra é que a busca ocorra durante o dia, conforme previsto no artigo 245 do CPP, e o artigo 5º, inciso XI da CRFB/88 institui a necessidade de autorização judicial. Além disso, o artigo 248 do CPP estabelece limites:

“Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”.

E o artigo anterior, 247 do CPP, indica a necessidade de não esconder os motivos da busca caso nada seja encontrado:

“Art. 247. Não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer”.

Abaixo segue transcrito um julgado reconhecendo a ilegalidade nos atos da operação de coleta de provas, com ausência de ordem judicial e não especificação do espaço ingressado no mandado judicial:

*0044807-13.2017.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA - 1ª Ementa Des(a). JAIME DIAS PINHEIRO FILHO - Julgamento: 28/11/2017 – DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. ART. 5º, INC. II, DA LEI N.º 12.016/2009. HIPÓTESE DE DECISÃO JUDICIAL NÃO SUBMISSA A RECURSO, CAPAZ DE ATINGIR A ESFERA JURÍDICA DO IMPETRANTE. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DO WRIT. **DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO EFETIVADA EM FLAGRANTE DESRESPEITO AOS ESTRITOS LIMITES QUE DELINEIAM OS ATOS FUNDADOS EM OPERAÇÃO DE COLETA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL ESCRITA AUTORIZADORA DO INGRESSO EM ESPAÇO PRIVADO SEQUER INDICADO NO MANDADO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DE NORMAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS. CONCESSÃO DA ORDEM.***

Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 28/11/2017

Os requisitos já mencionados anteriormente do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* também devem estar presentes. Suspeitas fundadas devem ser fundadas em alguma coisa, e caberá ao advogado questionar.

Outro ponto de interesse é que até agora falamos apenas da atuação do advogado do *investigado*. Mas nada impede que um terceiro incomodado contrate um advogado ou defensor para resguardá-lo de alguma ameaça aos seus direitos. Por exemplo uma busca e apreensão em que carrega um computador pertencente a um terceiro para ser periciado. Ou a quebra de sigilo bancário de uma conta conjunta, ou de um dependente do investigado. A atuação do defensor ou advogado nesse caso será a mesma nessa fase investigativa que usaria se estivesse defendendo o investigado, embora provavelmente seja mais fácil provar que algum abuso está ocorrendo se um terceiro que nem ao menos é objeto da investigação está sofrendo com as medidas de obtenção de provas, e mais difícil para a Autoridade Policial ou para o Ministério Público embasar uma motivação convincente para a medida. Tudo dependerá do caso concreto.

Uma forma interessante já mencionada no capítulo anterior é a utilização do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) quando existir motivos para acreditar que o indiciamento foi feito de forma arbitrária. A fundamentação pode ser a própria fundamentação falha ou faltante do indiciamento, ou de quaisquer dos requisitos previstos no art. 2º, §6º, da Lei 12.830/2013. Caso deferido pelo juiz, o inquérito pode ser trancado.

Uma arma interessante da defesa, muito usada na prática, são os remédios constitucionais preventivos, como o habeas corpus preventivo e o mandado de segurança preventivo. Embora nem sempre eficazes, funcionam como uma espécie de escudo protetor para direitos que ainda não foram atacados, mas que correm o risco de ser. A possibilidade da concessão de liminar em mandado de segurança está prevista muito claramente no art. 7º, III da Lei nº. 12.016/09:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

...

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Para a concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança é necessária a presença de dois requisitos, ou seja, prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e o perigo na demora (com a possibilidade de se tornar inócua a decisão final). É possível, por exemplo, o cabimento de um mandado de segurança criminal com pedido liminar para tentar impedir que o cidadão não seja submetido à identificação criminal, ou simplesmente para que não seja constrangido a produzir prova contra si.

No julgado abaixo, uma tentativa de habeas corpus para retirar informações da paciente do banco de dados criminal da polícia não conseguiu deferimento:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. BANCO DE DADOS.POLÍCIA. INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. INDICIADOS. INQUÉRITO ARQUIVADO. RETIRADA DO NOME DA PACIENTE. AMEAÇA AO DIREITO DE IR E VIR. INEXISTÊNCIA. VIA INADEQUADA.

1. O habeas corpus, embora tenha, atualmente, um espectro alargado, podendo ser utilizado para as mais diversas finalidades, ainda continua com sua função precípua de assegurar o direito de ir e vir das pessoas.

2. A espécie, visando a retirada do nome da paciente do banco de dados da polícia, onde consta como indiciada em inquérito que, ao final, foi arquivado, não revela, sequer, ameaça ao direito ambulatorial, razão pela qual a via eleita é imprópria.

