

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Bárbara Pedroso dos Santos

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Porto Alegre

2016

BÁRBARA PEDROSO DOS SANTOS

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade.

Porto Alegre

2016

BÁRBARA PEDROSO DOS SANTOS

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade.

Aprovada em 15 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Professor Doutor Odone Sanguiné

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a investigação criminal defensiva, sob o prisma do garantismo, evidenciando sua necessidade, tendo em vista que o modelo de investigação pública é predominantemente acusatório. Este estudo se faz necessário pois, no inquérito policial, procedimento investigatório mais utilizado no Brasil, não há contraditório e ampla defesa, o que lhe confere caráter altamente desigual, impossibilitando que haja paridade de armas entre defesa e acusação. Para alcançar este objetivo, utilizou-se como metodologia a análise doutrinária acerca da investigação criminal defensiva, com enfoque na possibilidade prevista no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009. Primeiramente, foram apresentadas as características da investigação criminal, sendo abordados o inquérito policial, a investigação preliminar judicial e a investigação criminal a cargo do Ministério Público. Em seguida, as principais mudanças propostas pelo Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 foram elencadas. Por fim, foi abordada a investigação criminal defensiva como meio de garantir a paridade de armas e o direito à prova e à investigação do crime. Constatou-se que, na investigação preliminar, é essencial a participação do imputado exercida pelo defensor privado, de modo a garantir a igualdade entre as partes.

Palavras-chave: Investigação criminal. Inquérito policial. Projeto de Lei do Senado. Investigação criminal defensiva. Garantismo. Paridade de armas.

ABSTRACT

This study aims to analyze the criminal defense investigation, under the garantism perspective, demonstrating its necessity, considering that the public investigation model is predominantly accusatory. This study is necessary because, in the police investigation, the most used investigative procedure in Brazil, there is no full defense, which gives it a highly unequal character, making it impossible to have equivalent rights between defense and prosecution. In order to achieve this objective, the doctrinal analysis on criminal defense investigation, focusing on the possibility presented by the Senate Bill n° 156 of 2009, was used as methodology. First, the characteristics of the criminal investigation were presented, explaining the police investigation, the preliminary judicial investigation and the criminal investigation conducted by the Public Prosecutor's Office. Following, the main changes proposed by the Senate Bill n° 156 of 2009 were listed. In the end, the criminal defense investigation was analyzed as a way of guaranteeing equivalent rights. It was found that, in the preliminary investigation, the participation of the accused, made by the private defender, is essential, in order to guarantee equality between the parties.

Keywords: Criminal investigation. Police investigation. Senate Bill. Criminal defense investigation. Garantism. Equivalent rights between the parties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	9
2.1 Conceito.....	9
2.2 O Inquérito Policial.....	11
2.3 Investigação preliminar judicial.....	17
2.4 Investigação criminal a cargo do Ministério Público.....	20
3 O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156, DE 2009	26
3.1 Criação.....	26
3.2 O sistema acusatório no Projeto de Lei do Senado nº 156/09.....	27
3.3 O juiz das garantias no Projeto de Lei do Senado nº 156/09.....	30
3.4 A investigação defensiva no Projeto de Lei do Senado nº 156/09.....	32
4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	36
4.1 A investigação criminal e o garantismo.....	36
4.2 As garantias na investigação criminal.....	38
4.3 O direito à prova e à investigação do crime.....	41
4.4 Os princípios do contraditório e da ampla defesa.....	41
4.5 A investigação criminal defensiva como meio de garantir a paridade de armas.....	44
4.6 Execução e consequências da investigação criminal defensiva.....	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal é, segundo José Frederico Marques¹, a atividade estatal de persecução criminal que visa a embasar a ação penal, e que, por ter como objetivo levar os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo ao órgão encarregado da ação penal, possui caráter preparatório e informativo. O modelo investigatório brasileiro, no entanto, não permite ao investigado sua efetiva participação para contrapor a tese acusatória, o que evidencia a importância da ampla defesa no inquérito policial.

Desde a primeira Constituição Brasileira, de 1824, o direito à ampla defesa sempre esteve presente no Direito brasileiro. Atualmente, está presente no artigo 5º, LV, da Constituição da República².

Segundo Rui Portanova, a ampla defesa "não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático"³. Seu exercício, porém, encontra óbice na limitação de seus instrumentos defensivos no inquérito policial. Deriva dessa constatação a necessidade de um estudo detalhado sobre o modelo investigatório brasileiro e a necessidade de investigação defensiva para garantir isonomia entre as partes.

A investigação defensiva está inserida no direito de ampla defesa, pois permite ao imputado, em igualdade de condições com a acusação, buscar elementos de prova destinados a comprovar a tese de defesa⁴. A importância de seu estudo cresce quando é analisado o Projeto de Lei nº 156/2009, do Novo Código de Processo Penal, visto que ele deixa claro que o processo penal será regido pelo sistema acusatório⁵, não sendo permitido, portanto, que o juiz produza provas na

¹ MARQUES, José Frederico, Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 139.

² Art. 5º(...)

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;

³ PORTANOVA, Rui, Princípios do Processo Civil. 4.ª edição. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, P. 125.

⁴ RASCOVSKI, Luiz, Temas relevantes de direito penal e processual penal. Saraiva. São Paulo, 2012.

⁵ Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

fase pré processual. Deste modo, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: O modelo investigatório brasileiro propicia o exercício do direito à prova e à investigação do crime pela parte do imputado?

O presente trabalho tem como objetivo verificarmos a importância da participação do imputado exercida pelo defensor privado. O advogado, nesta investigação, passa de espectador a sujeito dinâmico do processo, auxiliando o imputado a ser mais presente na fase investigatória.

Este estudo visa ao aprofundamento da análise doutrinária acerca da investigação criminal defensiva, em especial quanto ao seu viés de garantir o direito à ampla defesa, com enfoque nas novas perspectivas que se apresentam com a iminência da aprovação de um Novo Código de Processo Penal. Quer-se, com isso, auxiliar na construção de uma nova forma de enxergar os direitos à ampla defesa, à prova e ao contraditório, como meios de garantir a paridade de armas na fase processual penal.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em 3 capítulos. No primeiro capítulo, será feita, preliminarmente, a conceituação da investigação criminal. Em seguida, serão expostas suas espécies: o inquérito policial, a investigação preliminar judicial e a investigação criminal a cargo do Ministério Público. Serão apresentadas as características mais relevantes de cada espécie, com suas principais vantagens e desvantagens.

No segundo capítulo, o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 será abordado, sendo relatada primeiramente sua criação. Ao longo do capítulo, duas das mais importantes alterações presentes no referido projeto de reforma do Código de Processo Penal serão apontadas: a definição da estrutura acusatória do processo penal e a disciplina da figura do juiz das garantias. Por fim, será abordada a possibilidade de investigação defensiva prevista no Projeto de Lei do Senado nº 156.

O terceiro capítulo terá como foco a investigação criminal defensiva, que será explicada sob o prisma do garantismo de Luigi Ferrajoli. Serão expostos os direitos e garantias fundamentais do investigado, em especial o direito à prova e à investigação do crime. Os princípios do contraditório e da ampla defesa serão conceituados, buscando-se relacioná-los à garantia da paridade de armas, por meio

da investigação criminal defensiva. Ao final do capítulo serão abordadas a execução e as consequências da investigação defensiva.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1 Conceito

A persecução penal, que é a atividade estatal que visa a punir os infratores da lei penal, possui dois momentos distintos: o da investigação preliminar e o da ação penal, a fase processual⁶.

Investigação significa o “ato ou efeito de investigar; indagação minuciosa; inquirição; busca, pesquisa”⁷.

A investigação criminal é a fase pré-processual da persecução penal, de cognição sumária, em que vestígios e indícios de materialidade e autoria de um fato criminoso são produzidos e colhidos⁸.

De acordo com José Frederico Marques⁹, a investigação criminal possui caráter preparatório e informativo, visando a obter dados informativos para o órgão acusatório examinar a viabilidade de propositura da ação penal. Em decorrência de do caráter informativo da investigação criminal, foi defendido por ele que não há direito de defesa nessa fase.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹⁰, no entanto, afirma que o direito de defesa deve ser concedido ao imputado desde a investigação, pois os atos instrutórios presentes nesta fase de certo modo convencem o juízo de acusação, o que reflete nas medidas cautelares que podem ser tomadas por ele. No mesmo sentido, afirma Marta Saad¹¹:

⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 130.