3. Ordem não conhecida." (HC 98.485/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 14/3/2011)

Abaixo segue um exemplo de julgado em que o mandado de segurança preventivo que não funcionou por ser baseado em mera suposição e não presunção real de perigo ainda não havido:

MS 1.0000.06.445739-3/000(1) – 1ª TURMA – REL. DES. MÁRCIA MILANEZ -
EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO NÃO
DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA
DENEGADA. O mandado de segurança é remédio de natureza constitucional
destinado a proteger direito líquido e certo, contra ato ilegal ou abusivo de poder,
emanado de autoridade pública. É possível o manejo do mandado de segurança
preventivo contra ato ainda inexistente, mas presumido, desde que comprovada a
ameaça objetiva e real, decorrente de existência de comando legal. Não basta o
simples risco de lesão a direito líquido e certo, baseado apenas no julgamento
subjetivo do Impetrante; impõe-se que a ameaça a tal direito se caracterize por ato
concreto da autoridade impetrada, que virá a atingir o patrimônio jurídico da parte.
O 'justo receio' a que alude o artigo 1º. da Lei nº. 1.533/51, para justificar a
segurança, há de revestir-se dos atributos da objetividade e da atualidade. Naquela,
a ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições, e nesta é
preciso que exista no momento, não bastando tenha existido em outros tempos e
desaparecido.

Logo a seguir, outro exemplo de indeferimento, nesse caso de um habeas corpus
preventivo de paciente que não teve acesso aos autos e temia ser preso:

PROCESSO Nº: 0804473-92.2015.4.05.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: GILBERTO VIEIRA LEITE NETO
PACIENTE: JOSE WELLINGTON DE OLIVEIRA
ADVOGADO: GILBERTO VIEIRA LEITE NETO (e outro)
IMPETRADO: JUIZO FEDERAL DA 6ª VARA DE ITABAIANA/SE
RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL PAULO ROBERTO DE
OLIVEIRA
LIMA - 2ª TURMA

EMENTA
PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRETENSÃO À
EXPEDIÇÃO DE SALVO CONDUITO. ACESSO A AUTOS DE INQUÉRITO
CRIMINAL E DE AÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO
DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de habeas corpus preventivo. Aduz o impetrante que o paciente estaria
ameaçado de decretação de prisão cautelar, dado que existiria em tramitação um
Inquérito Policial (nº 122/2015) e uma Ação Penal Cautelar, ambos correndo em
segredo de justiça. Alega que a falta de acesso aos autos do inquérito ensejaram a
impetração de um Mandado de Segurança, no bojo do qual as informações prestadas
pela autoridade coatora noticiam a existência de uma Ação Cautelar que tramita na
Vara Federal de Itabaiana em desfavor do paciente. Relata, mais, que o paciente já
informara ao Delegado Federal e ao Juízo Federal da 6ª Vara de Itabaiana/SE sobre
o seu comparecimento espontâneo, fornecendo endereço e telefone para sua
localização caso seja necessário. Nesse contexto, aduz que vislumbra ameaça à sua
liberdade, em face de iminente ordem de prisão, sem que se tenha conhecimento do
que versa a investigação ou a ação judicial;

2. As informações prestadas noticiam que o inquérito ao qual o paciente almeja
acesso, IPL nº 122/2015, foi instaurado pelo Departamento de Polícia Federal de
Sergipe após recebimento de ofício como notitia criminis do Ministério Público de
Sergipe, o qual, em conjunto com o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, teria
apurado irregularidades em Termo de Parceria firmado entre o Instituto Sócio
Educativo de Solidariedade - ISES (do qual o investigado foi presidente) e o
Município de Canindé de São Francisco/SE, com indícios de possível atuação de
organização criminosa destinada a desviar recursos públicos de origem federal.
Ainda de acordo com as informações, a autoridade policial ajuizou em 19/03/2015
medida cautelar de quebra de sigilo bancário (Processo nº 0000098-

89.2015.4.05.8501), em cujos autos proferiu-se decisão decretando o sigilo da sua tramitação e do próprio IPL nº 122/2015;

3. O remédio constitucional adequado para garantir o acesso a inquérito policial é o Mandado de Segurança, haja vista este ser, em tese, direito líquido e certo do investigado, ao menos quanto às diligências já findas e exauridas. Com efeito, a própria impetração (bem como as informações prestadas pela autoridade dita coatora) informam que houve o ajuizamento do referido writ, cuja liminar foi negada, mas que ainda encontra-se pendente de julgamento. D'outra banda, consta a informação de que as vistas requeridas na ação cautelar em trâmite na 6ª Vara Federal de Sergipe encontra-se em análise pelo juízo, que pondera pelo fato de haver dados bancários encartados nos autos. Assim, não há como acolher o pedido de acesso aos autos do inquérito policial, bem como à ação cautelar, seja pela cristalina litispendência (no primeiro caso), seja porque a estreita via do habeas corpus não é o meio adequado para tal tutela;

4. O inquérito policial é procedimento administrativo inquisitório, portanto não submetido aos princípios do contraditório e da ampla defesa, onde se busca a apuração da ocorrência de crime e sua autoria. Não há constrangimento em sua instauração sem que seja informado o investigado, tampouco há direito pleno e irrestrito de acesso aos autos da investigação, mormente quando há fundamento legal para a negativa, que, no caso, é a decretação de segredo de justiça, bem como, segundo as informações prestadas, a existência de diligências pendentes,

5. O mero temor de que as investigações (ou a ação) possam autorizar uma prisão cautelar, desacompanhada de qualquer fato ou circunstância que possa, nesse momento, dar a ver o risco pelo qual o paciente estaria transitando não autoriza a concessão da ordem para salvo conduto;

6. Denegação da ordem.

O julgado a seguir trata de um mandado de segurança com pedido de liminar para impedir quebra de sigilo bancário em comissão parlamentar de inquérito. Embora as últimas respostas tenham sido de perda de objeto, porque a CPI foi extinta, é interessante observar no resumo que da primeira vez a liminar havia sido deferida:

*Mandado de segurança. Comissão Parlamentar de Inquérito. Senado Federal. Quebra de sigilos fiscal e bancário. Extinção da CPI. Perda de objeto da impetração. Instauração de nova CPI, com pedido de nova quebra de alcance semelhante. Ato autônomo a ser perquirido na via própria. Mandado de segurança prejudicado (art. 21, IX, do RISTF). Vistos etc. 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Conselho Indigenista Missionário – CIMI, Cleber César Buzatto e Emília Altini contra ato praticado pela primeira Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a Fundação Nacional do Índio – FUNAI – e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. **A inicial impugnou ato consistente na aprovação do Requerimento nº 292/2016, por meio do qual autorizada quebra dos sigilos fiscal e bancário dos impetrantes, em sessão de 06.7.2016. São também citadas aprovações anteriores dos Requerimentos de nº 217/16, 282/16 e 284/16, todos a ferir, no entender da inicial, garantias individuais dos impetrantes, embora em diversos contextos.** 2. No que se refere diretamente ao Requerimento nº 292/16, alegou-se que este possuiria fundamentação genérica, estando ausente em seu bojo “descrição fática ou evidência material” (inicial, fl. 5), ou seja, a indicação de causa provável que poderia justificar tal medida. Além disso, o objeto da CPI deveria envolver apenas a administração dos órgãos públicos citados (FUNAI e INCRA), constituindo abuso a tentativa de investigação voltada a entidades privadas e pessoas físicas, mormente quando as providências adotadas sequer tentariam esconder intuito de devassar dados protegidos. 3. **No período de recesso, a liminar foi deferida pela Presidência desta Suprema Corte, em 15.7.2016, para “sustar todo e qualquer efeito da aprovação do Requerimento 292/2016 da CPI da FUNAI e do INCRA, que autorizou a quebra/transferência dos sigilos bancários e***