⁷ SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 130.

⁸ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 139.

¹⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 7.

¹¹ SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime. Assim, não é senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que à autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência, como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena".

Diferentemente do que alguns afirmam, a investigação criminal não visa a comprovar a prática de um ilícito¹². Seu objetivo é analisar a viabilidade da ação penal, buscando os elementos de convicção que irão embasá-la ou não, a fim de evitar uma acusação temerária; a investigação preliminar é um verdadeiro “filtro processual contra acusações infundadas”¹³. Segundo Bruno Calabrich¹⁴:

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

A investigação criminal é um procedimento¹⁵ administrativo, quando conduzido pela Polícia Judiciária, ou judicial, quando o órgão encarregado é o Poder Judiciário¹⁶.

A investigação preliminar, segundo Aury Lopes Jr¹⁷, possui “uma função de natureza sociológica ao assegurar a paz e a tranquilidade social, pela certeza de

¹² MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

¹³ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46.

¹⁴ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

¹⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

¹⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45.

que todas as condutas possivelmente delitivas serão objeto de investigação”. Aduz, ainda, que as atuações preliminares feitas pela Polícia Judicial funcionam como um estímulo negativo para que novas infrações ocorram.

2.2 O Inquérito Policial

O inquérito policial é um conjunto de diligências conduzidas pela Polícia Judiciária¹⁸ e é, no ordenamento jurídico brasileiro, o principal meio de investigação preliminar. Ele é presidido pelo Delegado de Polícia de carreira¹⁹, e tem como objetivo reunir elementos acerca da materialidade e da autoria da infração penal. De acordo com o artigo 4º do Código de Processo Penal brasileiro, “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

Caracteriza-se o inquérito como formador de opinião do titular da ação penal: o Ministério Público, titular da ação penal pública (e, excepcionalmente, em caso de inércia do órgão agente, o particular), e o ofendido, titular da ação penal privada.

A polícia decide a linha de investigação a ser adotada, estabelecendo os atos e formas. É a polícia, também, que produz as provas técnicas que considerar necessárias, definindo ainda como e quando deve ser a oitiva de quem julgar preciso. Deve, contudo, solicitar ao órgão judicial quando forem necessários atos que restrinjam os direitos fundamentais, visto que a polícia é um órgão da administração pública, não possuindo poder jurisdicional.

De acordo com o artigo 6º do Código de Processo Penal brasileiro, pode-se inferir que as principais atividades desempenhadas pela autoridade policial

¹⁸ GONDIM, Cassandra Costa. Investigação criminal: inquérito policial. Conteudo Juridico, Brasília: 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49414&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹⁹ Assim dispõe o artigo 144, § 4º, da Constituição Federal de 1988: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

quando em contato com a prática de um delito são dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais, apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais, e colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

São também atividades que devem ser desempenhadas pela autoridade policial as de: ouvir o ofendido; ouvir o indiciado; proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; 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 contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter e, de acordo com a alteração feita pela Lei 13.257 de 2016, 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.

Depois de realizadas as referidas atividades, cabe à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público, cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias e representar acerca da prisão preventiva²⁰.

Segundo Edilson Mougnot Bonfim²¹, o inquérito policial é meramente informativo, não estando, deste modo, sujeito ao contraditório. Para Marta Saad²², no entanto, os elementos presentes no inquérito policial “não se cuidam de elementos destinados, apenas, a noticiar, ou informar, mas de elementos fadados a convencer. Informação difere do conhecimento sobre algo, ou alguém”.

²⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Artigo 13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 de nov. 2016.

²¹ BONFIM, Edilson Mougnot. Processo penal 1: dos fundamentos à sentença. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

²² SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161

De acordo com Bruno Calabrich²³, o inquérito policial apresenta as seguintes características:

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

Os benefícios da investigação preliminar presidida pela polícia são definidos por Aury Lopes Jr²⁴. como a amplitude da presença policial, que tem maiores condições de atuar em qualquer lugar do país do que juízes de instrução ou promotores investigadores, tendo em vista que, ainda que o Brasil seja um país muito grande territorialmente, há polícia em todas as partes; a maior celeridade que supostamente a atividade policial possui, já que a polícia pode chegar mais rapidamente ao local do fato, por estar presente em todos os lugares, e investigar de maneira mais dinâmica, por estar “mais próxima do povo”; e o menor gasto econômico, visto que a investigação preliminar policial necessita de recursos humanos com menor grau de especialização do que o de juízes ou promotores, que recebem salários muito mais altos.

As desvantagens, por outro lado, são inúmeras. Em razão da polícia ser o maior símbolo de controle da norma penal, ela possui discricionariedade de fato

²³ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

²⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.

para escolher como se portar diante de um fato tido como delituoso. A atuação policial se mostra muito mais eficaz quando em contato com as camadas mais baixas da sociedade, garantindo impunidade às classes mais altas, visto que são feitos julgamentos com base em estereótipos de prováveis perfis de criminosos para cada tipo de crime.

Diferentes elementos influenciam na discricionariedade da polícia²⁵: a) a gravidade do delito (há uma tendência de considerar como mais graves os crimes de maior impacto social, e conseqüentemente aumentar sua eficácia contra eles, ao contrário dos delitos que estão mais longe da realidade social do policial ou que não tenham vítima concreta); b) a atitude do denunciante (mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, a polícia evita a investigação quando ela vai contra a vontade expressa da vítima); c) a distância social entre a polícia e o investigado (há maior conivência com relação àqueles que possuem mais dinheiro, e maior rigor ao tratar de crimes das classes sociais mais pobres); d) a interiorização das normas instituidoras de direitos (diferentemente de como acontece com os juízes e promotores, a polícia assimila as normas que visam a garantir os direitos fundamentais do imputado como mera burocracia, respeitando-as muito menos do que deveria).

Há, ainda, o fato de haver maior propensão a pressões por parte da imprensa e de quem está no governo, que influenciam todo o modo como as investigações ocorrem, muitas vezes apressando o andamento e aumentando as chances de equívocos serem cometidos. Inúmeros também são os casos em que, aproveitando-se do baixo nível econômico dos agentes, as classes mais abastadas e os políticos utilizam de sua influência para conseguir tratamentos mais brandos, o que resulta nas diversas denúncias de corrupção policial que tanto questionam sua credibilidade.

Segundo Marcella Nardelli²⁶ :

(...) outro problema que se mostra corriqueiro é o fato de o inquérito servir como peça informativa ao processo, sendo a ele apensado. Isso faz com que

²⁵ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 90.

²⁶ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. Revista Jurídica UNIGRAN. Vol. 17, nº 33. Dourados, Jan./Jun. 2015, p. 142.

o juiz tenha acesso ao material colhido na ausência do contraditório. Inevitavelmente, esses elementos podem, subjetivamente, influenciar a formação do convencimento, em prejuízo da defesa.

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

Para que o inquérito policial seja aberto, é necessário apenas que haja um juízo de possibilidade, que ocorre quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes, acerca do fato supostamente delitivo sobre o qual se tomou conhecimento. Não é necessário sequer o conhecimento da autoria; é preciso, apenas, que haja possibilidade de existência de um fato punível. Durante o curso da investigação, o objetivo é reunir novos elementos que possam garantir um maior grau de convencimento acerca da infração penal, a fim de atingir um juízo de probabilidade, que ocorre quando há predomínio das razões positivas, imprescindível para que haja a instauração da ação penal ou a aplicação de medidas cautelares²⁷.

Se, durante o inquérito, não forem reunidos elementos suficientes para que se possa afirmar a materialidade e a autoria do fato, não há justificativa para o exercício da ação penal, fazendo-se necessário o arquivamento do feito.

Deste modo, para que a investigação preliminar inicie é preciso mero juízo de possibilidade, que deve evoluir a um juízo de probabilidade durante seu curso. A investigação, no entanto, deve estar limitada ao exame dos fatos imprescindíveis para a comprovação do *fumus commissi delicti*, não devendo alcançar um juízo de certeza a acerca da imputação, o qual é objetivo apenas da fase processual.