fiscal dos impetrantes, sem que possa usar desses dados, se eventualmente já obtidos” (doc. 22, fls. 4-5). 4. As informações foram prestadas por Ofício protocolizado em 15.8.2016 (doc. 31). Após longa transcrição do resultado do trabalho já realizado no âmbito da CPI, consignou a autoridade coatora que “A CPI da FUNAI e do INCRA tem prazo para funcionamento até 17 de agosto de 2016, tendo sido feito requerimento com a Presidência da Câmara dos Deputados para prorrogação até 30 de novembro de 2016, o que será deliberado pelo Plenário da Câmara na próxima sessão deliberativa” (fl. 81). 5. Em despacho de 23.8.2016, requeri informações complementares à autoridade coatora, “no sentido de esclarecer se a CPI da Funai e do Incra teve ou não seu prazo de funcionamento prorrogado até 30 de novembro de 2016” (doc. 37). 6. O Conselho Indigenista Missionário - CIMI peticionou em 06.9.2016 (doc. 39), alegando que: (i) a CPI do Incra-Funai não teria sido concluída, inexistindo relatório final; (ii) também não teria havido prorrogação de prazo; (iii) ao invés, ter-se-ia optado pelo requerimento de instauração de uma nova CPI de mesmo objeto, em 30.8.2016. 7. A União agravou da decisão que deferiu liminar (doc. 45). 8. Em 16.9.2016, diante da informação de que novo Requerimento de Instituição de CPI havia sido aprovado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, determinei a notificação do Presidente daquela Casa Legislativa para que novas informações fossem prestadas. Em resposta (doc. 53), a autoridade coatora apontou que o Requerimento nº 26/2016, visando à criação de Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar fatos relativos à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) havia sido recebido pela Mesa Diretora com regular cumprimento das exigências constitucionais e legais, instaurando-se, em 17.10.2016, a referida CPI. 9. A seguir, os impetrantes voltaram a peticionar (doc. 55) destacando ter sido apresentado na nova CPI o Requerimento nº 65/2016, com o intuito de transferir a esta Comissão Parlamentar os dados que foram objeto do Requerimento nº 292/2016 da CPI anterior. 10. Em 09.12.2016, os impetrantes apresentaram nova Petição (nº 70301/2016) requerendo concessão de medida cautelar incidental preventiva nos autos deste mandado de segurança. Salientaram que o Ministro Ricardo Lewandowski, no âmbito do MS nº 34.525/DF, deferiu liminar para restringir os efeitos da aprovação do Requerimento nº 65/2016 da CPI da FUNAI/INCRA 2, impedindo a utilização dos dados obtidos por meio do Requerimento nº 292/2016 da CPI anterior, até exame de mérito da impetração. Porém, um novo Requerimento, de nº 81/2016, estaria prestes a ser votado com o objetivo de determinar uma nova quebra (autônoma, portanto) dos sigilos dos impetrantes, de modo a reeditar atos lesivos de seus direitos. Nesses novos termos, requerem: “Seja deferido o pedido liminar, inaudita altera parte, determinando-se a suspensão de toda e qualquer sessão da CPI FUNAI-INCRA 2 que objetive a apreciação do Requerimento nº 81/2016; em assim não entendendo Vossa Excelência, que possa determinar que o Requerimento de nº 81/2016 seja suspenso e impedido de ser analisado até análise do mérito e, caso seja aprovado antes da análise da liminar, que não produza nenhum efeito jurídico. (...) Ao final, que possa ser confirmada a decisão liminar, para que se determine a ilegalidade do Requerimento de nº 81/2016 e, se por ventura aprovado, que possa ser anulado” (doc. 60). É o relatório. Decido. 1. A medida cautelar incidental preventiva nos autos do mandado de segurança equivale à repositura da própria ação mandamental, diante do intuito tendente à impugnação de um novo ato supostamente coator por autoridade diversa (qual seja, o Presidente da CPI da Funai/Inkra 2), na medida em que a CPI anterior se encontra formal e definitivamente extinta. Trata-se, sob qualquer ponto de vista, de uma nova e autônoma determinação de quebra de sigilo, a ser atacada de forma específica, por ação individualizada a ser distribuída livremente neste Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da petição nº 70301/2016, por meio da qual veiculado o pedido para concessão de tutela de urgência em relação ao Requerimento nº 81/2016, este a ser votado pela CPI da Funai/Inkra 2, esbarra em óbice estatuído por consolidada jurisprudência que entende prejudicadas as impetrações voltadas contra CPI extinta, com ou sem apresentação de relatório final. São inúmeros os precedentes nesse sentido, dentre os quais destaco: “MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI. Extinção desta. Prejuízo conseqüente do pedido daquele. Extinção do processo, sem julgamento de mérito. Agravo improvido.

Precedentes. Encerrados os trabalhos de Comissão Parlamentar de Inquérito, contra a qual tenha sido impetrado, extingue-se, sem julgamento de mérito, o processo de mandado de segurança” (MS 25459 AgR/DF, Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 12.3.2010) “MANDADO DE SEGURANÇA - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - EXTINÇÃO - PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO - AÇÃO MANDAMENTAL PREJUDICADA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera prejudicadas as ações de mandado de segurança e de "habeas corpus", sempre que - impetrados tais "writs" constitucionais contra Comissões Parlamentares de Inquérito - vierem estas a ser declaradas extintas, em virtude da conclusão de seus trabalhos investigatórios e da aprovação de seu relatório final. Precedentes” (MS 25995 AgR-AgR/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 18.9.2009). “MANDADO DE SEGURANÇA - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - EXTINÇÃO - PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO - AÇÃO MANDAMENTAL PREJUDICADA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende prejudicadas as ações de mandado de segurança e de habeas corpus, sempre que - impetrados tais writs constitucionais contra Comissões Parlamentares de Inquérito - vierem estas a extinguir-se, em virtude da conclusão de seus trabalhos investigatórios, independentemente da aprovação, ou não, de seu relatório final. Precedentes” (MS nº 23852 QO/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 24.8.2001). 3. Anoto que os próprios peticionantes apresentaram lista de mandados de segurança impetrados por alguns dos atingidos por medidas determinadas no âmbito da CPI extinta, mencionando nesse sentido os MS de nº 34.295/DF, 34.305/DF, 34.306/DF e 34.318/DF. Em todos, reconhecida a perda de objeto superveniente por seus respectivos Ministros Relatores, diante da extinção da CPI anterior, à exceção do MS nº 34.306/DF, pendente de apreciação nesse sentido. 4. Esgotado o objeto da presente ação mandamental, portanto, há solução de continuidade a impedir a análise de novo pedido de tutela. Diante do exposto, julgo prejudicado o mandado de segurança (art. 21, IX, do RISTF), por perda superveniente de objeto, assim como o agravo regimental contra a decisão que havia deferido parcialmente a liminar, de modo a extinguir o processo sem resolução de mérito. Publique-se. Brasília, 13 de dezembro de 2016. Ministra Rosa Weber Relatora