Visando a assegurar a sumariedade da cognição na investigação preliminar, há duas restrições (uma qualitativa e outra quantitativa) previstas na legislação brasileira²⁸. A qualitativa, disposta no artigo 4º, *caput*, do Código de

²⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93.

²⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

Processo Penal, delimita a profundidade com a qual a matéria será apurada, atendo-se à comprovação de elementos que justifiquem a instauração da ação penal ou o arquivamento, não devendo alcançar um juízo de certeza. A quantitativa, prevista, em regra geral, no artigo 10 do Código de Processo Penal, é uma limitação temporal quanto à duração da investigação preliminar, a qual define que o inquérito policial deve terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado estiver preso, e em 30 dias quando estiver solto. Nos inquéritos de competência da Justiça Federal, o prazo é de 15 dias, prorrogáveis por mais 15, quando o indiciado estiver preso, de acordo com o artigo 66, *caput*, da Lei 5.010/1996; nos crimes previstos na Lei 11.343/2006, o artigo 51 define que o prazo é de 30 dias, se o imputado estiver preso, e 90 dias se estiver solto.

Ocorre, no entanto, um desvirtuamento da finalidade da instrução preliminar²⁹. O inquérito policial, que deve ser sumário, pois visa à coleta de dados que sustentem a viabilidade da ação penal, transforma-se em plenário, com investigações em excesso por parte da polícia. O que causa este problema, segundo Aury Lopes Jr.³⁰, é:

a falta de controle da investigação policial por parte do Ministério Público - destinatário final do inquérito e titular da ação penal -, que deveria ser o responsável em definir o que e o quanto a ser investigado, pois, como titular da ação penal, saberá definir que nível de cognição deve existir naquele caso específico. Atingido um grau de convencimento tal que o promotor possa oferecer a denúncia com suficientes elementos - probabilidade do *fumus commissi delicti* -, ele deverá determinar a conclusão do inquérito e oferecer a denúncia.

²⁹ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

³⁰ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

2.3 Investigação preliminar judicial

Nos juizados de instrução, o juiz é a máxima autoridade³¹, sendo responsável por determinar a instauração da investigação preliminar. No curso da investigação, segundo Aury Lopes Jr³²:

o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, pela admissão ou não da acusação. Não se pode afirmar que seja um sujeito ativo, pois a imparcialidade que lhe impõe a lei faz com que sua posição seja distinta daquela que ocupam os demais sujeitos. Será um sujeito imparcial, ainda que responsável por impulsar e dirigir a investigação.

Antigamente, a ideia de juiz instrutor estava ligada à ideia de inquisidor, pois os papéis de juiz e acusador se misturavam. A atuação do juiz era ampla, tendo como funções investigar, escolher e dirigir as diligências que entendia pertinentes, acusar e julgar.

Atualmente, esta situação mudou, especialmente porque o juiz não é mais responsável por acusar. Também, na maioria dos países que adotam o sistema de juizado de instrução, o juiz presidente da instrução preliminar não pode atuar como julgador de causa que instruiu, para evitar que haja a caracterização de um sistema inquisitivo, já que sua ligação direta com os elementos investigativos pode contaminar seu julgamento.

Dentre outras medidas, pode o juiz, nos juizados de instrução: interrogar o sujeito passivo; aplicar medidas cautelares pessoais (ou conceder liberdade provisória); se não possuir, nomear defensor para o sujeito passivo; fazer inspeções judiciais e designar que sejam feitas perícias; realizar o reconhecimento de pessoas e coisas, intimar e ouvir a vítima e testemunhas.

³¹ GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. Análise da investigação preliminar de acordo com seus possíveis titulares. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1331, 22 fev. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9522>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

³² LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63.

Ao ter ciência de que um delito foi cometido, o juiz, à exceção dos delitos privados, instaurará a investigação, sem ser preciso que haja invocação. Para auxiliá-lo na realização das tarefas da investigação, o juiz conta com a Polícia Judiciária, subordinada a ele. Deste modo, é o juiz quem determina de que modo e quando a polícia fará os atos necessários. O Ministério Público, a acusação privada e a defesa têm sua participação limitada a, em regra, solicitar diligências, sobre as quais o juiz decidirá pela realização ou não.

Como principais vantagens do sistema do juiz investigador³³ podem ser apontadas:

- I) A característica da investigação ser feita por um órgão suprapartes;
- II) A garantia de que a investigação não será utilizada como meio de perseguição política pelo Poder Executivo, tendo em vista que o juiz instrutor é dotado de imparcialidade e independência;
- III) O fato do resultado da investigação poder embasar tanto a acusação quanto a defesa, já que esta é presidida por um órgão imparcial que busca elucidar o fato, procurando por provas de cargo e descargo;
- IV) A efetividade e credibilidade superiores com as quais as provas são colhidas;
- V) O fato da instrução ser conduzida por um órgão dotado de poder jurisdicional, deste modo ele mesmo pode aplicar medidas que cerceiam direitos fundamentais, tais como cautelares e busca e apreensão.

As maiores desvantagens³⁴ do sistema do juiz investigador são:

- I) O fato de caber à mesma pessoa a decisão sobre a conveniência de um ato de investigação e a valoração sobre sua legalidade;
- II) Este sistema já ser superado, pois é ligado à figura do juiz inquisidor, já que sua estrutura designa a uma mesma pessoa as atribuições de, de ofício, investigar, realizar a imputação formal e defender;

³³ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 71.

³⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 73.

III) A situação de desamparo que é criada, pois, já que o juiz é o investigador, não há quem atue como garante. Deste modo, há um constante conflito entre o inquirido, o juiz-inquisidor, o promotor e a polícia judiciária;

IV) O fato da investigação tender a se tornar plenária, não respeitando a celeridade com a qual esta fase deve ser conduzida;

V) A contradição que há no fato do juiz investigar para o promotor acusar, o que pode ocorrer inclusive em desacordo com as convicções do membro do Ministério Público. Considerando que a investigação é uma atividade preparatória que tem como objetivo, basicamente, construir a opinio delicti do acusador público, lógico seria que ela estivesse a cargo do promotor, e não de um juiz, que não pode, nem deve, acusar;

VI) A indefinição e desordem causadas nas funções de acusar e julgar, o que em muito prejudica o processo penal;

V) A conversão da investigação em uma fase geradora de provas, o que não poderia ocorrer, em virtude de seu caráter inquisitivo. Em virtude de haver maior credibilidade nos atos praticados pelo juiz instrutor, grandes são as possibilidades da prova não ser produzida no processo, sendo apenas ratificada. Em decorrência disto pode haver, na sentença, a valoração de elementos obtidos em um procedimento preliminar em que imperam o segredo e a ausência de defesa e contraditório. Deve-se lembrar que a instrução preliminar tem como objetivo elucidar o fato em juízo de probabilidade, justificando a instauração ou não do processo, nunca devendo formar um juízo condenatório.

Conforme preceitua Odone Sanguiné³⁵:

(...) a instituição clássica e napoleônica do Juiz de Instrução, como dono e senhor da investigação e das medidas cautelares, está em franca decadência, e já se abandonou ou está praticamente abandonada na maioria dos sistemas penais europeus (Alemanha, Portugal e Itália). Na própria França ela foi sendo progressivamente marginalizada. Em seu lugar, inclusive em países em que, como a Espanha, ainda persiste o Juiz de Instrução, há uma tendência acentuada a confiar ao Promotor as atividades essenciais de investigação e persecução da criminalidade e a criação da figura do 'juiz de

³⁵ SANGUINÉ, Odone. Notas sobre a investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado. Associação Nacional de Justiça Terapêutica. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=92>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

garantias'. A convicção é que esse modelo clássico já não serve. É necessário que o processo seja o próprio de um Estado Democrático de Direito, cabendo propor que o Ministério Público não somente seja a autoridade encarregada da investigação criminal (tal como já ocorre em países do sistema continental europeu, como Alemanha, Itália e Portugal), mas o diretor, o dono absoluto desta. Essa modificação fundamenta-se basicamente em três aspectos de suma importância: 1º) a instrução por parte do Juiz é puramente inquisitiva, incompatível no processo penal próprio de um Estado de Direito que exige o modelo de processo acusatório; 2º) a necessidade, por colidir com o princípio de economia processual, de evitar reiteração de atividades processuais, pois as mesmas que pratica o Promotor as executa também o juiz instrutor, ou ao inverso, conseguindo, com isso, uma notável celeridade do processo penal; 3º) o argumento mais importante, a favor de que instrua o Ministério Público, consiste em que não pode ser a mesma pessoa a que considere necessário um ato de instrução e a que valere sua legalidade. O Ministério Público deve, portanto, assumir a instrução, atribuindo-se-lhe o poder de investigar o crime, enquanto que o Juiz deve ficar como controlador da legalidade dos atos processuais realizados pelo Promotor, geralmente através de petições e dos recursos, de maneira que se fortaleça notavelmente a imparcialidade judicial.