(MS 34298, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 13/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 14/12/2016 PUBLIC 15/12/2016)

E finalmente, este julgado de um habeas corpus preventivo que foi deferido e trancou um inquérito policial investigando crime contra a ordem tributária por falta de justa causa no seu indiciamento:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ADVOGADO. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS IMPUTADOS A PESSOA JURÍDICA NÃO TITULARIZADA PELO PACIENTE. EXERCÍCIO DE CONSULTORIA JURÍDICA. INVOLABILIDADE DO ADVOGADO POR SEUS ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O INDICIAMENTO DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRANCAMENTO DOS INQUÉRITOS POLICIAIS. CONCESSÃO DA ORDEM. 1- Cuida-se de HABEAS CORPUS, com pedido liminar, impetrado em favor do advogado NWFR, sócio do escritório de advocacia NW&AA, apontando como autoridade coatora membro do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL –PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DE SERGIPE por ter requisitado a instauração de Inquérito Policial cujo objeto seria atípico. 2- Os Inquéritos Policiais n.º 0552/2010 e n.º 0432/2012 foram instaurados, no âmbito do Departamento de Polícia Federal em Sergipe, para apurar eventual prática do delito tipificado no art. 1º, incisos I e II, da Lei n.º 8.137/90 (crime contra a ordem tributária), atribuída aos representantes legais da empresa BSBGSLtda, informada

por meio da Representação Fiscal para Fins Penais, nos autos respectivos Procedimentos Administrativos Fiscais, uma vez que a aludida empresa, seguindo orientação do escritório de advocacia NW&AA (do qual o paciente é sócio majoritário), teria prestado informações falsas à Receita Federal, o que ensejou a cobrança de débitos em montante que ultrapassa R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais). 3- Os impetrantes, requerendo liminarmente a suspensão do andamento dos Inquéritos Policiais, sustentam, em síntese: a) atipicidade da conduta por inexistência de supressão ou redução de tributo na medida em que as suspensões e compensações do crédito tributário se deram com base em ações judiciais, tendo sido devidamente declaradas em DCTF; b) os fatos investigados representam, quando muito, infração de natureza tributária e não penal; c) suspensão da pretensão punitiva ante o parcelamento do crédito tributário; e d) inadmissível responsabilidade objetiva diante da ausência de indícios mínimos de autoria no que toca ao paciente. Ao final, pugnam pela concessão da ordem, com o trancamento do IPL n.º 0552/2010 e do IPL n.º 0432/2012, sob pena de manutenção de constrangimento ilegal e acarretar danos irreparáveis e desnecessários ao paciente. 4- Sendo pacífico na jurisprudência que o trancamento do inquérito policial na via do habeas corpus só se opera em casos especialíssimos, tal ruptura na apuração do fato criminoso é estritamente relegada aos casos manifestamente fadados ao fracasso, por se verificar, de plano, a atipicidade do fato ou mediante prova cabal e irrefutável de não ser o indiciado o seu autor. 5- No caso dos autos, o pedido cinge-se ao reconhecimento de falta de justa causa para o indiciamento do paciente nos autos dos IPL n.º 0552/2010 e do IPL n.º 0432/2012, consubstanciada na atipicidade da conduta, por considerar, entre outros, que os fatos investigados representam, quando muito, infração de natureza tributária. 6- O cerne da investigação policial gira em torno de débitos tributários imputados a pessoa jurídica não titularizada pelo paciente. 7- O paciente, de seu turno, está sendo investigado em razão de, supostamente, na condição de advogado e sócio-majoritário do escritório de advocacia NW&AA, ter orientado os representantes legais da empresa BSBGSLtda a inserir em DCTF's informações sabidamente falsas e, com isso, reduzir o recolhimento de tributos federais. 8- O advogado não pode ser responsabilizado por suas opiniões jurídicas. Se assim fosse, estar-se-ia tolhendo a sua liberdade profissional e malferindo a norma constitucional insculpida no art. 133, da Constituição da República ("O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei."). 9- A atuação do advogado livre e isenta de receios outros, que não os ditames de sua consciência, é conditio sine qua non para um Judiciário independente, cujo mister é a realização do direito, buscando sempre a justiça de suas decisões. "O advogado é inviolável em suas manifestações exaradas no exercício da sua profissão, nos termos do art. 133, da CF/88" (STJ, HC 29.155/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA). 10- Considerando que o paciente, na condição de advogado, atuando no desempenho de suas funções é inviolável em suas manifestações, conclui-se pela **ausência de justa causa para o seu indiciamento nos aludidos procedimentos inquisitoriais. Ordem concedida para o fim de determinar o trancamento dos Inquéritos Policiais n.º 0552/2010 e n.º 0432/2012 relativamente ao paciente NWFR**