2.4 Investigação criminal a cargo do Ministério Público

Nos juizados de instrução, o Ministério Público limita-se a atuar apenas como auxiliar do juiz instrutor. Ocorre, no entanto, que é o possível que ele passe à posição de titular da investigação, havendo a figura do promotor investigador.

Em diversos países europeus, a investigação a cargo do Ministério Público tem sido utilizada como substituta do sistema de investigação preliminar judicial³⁶. No Brasil, com o advento da Constituição Federal, em 1988, as atribuições do Ministério Público tiveram um grande crescimento. O *Parquet* foi considerado como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”³⁷. Foram disciplinados como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo assegurada autonomia funcional e administrativa; como garantias,

³⁶ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.

³⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 127. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 de nov. 2016.

recebeu as mesmas prerrogativas dos membros do Poder Judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

As funções institucionais do Ministério Público são definidas no artigo 129 da Constituição Federal³⁸. Dentre elas, pode-se destacar como mais relevantes as de promover, privativamente, a ação penal pública, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Deste modo, a Carta Magna conferiu um aumento na importância do papel desse órgão na organização do Estado e na consolidação da democracia. O texto vigente conferiu ao *Parquet* novas funções e instrumentos que respondem a graves problemas emergentes da sociedade e da democracia contemporâneas, indicando a destinação democrática atribuída ao Ministério Público.

Negar poderes investigatórios a uma instituição dessa natureza constituiria demasiado contrassenso, sobretudo quando o País experimenta uma das maiores crises na segurança pública, sendo recorrentes as notícias de insuficiência dos órgãos responsáveis pela defesa social.

No entanto, há divergências na doutrina acerca da possibilidade de o Ministério Público presidir investigações criminais, o que ocorre com fundamento no artigo 144 da Constituição Federal³⁹.

³⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

³⁹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

Tal divergência é fruto de uma leitura equivocada deste dispositivo, que conduz o intérprete à conclusão de que a Polícia Judiciária detém o monopólio da investigação criminal. Porém, neste dispositivo não há cláusula de exclusividade alguma a ensejar tal entendimento, pois em nenhum momento é afirmado pelo constituinte que a investigação criminal cabe unicamente à autoridade policial. A afirmação de que as polícias federal e estadual desempenham as atividades da Polícia Judiciária não representa impedimento para que outros órgãos, em ocasiões específicas, quando em concordância com o que preconiza o ordenamento jurídico, averiguem direta ou indiretamente fatos criminosos.

Segundo Mauro Fonseca Andrade⁴⁰:

(...) passemos então à análise do regramento constitucional dado à Polícia Civil. E, ao assim procedermos, a primeira coisa que nos chama a atenção é que o § 4º do art. 144 da Constituição Federal em nenhum momento se utilizou da palavra exclusividade - e muito menos monopólio - à hora de definir as funções das polícias civis, tal como anteriormente havia feito em relação à Polícia Federal. Da mesma forma, o legislador constituinte tampouco afirmou que a Polícia Civil seria titular da função investigatória nos crimes de competência dos Estados, manejando uma expressão que anteriormente havia utilizado - no próprio texto constitucional - para referir que, dentro dos prazos processuais que lhe são conferidos, o Ministério Público é o único que pode acusar em relação às ações penais públicas. Por esse motivo, não encontramos uma razão técnica que justifique a existência de manifestações apregoando que a Constituição Federal teria conferido a dita exclusividade ou monopólio à Polícia Civil.

Esta foi a orientação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 89.837, em que o Ministro Celso de Mello aduz:

Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do "Parquet", em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na

II – polícia rodoviária federal;
III – polícia ferroviária federal;
IV – polícias civis;
V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.
(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

⁴⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ministério Público e sua Investigação Criminal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal.⁴¹

Inegável, portanto, que é possível que o promotor seja o diretor da investigação, recebendo a notícia-crime diretamente ou, indiretamente, através da polícia e investigando os fatos que nela constam. Para auxiliá-lo na investigação, pode determinar como ocorrerá a atividade da Polícia Judiciária, que possui dependência funcional, ou pode, ele mesmo, executar os atos que considere imprescindíveis para convencer-se acerca da formulação da acusação ou do pedido de arquivamento.

Como regra geral, o Ministério Público necessitará de autorização judicial para realizar medidas restritivas de direitos, como medidas cautelares, buscas domiciliares e intervenções telefônicas. Quem decidirá sobre essas medidas é o juiz da instrução, que não investigará, atuando apenas quando solicitado para desempenhar o papel de controlador da legalidade⁴² dos atos de investigação praticados pelo *Parquet*; é o chamado juiz das garantias.

Como principais vantagens do sistema de investigação a cargo do Ministério Público⁴³ pode-se apontar:

I) É uma opção ao sistema de juizado de instrução, que já se encontra superado;

II) Este sistema assegura a imparcialidade do juiz, visto que o mantém afastado da investigação. Sua atividade se restringe a julgar, deliberando sobre as medidas restritivas e a admissão da acusação;

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837/DF – Distrito Federal. Relator: MELLO, Celso de. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁴²LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 78.

⁴³ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 131.

III) O fato da investigação ser presidida pela autoridade que será titular da ação penal.

IV) Dotado de imparcialidade, o Ministério Público tentará elucidar o fato de maneira justa, buscando aclarar a notícia-crime. O promotor decidirá se deve ou não acusar observando princípios legais, diligenciando também para a obtenção de elementos que favoreçam a defesa;

V) A tendência é que a investigação não se torne plenária, restringindo-se a formar apenas a cognição sumária necessária;

VI) Há maior celeridade e economia processual;

VII) A independência funcional de que os membros do Ministério Público são dotados, não havendo hierarquia entre eles, nem com outros agentes públicos.

Já as maiores desvantagens⁴⁴ quanto a esse sistema são:

I) A imparcialidade do Ministério Público é questionável, tendo em vista ser muito difícil que as atividades de investigação e acusação recaiam sobre a mesma pessoa e esta se mantenha imparcial;

II) É muito difícil que o promotor veja a investigação preliminar com igualdade às futuras partes. O *Parquet* está acostumado a atuar de maneira unilateral, buscando elementos que embasem uma futura acusação, o que inegavelmente prejudicaria em muito a defesa;

III) A maior lentidão na tomada de decisões urgentes na fase de investigação, provocada pela existência da figura do juiz das garantias;

IV) Apesar da titularidade da investigação preliminar ser do *Parquet*, pode ser que quem de fato realize a instrução seja a polícia, que funciona como auxiliar do Ministério Público, subordinada a ele.

Acerca do tema, preceitua Antonio Scarance Fernandes que⁴⁵:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre,

⁴⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 78.

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance, Rumos da investigação no direito brasileiro. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 21, p.13.

daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.

3 O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156, DE 2009

3.1 Criação

O Código de Processo Penal vigente, datado de 1941, não foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tornando-se, com o tempo, ultrapassado⁴⁶. Nos dias de hoje, não satisfaz as características de um processo penal democrático, atual e garantista.

O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, de relatoria do Senador Renato Casagrande e autoria do Senador José Sarney, foi criado com o objetivo de reformar o Código de Processo Penal atual. Para isso foi nomeada pelo Presidente do Senado Federal, em junho de 2008, uma comissão de juristas, entre membros do Ministério Público, juízes, delegados, acadêmicos e advogados, encarregados de apresentar um anteprojeto de Código de Processo Penal, composta por Antônio Magalhães Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira (relator), Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Sandro Torres Avelar⁴⁷.

Em maio de 2009, a Mesa do Senado nomeou Almeida Lima, Demóstenes Torres, Marconi Perillo, Março Maciel, Papaléo Paes, Patrícia Saboya, Renato Casagrande, Romeu Tuma, Serys Shessarenko, Tião Viana e Valter Pereira como os 11 senadores integrantes da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, criada para analisar e propor alterações ao Projeto de Lei do Senado nº 156/09. A comissão apresentou a redação final do projeto em 7 de dezembro de 2010⁴⁸. Após aprovação no Senado, o projeto foi remetido à Câmara

⁴⁶ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. Reforma do Código de Processo Penal: análise crítica ao PL nº 156/09 do Senado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2847, 18 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18931>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁴⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 61, p. 116.

⁴⁸ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156. Relator: CASAGRANDE, Renato. 07 dez. 2010 Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

dos Deputados, passando a ter o número 8.045/2010, onde se encontra em tramitação desde então⁴⁹.

3.2 O sistema acusatório no Projeto de Lei do Senado nº 156/09

O sistema inquisitivo caracteriza-se pela concentração, na figura do juiz, das atividades de acusar, defender e julgar. Um sujeito, ou órgão, atuando de ofício, desempenha todas essas funções, sendo necessário que exerça grandes poderes ao longo de todas as fases do processo. Em razão de não haver participação ativa do acusado na tarefa de construir o convencimento do juiz, ele é considerado mero objeto, não um sujeito do processo. Não há, portanto, partes, mas sim interessados no processo, que não possuem poderes para intervir nas atividades do órgão julgador, sendo apenas espectadores⁵⁰.

As características principais deste sistema são, segundo Marcos Kac⁵¹:

a) concentração das funções de acusador, defensor e julgador em uma só pessoa; b) ausência de imparcialidade em vista de o órgão acusador proferir o julgamento não visando se convencer e, sim, convencer os outros da justeza de sua decisão; c) o processo é regido pelo sigilo, pela forma secreta da prática de seus atos e fora do alcance dos jurisdicionados, inclusive, muitas das vezes, do próprio acusado; d) não vigem os princípios do contraditório ou ampla defesa, sendo o acusado mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; e) a confissão é a 'rainha das provas' e os testemunhos a 'prostituta das provas'; f) o sistema de apreciação de provas é o tarifado ou da prova legal, em que as provas têm valores previamente estabelecidos, sendo o juiz um autômato ao proceder ao julgamento.

⁴⁹ COMITÊ DE ANÁLISE DO PROJETO DE NOVO CPP. Análise do Projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal. Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. 2011. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

⁵⁰ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

⁵¹ KAC, Marcos. O Ministério Público na investigação penal preliminar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 26.

Este sistema se encontra superado entre as democracias ocidentais, visto que permite ao juiz a iniciativa de ofício, concedendo-lhe ampla liberdade para a produção de provas. O réu, deste modo, é tratado como objeto da investigação, não lhe sendo conferidos direitos no plano processual.

O modelo acusatório, por outro lado, baseia-se na distribuição das funções de acusar, defender e julgar a diferentes sujeitos processuais. Cabe ao legitimado para a acusação a pretensão em juízo, ao acusado o direito de defender-se da acusação e ao juiz julgar o caso, analisando, imparcialmente, as provas apresentadas pelas partes. A distribuição das funções em diferentes figuras é o que caracteriza o princípio acusatório⁵².

Neste sistema, o legitimado para a acusação não apenas apresenta a pretensão em juízo, mas deve também participar ativamente da instrução, produzindo provas que considere necessárias para a demonstração da procedência da imputação. O juiz, por outro lado, deve permanecer inerte no momento de produção de provas, apenas convocando o réu para que exerça seu direito de defender-se.

O sistema acusatório tem como principais características a imparcialidade do juiz, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a publicidade dos atos e a oralidade. Segundo Bruno Calabrich, podem ser apontados como princípios do modelo acusatório⁵³:

- (a) inércia (da jurisdição, correlato ao princípio acusatório); (b) devido processo legal; (c) estado de inocência ou presunção de não- culpabilidade;
- (d) juiz natural; (e) promotor natural; (f) verdade real (ou verdade possível); e
- (g) favor rei ou favor libertatis

Dentre as mudanças trazidas pelo PLS nº 156/09, a inserção do artigo 4º é tida, por grande parte da doutrina, como uma das principais⁵⁴. O referido artigo

⁵² CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 39.

⁵³ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

⁵⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistema processual penal democrático: reflexos de sua proposição no projeto de código de processo penal. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS. Vol. 2, N.º 1, 2014, pág. 71. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52316/32186>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

aduz que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Trata-se de dispositivo que acaba com divergências doutrinárias e contradições de nossos Tribunais Superiores, visto que dispõe expressamente sobre a adoção do sistema acusatório, como também fazem Portugal e Itália. A escolha do sistema a ser adotado no país presume que o legislador tenha previamente definido três preceitos de política criminal: o nível de eficácia da sua repressão criminal, o nível de imparcialidade que será conferido aos juízes criminais e o nível de tecnicidade da sua persecução penal⁵⁵.

A doutrina, no entanto, não é unânime. Há aqueles que defendem que no Brasil adota-se o sistema acusatório, o sistema misto e até mesmo o sistema inquisitivo. Entretanto, há posição doutrinária que afirma que seria necessária, no Brasil, a adoção de um quarto sistema, chamado de *sistema processual penal democrático*. Segundo Mauro Fonseca Andrade⁵⁶:

Na verdade, o sistema processual penal democrático nada mais é que um sistema acusatório de cunho privatista, que já foi rechaçado pelos Tribunais Superiores brasileiros, e não acolhido pelo legislador reformista de 2008, quando se dedicou a reescrever a disciplina sobre prova no atual CPP.

(...)

Logo, não há nenhuma necessidade de o legislador voltar à estaca zero com o projeto de novo CPP, visto que sua coluna vertebral – a aderência expressa de nosso processo penal ao sistema acusatório, estampada no seu artigo 4º – está de acordo com os postulados da doutrina processualista penal, nacional e estrangeira.

A reforma que deve ocorrer, isso sim, diz respeito à permissão de o juiz criminal poder produzir prova de ofício, independentemente de quem for o beneficiário de seu resultado, pois a vedação, hoje existente no projeto, conduz o juiz, em realidade, a se tornar um sujeito processual representativo do sistema inquisitivo. Sua constitucionalidade, tal como hoje se encontra, estaria, então, com os dias contados.

⁵⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 61, p. 119.

⁵⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistema processual penal democrático: reflexos de sua proposição no projeto de código de processo penal. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS. Vol. 2, N.º 1, 2014, pág. 86. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52316/32186>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

3.3 O juiz das garantias no Projeto de Lei do Senado nº 156/09

Outra mudança apresentada pelo projeto foi a disciplina do juiz das garantias, com o objetivo de consolidar o princípio acusatório. Esse juiz atua apenas na fase de investigação preliminar, visando a garantir o controle da legalidade das ações da Polícia Judiciária e assegurar os direitos do investigado. De acordo com a Exposição de Motivos do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal⁵⁷, a expressão “das garantias” se faz necessária para frisar que não se tratou, neste anteprojeto, apenas de um juiz de inquéritos, que somente gerisse a tramitação dos inquéritos policiais, mas um juiz que deve estar preocupado com o cumprimento dos princípios constitucionais, com o respeito às liberdades públicas e com as garantias individuais, que não precisam necessariamente ser diminuídas para que haja eficácia da intervenção penal. A atribuição deste juiz é zelar pela preservação das liberdades individuais, não da qualidade da investigação.

Essa instituição está prevista entre os artigos 14 e 17 do referido Projeto de Lei⁵⁸.