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de Habeas Corpus, nos termos do relatório e voto constantes dos autos que integram o presente julgado.

Recife, 19 de março de 2015 (data do julgamento).

JOSÉ MARIA LUCENA, Relator.

CONCLUSÃO

Como vimos, já havia sido demonstrado em estudos anteriores, no que diz respeito às medidas cautelares probatórias, que não existe a possibilidade de contraditório pleno ou real, apenas o contraditório diferido, exercido posteriormente já na fase da ação penal. Entretanto, demonstrou-se que existem outras formas de atuação que acabam contrabalançando e equilibrando o resguardo dos direitos do investigado ainda dentro da investigação preliminar.

Uma vez que o advogado saiba da existência do inquérito, é possível ter acesso aos autos e participar inclusive com contra-razões e solicitações de diligências. Caso o acesso seja negado, existe a possibilidade de uma série de defesas simultâneas e até da tentativa de trancamento da investigação por abuso de autoridade.

Além disso, mesmo não se podendo contestar imediatamente a produção de provas cautelares, é possível apontar ilegalidades na obtenção de peças informativas ainda na fase inquisitorial, caso os requisitos para a obtenção dessas provas não sejam respeitados.

Existe ainda a possibilidade de habeas corpus preventivos e mandados de segurança preventivos. Estes encontram mais erros que acertos na jurisprudência, mas em algumas ocasiões funcionam.

O fato é que, independente da corrente, a maioria dos doutrinadores considera que o formato atual de inquérito policial deixa a desejar em muitos pontos. O nosso Código de Processo Penal, embora bastante emendado e atualizado, data de 1941. A promessa de um novo Código de Processo Penal já data de muito tempo também.

Na realização deste trabalho de pesquisa foi utilizado uma primeira edição de um livro de Afrânio Silva Jardim, datada de 1986, “Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres”. Nele, já existia um capítulo intitulado “O Inquérito Policial no Projeto de Código de Processo Penal”. Entre as mudanças previstas na época, vistas como positivas por Afrânio Silva Jardim, uma delas era “restringir a atuação do juiz no inquérito policial a prover, incidentalmente, medidas cautelares e de outras cautelas”. Dessa forma, o projeto mantinha a tramitação do inquérito

entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, retirando o juiz e eliminando “do processo penal pátrio os vestígios do inquisitorialismo” (JARDIM, 1986, p. 111). O projeto de que tratava esse capítulo já foi há muito substituído por outros, um após o outro ao longo do tempo, sem que efetivamente tenha sido lançado um novo Código.

A “Revista de Informação Legislativa” de nº 183, de 2009, da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, que publica artigos de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional, é uma edição especial tratando exclusivamente da Reforma do Código de Processo Penal. Entre muitos artigos interessantes e que abordam de longe o enfoque da pesquisa aqui apresentada, como por exemplo as mudanças previstas para as medidas cautelares pessoais, o regime jurídico do interrogatório, e a mudança do sistema inquisitorial para o modelo acusatório. O artigo sobre alterações nos princípios gerais da prova já fala na figura do *juiz de garantias* na fase da investigação, que ficaria “impedido para funcionar na fase da ação penal, reforçando assim a ideia de que qualquer atuação relacionada à investigação pode comprometer a imparcialidade” (GOMES FILHO, 2009, p. 37). Outro ponto importantíssimo de mudança discutido no artigo e relevante para este trabalho diz respeito à utilização das provas colhidas sem o contraditório pleno – justamente onde se encaixam os elementos informativos colhidos em fase inquisitorial:

Desde logo, na sua primeira parte, o art. 165 da referida proposta legislativa declara que “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial...”. Circunscreve-se, pois, o material decisório à disposição do julgador aos dados objetivos que tiveram ingresso no processo com a participação e o controle das partes. São excluídas, em consequência, quaisquer informações outras a que possa eventualmente ter acesso o juiz, seja porque decorrem de seu conhecimento privado, seja porque obtidas em procedimentos prévios em que não esteja assegurado plenamente o contraditório (GOMES FILHO, 2009, p. 42).