⁵⁷ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 18. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁵⁸ Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

Nota-se, pela leitura dos referidos artigos e da Exposição de Motivos do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal⁵⁹, que os objetivos da criação deste instituto são o aprimoramento da atuação jurisdicional criminal e a preservação do afastamento do juiz que julgará a ação, e que prolatará a sentença, quanto aos elementos de convicção colhidos e dirigidos ao Ministério Público. De acordo com a referida Exposição de Motivos, a impossibilidade do juiz colher material probatório na fase investigatória não visa a reduzir as funções jurisdicionais, mas preservar a eficiência investigatória, evitando que, em contato com os elementos de convicção que poderão embasar a pretensão de qualquer das partes, a atividade típica da função jurisdicional, que é a de decidir, seja comprometida.

Alguns setores, entretanto, “tentam romper com a matriz acusatória demarcada pelo art. 4º (o que significará o fim da “reforma”) e com a figura do juiz das garantias, ambos absolutamente fundamentais para uma reforma de verdade”⁶⁰.

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

⁵⁹ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 18. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁶⁰ LOPES Jr., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). Boletim IBCCRIM. São Paulo, ago. 2010, p. 9.

Segundo Aury Lopes Jr., há providências que podem ser tomadas para colaborar com a implantação do modelo do juiz das garantias, como a existência de um revezamento entre os juízes, para que quem atue apenas na investigação preliminar não se sinta um “subjuiz”, o aumento da competência deste juiz, para que atue, também, no JECrim e em certas varas e a existência de um juiz das garantias regional, para que possa atender cidades próximas em comarcas pequenas.

3.4 A investigação defensiva no Projeto de Lei do Senado nº 156/09

Seguindo o que já é presente no direito italiano⁶¹, o projeto criou, em seu artigo 13, a investigação defensiva⁶². Com este instituto, o Senado deu um relevante passo ao admitir que a investigação criminal pode ser desempenhada por quem venha a ser, futuramente, parte no processo penal, não sendo tarefa unicamente da Polícia Judiciária.

Referido dispositivo, no entanto, não regulamenta claramente quem pode instaurar a investigação da defesa, visto que qualquer pessoa que se julgar investigada, ainda que juridicamente não o seja, poderá fazê-lo. Desse modo, imperativo que seja criado um controle judicial para a instauração, de forma que o

⁶¹ TONINI, Paolo (Org.). *L'investigazione privata nel nuovo processo penale*. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

⁶² Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

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

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

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

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

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

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

postulante seja juridicamente considerado como investigado pelo magistrado⁶³, de acordo com o artigo 9º do projeto, que declara que:

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

O artigo 13 também não define qual seria a finalidade da investigação da defesa; o projeto, portanto, não esclarece se o intuito é investigar a infração penal que está sendo averiguada por um órgão estatal ou se o que quer que o investigado julgue importante a fim de exercer seu direito de defesa pode ser objeto de investigação. Necessário, portanto, que seu objeto seja definido, pois a investigação da defesa pode até mesmo requerer interceptações telefônicas, de acordo com o artigo 249 do referido projeto de lei, que aduz que “O pedido de interceptação de comunicações telefônicas será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou da defesa, ou por meio de representação do delegado de polícia, ouvido, neste caso, o Ministério Público (...)”.

A previsão da investigação da defesa no novo Código de Processo Penal, em apenas um artigo, é tímida, porém importante, visto que rechaça a ideia de sua impossibilidade. Deste modo, ao menos se sabe que a investigação defensiva é uma opção ao investigado. Sobre a ausência de detalhamento acerca da investigação privada, principalmente quanto a seus limites e formas de promoção, Luiz Rascovski⁶⁴ aduz que:

Não há previsão sobre a forma da investigação defensiva. No entanto, o mais prudente seria que os atos de investigação defensiva fossem registrados de forma escrita pelo defensor. Assim, evitam-se questionamentos concernentes à confiabilidade desses elementos, sob pena de inutilização processual. Também nada se regulamentou com relação à ocasião de apresentação da investigação defensiva. Entende-se que não haveria um tempo exato, mas no momento considerado oportuno e se julgar conveniente, de acordo com a sua estratégia processual, o defensor pode revelar o resultado da investigação

⁶³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Parecer 01/2011. AMPRGS, 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁶⁴ RASCOVSKI, Luiz. Temas relevantes de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p.129.

defensiva à autoridade. Em regra, deverá ocorrer durante a persecução prévia, justamente para impedir a instauração da ação penal.

Apesar da possibilidade de requerimento de interceptações telefônicas, resta evidente que o maior meio de investigação defensiva previsto no projeto de lei é a prova testemunhal. Ocorre, no entanto, que este tipo de prova permite que haja um controle de sua composição, tendo em vista que provém do que é extraído do depoimento da testemunha, o que está intrinsecamente ligado às perguntas que são feitas pelo responsável pela inquirição⁶⁵. Deste modo, o resultado dessa prática pode ser contaminado pela linha de raciocínio ou interesses adotados por quem inquire.

É preciso que as partes, por meio de seus advogados, possam ter um primeiro contato com as testemunhas que serão ouvidas, por meio de entrevistas. É necessário que os advogados tenham ideia do que as testemunhas dirão em seus depoimentos, de modo que evitem problemas e surpresas durante a inquirição. Essas entrevistas são de suma importância para que haja a preparação das estratégias que serão empregadas no julgamento. Assim, a defesa poderá inquirir testemunhas antecipadamente, até mesmo as de acusação, anexando a ata ao inquérito policial, o que permitirá que o juiz tenha contato com outra linha de investigação. A necessidade de consentimento da testemunha, prevista no § 2º do artigo 13, porém, pode dificultar seriamente o poder investigativo da defesa.

Conforme o disposto no *caput* do artigo 13, é possível que a defesa tome a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa por meio de “mandatários com poderes expressos”, isto é, a contratação de investigador particular. Ainda que dispor sobre a possibilidade da investigação defensiva seja um grande avanço, os recursos da defesa para buscar provas e empreender atos investigativos são demasiadamente restritos quando comparados com os que a Polícia Judiciária possui.

Muitos dos acusados não possuem condições de custear um advogado, sendo assistidos pela Defensoria Pública ou por defensores dativos, o que limita

⁶⁵ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. Revista Jurídica UNIGRAN. Vol. 17, nº 33. Dourados, Jan./Jun. 2015, p. 144

suas possibilidades de arcar com os custos de um investigador particular. Por esse motivo, parte da doutrina alega que a investigação criminal defensiva seria privilégio dos abastados, capazes de pagar os altos custos de advogados e investigadores, já que, em nossa sociedade, a maioria dos acusados vive em situação econômica escassa⁶⁶.

No entanto, o que precisa ser mudado é a diferença entre os serviços prestados, tendo em vista que a dificuldade da defensoria realizar investigações em favor dos assistidos reside no enorme número de defesas que precisa realizar, as quais já mal são absorvidas em sua totalidade⁶⁷. Apesar disso, esta garantia não pode ser dispensada em virtude dos recursos escassos.

⁶⁶ LOPES Jr., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁶⁷ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. Revista Jurídica UNIGRAN. Vol. 17, nº 33. Dourados, Jan./Jun. 2015, p. 145.

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

4.1 A investigação criminal e o garantismo

O garantismo penal é uma teoria cunhada por Luigi Ferrajoli. Trata-se de um modelo de justiça fundamentado nos mesmos princípios que motivaram o iluminismo de John Locke e Christian Wolf, que “pregavam a intervenção do direito como forma de se evitar a vingança privada”⁶⁸.

No prólogo da obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal*⁶⁹, de Ferrajoli, Norberto Bobbio define garantismo como sendo um:

(...) modelo ideal do Estado de direito entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social chamado a proteger também os direitos sociais; (...) uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e (...) como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.

A teoria de Ferrajoli tem como objetivo inicial a reconsideração do modelo utilitarista do direito penal, apresentando um novo modelo garantista. Antigamente, o direito penal e o processo penal comumente tinham como medidas de prevenção a aplicação da sanção penal; baseado nos princípios da secularização e da tolerância, Ferrajoli criticou esta ideia e propôs a desconstrução desse discurso falsamente humanista (pois o sistema prisional está falido e os direitos fundamentais do investigado, do acusado e do condenado são rotineiramente desrespeitados) e o retorno dessa questão à esfera política⁷⁰.

⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do Direito Penal segundo o modelo garantista. Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 75. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, set. 1999, p. 153.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 10.

⁷⁰ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106.