O artigo também comentava a inclusão inspirada na legislação italiana de 1988 do art. 165, § 1o, do Projeto n. 156/2009, que estabeleceria: “*A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes*” (GOMES FILHO, 2009, p. 43).

Outro artigo de interesse para o trabalho fala sobre “O Código, as cautelares e o juiz das garantias” (SILVEIRA, 2009, p. 77). Em sua exposição de motivos, o autor comenta o como o Código de Processo Penal está inflado por alterações e tentativas de adequá-lo à realidade

posterior à promulgação da Constituição de 88, e como o crescimento das legislações extravagantes evidencia o quão defasado esse código está:

“Se é verdade, assim, que a legislação processual penal ordinária necessita urgentemente de um banho de Constituição, uma reforma integral seria a solução mais indicada. Do contrário, é como pôr remendo novo em roupa velha” (SILVEIRA, 2009, p. 80).

O projeto pretendia reforçar o entendimento dos tribunais superiores sobre a natureza das medidas cautelares, introduzir a ideia de “livre intercâmbio cautelar”, e reforçar o uso do princípio da proporcionalidade como referencial na escolha e aplicação das cautelares, além de:

“...o PLS no 156, de 2009, também fixa regime temporal de duração das medidas cautelares pessoais, mais rígido, inclusive, do que o previsto para a prisão preventiva (art. 593). Além do mais, impõe ao magistrado fundamentar a sua escolha em parâmetros de necessidade, adequação e vedação de excesso (art. 517, parágrafo único). E, por fim, um detalhe não insignificante, vincula as cautelares ao princípio de estrita legalidade (art. 514), de modo a preterir invencionices ou o subterfúgio às chamadas cautelares inominadas” (SILVEIRA, 2009, p. 84).

A mudança mais radical proposta, entretanto, é justamente a introdução da figura do “juiz de garantias”. Não se trata de ideia nova, o projeto da época da primeira edição do livro aqui citado de Afrânio Silva Jardim já falava sobre a vedação do juiz que atuaria na ação penal atuar também na fase do inquérito policial. Entretanto, até hoje continua como proposta:

“Trata-se de uma ousada costura do projeto de Código. Referimo-nos à regra de impedimento segundo a qual o magistrado que tiver exercido a função de juiz de garantias não poderá funcionar no processo (art. 17). Hoje, como se sabe, a regra de competência vai no sentido contrário, isto é, o juiz que participou da investigação torna-se prevento nos termos dos arts. 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP. Portanto, uma mudança da água para o vinho” (SILVEIRA, 2009, p. 88).

A figura do juiz de garantias serviria para salvaguardar justamente direitos e garantias fundamentais. Não se envolveria diretamente no inquérito, não poderia agir de ofício, não pode diligências e nem ao menos coloca as mãos nos autos do inquérito. Nas palavras do autor:

“Em resumo, o juiz das garantias envolve-se na trama investigativa. Afinal, é o destinatário de todos os pedidos de diligências que interfram na esfera de direitos do investigado, além de decidir sobre as medidas cautelares. A diferença é que ele não impulsiona o inquérito. O que lhe cabe é zelar pela regularidade da investigação, sobretudo quando se franqueiam direitos fundamentais. Ao juiz das garantias podem recorrer tanto a polícia e o Ministério Público, de um lado, como o investigado, do outro, de maneira que a investigação não saia das margens legais. Juiz de salvaguardas. Peça-chave no modelo acusatório em construção” (SILVEIRA, 2009, p. 90).

No que diz respeito aos motivos e exposições do projeto, a importância de sobrepesar as motivações de pedidos de cautelares com o princípio da proporcionalidade seria explícita (grifo nosso):

*“A Exposição de Motivos do Projeto enfatiza que foram estabelecidas quatro diretrizes principais, a saber: 1) ...; 2) ...; 3) **as medidas cautelares, por afetarem bens e direitos do acusado, sujeitam-se a critérios de proporcionalidade, vedando-se o uso de medida inadequada, desnecessária e desproporcional ao bem que se pretende proteger com a medida, impondo-se a escolha da medida – ou medidas – que, no caso concreto, se revele menos gravosa para o acusado, dentre as igualmente idôneas a alcançar o objetivo cautelar; 4) a prisão preventiva, bem assim as demais providências cautelares, deve perdurar por um tempo que não ultrapasse o razoável, o que justifica a fixação de prazos máximos de sua duração** (MACHADO CRUZ, 2009, p. 212-213)”.*