A crítica feita pela teoria do garantismo visa a solucionar a crise pela qual o direito atualmente passa, em especial a crise da legalidade, presente no fato de não haver, ou serem ineficazes, os meios de controle legais do abuso de poder estatal; a ausência de adequação estrutural entre as formas do Estado de Direito e as funções de bem-estar social; e o enfraquecimento do constitucionalismo, em virtude do deslocamento das fontes de soberania⁷¹.

Segundo Luigi Ferrajoli⁷²:

Por legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento jurídico, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às razões externas, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas razões internas, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre justiça e validade. Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como 'justos' em base de critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez, serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como 'válidos', ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos.

Deste modo, para Ferrajoli, o respeito aos limites anteriormente estabelecidos para que uma nova norma seja criada é o aspecto formal do direito, o que, internamente, lhe confere legitimidade. Assim, uma norma só será válida se tiver sido elaborada de acordo com outras normas, superiores a ela, já existentes.

A teoria do garantismo tenta mudar a visão do direito penal e do processo penal, que normalmente são considerados ramos do direito que visam à aplicação da sanção àqueles que cometeram um ilícito penal, para que sejam vistos como um ramo do direito que evita a aplicação de sanção penal àqueles que não cometeram um ilícito penal e que, ainda que oportuna a sanção, que esta seja aplicada em rigorosa observação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. O direito e o processo penal, portanto, não devem apenas ter como objetivo a

⁷¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do Direito Penal segundo o modelo garantista. Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 75. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, set. 1999, p. 137.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171.

punição dos criminosos, mas a justa punição dos culpados e a absolvição dos inocentes⁷³.

Segundo Aury Lopes Jr.⁷⁴, o juiz, no garantismo, assume o papel de garantidor, que, diante de violações ou ameaças de lesões aos direitos fundamentais constitucionais, não pode ignorá-las, como acontece no modelo positivista. O juiz deve atender ao princípio da verdade formal, absolvendo quando não houver provas plenas e legais, e reparar as injustiças cometidas. A legitimidade da atuação do juiz não é constitucional, não política, embasada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos, mesmo que, para isso, o juiz precise adotar uma posição contrária à opinião da maioria.

O sistema garantista é regido por seis princípios⁷⁵: I) jurisdicionalidade; II) inderrogabilidade do juízo; III) separação das atividades de julgar e acusar; IV) presunção de inocência; V) contradição; e VI) fundamentação das decisões judiciais.

4.2 As garantias na investigação criminal

Os direitos e garantias fundamentais do investigado e de terceiros devem ser os mesmos reconhecidos pela Constituição Federal a qualquer indivíduo. A condição de investigado não pode suprimir nem limitar, por si só, qualquer dos direitos fundamentais inerentes às pessoas, como o direito à honra, à vida, à integridade física e ao patrimônio⁷⁶.

Alguns atos, praticados por ordem do juízo competente, podem, no entanto, resultar em uma limitação a algum direito fundamental. Nestes casos, é necessário que haja expressa previsão legal, ao que o Judiciário, pode decretar que

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 483.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

⁷⁶ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

a medida seja adotada. Portanto, apenas a qualidade de investigado não restringe direitos, mas sim em virtude de atos, administrativos ou judiciais, praticados no interesse da investigação.

Àqueles que se encontrem sob a atividade de persecução penal do Estado, a Constituição Federal⁷⁷, em seu artigo 5º, assevera expressamente seus direitos e garantias fundamentais⁷⁸.

Há, além das elencadas, as garantias do *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII), do *habeas data* (LXXII) e do mandado de segurança (LXIX), dentre outros direitos e garantias previstos em outros artigos da Constituição Federal, legislação infraconstitucional e em pactos internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica. A previsão de direitos e garantias, no entanto, de nada adianta sem que o juiz, dotado de imparcialidade, possa atuar a fim de controlar a legalidade da instrução preliminar.

⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de nov. 2016.

⁷⁸ XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

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

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

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

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Ao defensor também são dispostas garantias que lhe conferem total independência e autonomia quanto à autoridade policial, ao promotor e ao juiz, de modo que possa desempenhar sua atividade de maneira eficaz⁷⁹. A Constituição Federal aduz, no artigo 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

A Lei 8.906/94⁸⁰, que dispõe sobre a atividade profissional do advogado, assegura, em seu artigo 7º, entre outras garantias, os direitos do advogado: comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 312.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 8.906. Promulgada em 4 de julho de 1994. Artigo 7º. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2016.

4.3 O direito à prova e à investigação do crime

A expressão “prova” pode ser definida como o conjunto de atividades praticadas com o objetivo de elucidar os fatos e formar o convencimento do juiz. Pode, ainda, ser entendido como o resultado dessa atividade ou como os “meios de prova”⁸¹.

Este direito é atribuído às partes de maneira equânime e é composto pelos direitos de pedir, de produzir e de ter a prova valorada judicialmente. O direito de pedir prova é o momento de seu requerimento; o direito de produzir prova corresponde à sua admissão pelo juiz e introdução nos autos do processo; o direito à valoração da prova diz respeito à garantia de que as partes tenham apreciadas judicialmente as provas suscitadas⁸².

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho⁸³:

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

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

⁸² MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

4.4 Os princípios do contraditório e da ampla defesa

O contraditório passou a ser disposto no direito brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1937, no artigo 122, n. 11, segunda parte e foi mantido pelos textos constitucionais seguintes (artigo 141, § 25, da Constituição de 1946 e artigo 150, § 26, da Constituição de 1967, renumerado em 1969 para artigo 153, § 16)⁸⁴.

Atualmente, este princípio está disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que aduz 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”. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho⁸⁵, há dois momentos no contraditório, que são por ele assim expostos:

A primeira manifestação do contraditório e pressuposto básico da referida participação é a informação, uma vez que sem a ciência efetiva a respeito de tudo o que se passa no processo seria inviável o exercício daquele complexo de atividades pelos interessados no provimento. Daí a grande relevância para o contraditório dos atos de comunicação processual. (...) Num segundo momento, de participação ativa propriamente dita, o contraditório engloba um amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades utilizadas pelas partes, que convergem para a obtenção de um resultado favorável por intermédio do processo.

Este princípio, deste modo, pode ser definido como o direito dos sujeitos envolvidos no processo tomarem ciência, previamente, da realização de um ato processual e a faculdade das partes se manifestarem, participando ativamente, a fim de se contraporem aos argumentos suscitados pela parte contrária. Segundo Aury Lopes Jr.⁸⁶, o contraditório deve ser observado em todos os momentos da atividade probatória: na postulação, quando será possível que também se postule a prova, em igualdade de condições; na admissão, quando a decisão que admitiu a prova poderá ser impugnada; na produção, em que as partes poderão participar e assistir à

⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 103.

⁸⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

⁸⁶ LOPES JR., Direito processual penal. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 511.

produção de provas na instrução e na valoração da sentença, que poderá ser impugnada pela via recursal se sua fundamentação não observar os preceitos do controle da racionalidade da decisão.

Apesar de previstos no mesmo dispositivo, contraditório e ampla defesa não podem se confundir. Esta sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, desde Constituição de 1824, no artigo 179, VIII, até o referido artigo 5º, LV, da atual Constituição Federal⁸⁷.

O princípio da ampla defesa pode ser definido como o direito do acusado, pessoalmente ou por meio de seu defensor, contrariar ou repelir a acusação que lhe é feita⁸⁸, tutelando pela sua liberdade.

De acordo com André Augusto Mendes Machado⁸⁹, a ampla defesa divide-se em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica caracteriza-se pelo direito do imputado de receber assistência jurídica por defensor de sua confiança, garantia esta que é indisponível, visto que é fundamental para assegurar a igualdade, o contraditório e a imparcialidade do juízo. A indispensabilidade do defensor está prevista nos artigos 5º, LXIII e LXXIV e 133 da Constituição Federal⁹⁰.

A autodefesa é caracterizada como a resistência pessoal do imputado à acusação que lhe foi feita e, diferentemente da defesa técnica, é renunciável, porém o magistrado deve possibilitar que o imputado exerça esse direito. É dividida em dois aspectos: a oportunidade dada ao acusado de influenciar a formação do convencimento do juiz por meio do interrogatório, chamada de direito de audiência, e a possibilidade do acusado se fazer presente em todos os atos processuais,

⁸⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

⁸⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Defesa penal: direito ou garantia, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 4. São Paulo, 1993.,

⁸⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

⁹⁰ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

participando da produção da prova, principalmente a testemunhal, que é chamada de direito de presença⁹¹.