A proposta atual, o PL 8.045/10, teve sua origem na PLS 156/2009 debatida nessa revista legislativa. Já passou por inúmeras alterações e debates, ao longo de décadas. Na página da Câmara dos Deputados que mostra sua tramitação, sua situação atual é a seguinte:

Situação: Pronta para Pauta na Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensado (PL804510)

O Novo Código de Processo Penal, se e quando surgir, alterará muita coisa. Não é razoável aceitar que o procedimento em um inquérito policial não enseje ampla defesa e contraditório se levarmos em conta o tempo que um inquérito pode levar até sua conclusão. Os números encontrados na seção de dados do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro ou em uma consulta desinteressada na página de transparência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro demonstram uma quantidade insólita de inquéritos policiais em tramitação. Na página do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, disponível em <http://www.isp.rj.gov.br/>, e na página de transparência do Ministério Público do Rio de Janeiro, disponível em <http://www.mprj.mp.br/>, é possível acessar vários dados relacionados a inquéritos no Estado do Rio de Janeiro, incluindo o volume baseado em área e período. Não é difícil encontrar um inquérito de Lesão Corporal amparado na Lei Maria da Penha que já dure 5 anos, ou um de roubo que tenha se iniciado a 8, 10 anos atrás.

Em um artigo publicado na Revista da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, falando sobre o 9º Encontro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), ainda em 2015, foi apresentado que a média de tempo de solução de inquéritos de homicídios no país era de 7.3 anos. No artigo é citado que os principais gargalos para essa demora no tempo de processamento não estão na fase policial, que demanda cerca de 20% do tempo. Mais de 80% do tempo está concentrado na fase judicial, sendo 40% na primeira fase de pronúncia e 45% na fase de júri.

Segundo Renato Brasileiro Lima, em seu “Manual de Processo Penal”:

“No dia-a-dia de fóruns criminais e delegacias, o que se vê é a existência de um número incontável de inquéritos em relação a investigados soltos que tem seu prazo de conclusão prorrogado ad eternum. Mas seria possível, então, que alguém fosse objeto de investigação em um inquérito policial por 10, 15 anos?” (LIMA, 2017, p. 127).

Não parece razoável que alguém permaneça em uma situação em que não existe contraditório, e tenha que esperar uma década para poder se defender de forma plena. A última movimentação do Projeto para o Novo Código de Processo Penal foi em 4 de julho de 2017, há mais de um ano atrás.

REFERÊNCIAS

Legislação:

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013 (Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em 15/11/2018.

BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em 08/11/2018.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 (Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em 25/11/2018.

Livros:

CALIARI, Fábio Rocha; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; LÉPORE, Paulo. **Manual do Advogado Criminalista; teoria e prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal; estudos e pareceres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Manual de processo penal; volume único**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal: E sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

Artigos e pesquisas:

BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência**, v. 3, n. 1, 2011.

CAMARGO, FELIPE FELIMAN. O valor probatório do inquérito policial. 2006. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2006.

DEPPE, Savina Castellan. Direito ao contraditório no inquérito policial e em relação as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas. 2010. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, 2009.

HENRIQUE, Gustavo, BADARÓ, Righi Ivany. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JOHANN, Marcos Roberto. O valor probatório do inquérito policial. 2012.78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2011.

JÚNIOR, Jaime Pimentel. Atos Probatórios no Inquérito Policial: elementos informativos, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, v. 1, n. 2, p. 9-47, 2017.

LOPES JR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **JURIS SINTESE**, v. 1, 2004

MACHADO CRUZ, Rogerio Schietti. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de Informação Legislativa**, 2009.

MACULAN, Luiz Carlos. A lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, o inquérito policial e o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. 2017. 55 f. Monografia (Graduação de Direito). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araujo. O valor probatório do inquérito policial. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2016.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial: breves anotações sobre as inovações da Lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia)/ **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 9, n. 2, p. 1060-1074, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto no 156/2009 do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, p. 37. 2009.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, 2009

Páginas da Internet:

-Sobre a proposta do novo Código de Processo Penal:

Câmara dos Deputados. **Página de tramitação da PL 8.045/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 08/11/2018.

Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>>. Acesso em 08/11/2018.

-Outras páginas:

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em 08/11/2018.

Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/>>. Acesso em 08/11/2018.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/>>. Acesso em 08/11/2018.

Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/>>. Acesso em 08/11/2018.

Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.policiacivilrj.net.br/>>. Acesso em 08/11/2018.

Polícia Federal. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/>>. Acesso em 08/11/2018.