A autodefesa pode ser percebida como fator positivo, se o imputado manifestar uma posição pró-ativa, relatando suas alegações de defesa, o que geralmente ocorre no investigatório policial ou judicial. No entanto, pode ser negativa, se o imputado se mantiver em silêncio, sem colaborar com a apuração dos fatos⁹².

4.5 A investigação criminal defensiva como meio de garantir a paridade de armas

A investigação defensiva pode ser definida como aquela realizada pelo investigado, através de seu advogado, defensor público ou investigador privado, com o intuito de realizar diligências investigativas a fim de coletar elementos de convicção capazes de auxiliar na sua defesa, provando sua inocência⁹³. Esse instituto é a possibilidade do investigado, fundado em especial no princípio da ampla defesa, ter maior participação na fase pré-processual e contrapor-se à investigação oficial, muitas vezes parcial, juntando informações que visem a elucidar os fatos e evitar eventual denúncia.

Segundo Francisco da Costa Oliveira⁹⁴, alguns dos objetivos da investigação defensiva são:

- (I) comprovação do alibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado;
- (II) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros;
- (III) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

⁹² MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

⁹³ BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. Boletim do IBCCRIM, n. 137, p. 7.

⁹⁴ OLIVEIRA, Francisco da Costa. A defesa e a investigação do crime. Coimbra: Almedina, 2004, p.58. apud MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.

excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; (IV) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados fatos; (V) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; (VI) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; (VII) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.

A investigação criminal defensiva não pode ser confundida com a possibilidade de requerimento de diligências prevista no artigo 14 do atual Código de Processo Penal⁹⁵, que afirma que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

De acordo com Aury Lopes Jr.⁹⁶:

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

Em tese, somente os pedidos de medidas realmente desnecessárias ou protelatórias podem, motivadamente, ser indeferidos, pois “não pode a autoridade policial negar o requerimento de diligência formulada pelo acusado, desde que guarde importância e correlação com o esclarecimento dos fatos e a defesa do acusado”⁹⁷. Na prática, no entanto, a possibilidade do pedido de diligência é ineficaz, pois a discricionariedade presente no referido artigo, que afasta qualquer viés de obrigatoriedade da solicitação ser acatada pela Autoridade Policial, muitas vezes prejudica a defesa.

Provavelmente por este motivo, o Projeto de Lei nº 156/09, em seu artigo 26, apresentou nova redação para a previsão do requerimento de diligências. O artigo 26 do projeto define que:

⁹⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Artigo 14. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 de nov. 2016.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 96.

⁹⁷ SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 351.

Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.

§ 1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público.

§ 2º A vítima poderá solicitar à autoridade policial que seja comunicada dos atos relativos à prisão ou soltura do investigado e à conclusão do inquérito, devendo, nesse caso, manter atualizado seu endereço ou outros dados que permitam a sua localização.

Evidente, portanto, que a inserção do § 1º do artigo 26 visa a reduzir o alcance da discricionariedade da Autoridade Policial. É fundamental essa adição, visto que a falta de controle nas atividades realizadas pelo Delegado permite que haja abuso de autoridade⁹⁸.

Outro motivo que torna o pedido de diligências muitas vezes ineficaz é a ideia de que o sucesso da investigação está necessariamente ligado à condenação do investigado. Por esse motivo, muitas vezes, quando há requerimento de diligências feito pelo ofendido, valendo-se do artigo 14 do Código de Processo Penal para isso, a Autoridade Policial normalmente atende. Esse fato demonstra que há uma enorme desconsideração à presunção de inocência, posto que o requerimento por parte da defesa do investigado é visto como desnecessário e protelatório, ou é ao menos recebido com desconfiança, ao passo que o requerimento do ofendido é considerado como mais verdadeiro, sendo recebido com ares de maior legitimidade.

Segundo Edson Luis Baldan e André Boiani e Azevedo⁹⁹, é preciso que:

a Autoridade Policial, como presidente da fase investigatória administrativa reservada à ação da polícia judiciária, preserve, no âmbito de suas atribuições, a garantia do devido processo legal, potencializando o uso da disposição garantista encerrada no artigo 14 do Código de Processo Penal, propiciando que nos autos do inquérito policial ingressem, também, os elementos de prova (dês que legítimos) de interesse da defesa da pessoa sujeita à investigação ou indiciamento.

Fala-se em paridade de armas em decorrência da visão de que o processo é um substituto da guerra, já que há de haver embate entre os dois polos

⁹⁸ RASCOVSKI, Luiz. Temas relevantes de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p.129.

⁹⁹ BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). Boletim do IBCCRIM, n. 137, p. 9.

que têm algum tipo de interesse no processo. Revela-se, assim, como cerne do processo penal o conflito existente entre dois interesses indisponíveis que reclamam o trato paritário: o direito de punir e o direito de liberdade.

A paridade de armas é também conhecida como igualdade de partes, pois esse princípio é dirigido para quem já está na fase posterior à acusação; na fase de investigação, não se considera o princípio da igualdade de partes. Isso acontece no Brasil porque se segue uma tradição do direito continental europeu, de que a fase de investigação seja mais restrita para tentar equilibrar o caminho percorrido pelo suposto infrator do direito penal.

As armas podem ser meios, instrumentos, possibilidades, oportunidades, para que as partes possam apresentar as suas razões para melhor convencer o julgador. Essas armas são das partes e têm como objetivo permitir que o julgador possa decidir da melhor forma para cada parte.

Este princípio se comunica com o do contraditório, visto que:

(...) coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendores o contraditório também se assegura tratamento igualitário.¹⁰⁰

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal assim dispõe:

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

O artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰¹ impõe:

Art. 7º Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

¹⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 63.

¹⁰¹ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamada em 10 de dezembro 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2016.

É consagrada em nosso ordenamento jurídico, portanto, a igualdade entre as partes no processo penal, o que só é atingido com a ação ativa no cumprimento da paridade de armas. A legitimidade da jurisdição exige um tratamento paritário entre os sujeitos do processo, provocando que ambos tenham igual oportunidade de participação na construção do provimento final. Tal igual oportunidade de participação só pode ser obtida no processo penal se existir uma atividade dinâmica, ativa, na busca do equilíbrio da formação do procedimento.

Tal instituto é, inclusive, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 213121/SP¹⁰².

A Igualdade formal de armas é uma igualdade que a doutrina internacional afirma que deve ser matemática; não pode haver superposição de armas, nem pode uma parte ter mais armas do que a outra. O problema do conceito de igualdade formal é que ele ignora a realidade do mundo. Se, no decorrer do processo, a defesa tiver mais dificuldades para atuar do que a acusação, pela igualdade formal de armas, não haveria possibilidade de equilibrar a situação.

Já a igualdade material de armas é uma igualdade compensatória. Ela parte do pressuposto de que as pessoas no processo penal, naturalmente, não podem ser iguais; para que se possa equilibrar a desigualdade, dá-se mais poderes a um lado do que ao outro. A igualdade compensatória pode dar-se ou por via legal, ou por via judicial.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 21/10/2008. DJ 05/03/2009.

DIREITO INSTRUMENTAL - ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição. INTIMAÇÃO PESSOAL - CONFIGURAÇÃO. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la. PROCESSO - **TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elastecendo prerrogativa constitucionalmente aceitável.** RECURSO - PRAZO - NATUREZA. Os prazos recursais são peremptórios. RECURSO - PRAZO - TERMO INICIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discrição do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e **observando-se princípios consagradores da paridade de armas.** (grifo meu)

Especificamente no processo penal, a concessão do prazo em dobro é um exemplo processual de igualdade material. Hoje, têm prazo em dobro a Defensoria Pública e os Assistentes Judiciários. O Ministério Público já recorreu, por algumas vezes, contra a concessão de prazo dobrado em favor da Defensoria Pública, alegando inconstitucionalidade da lei. O Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que essa distinção de prazo entre Ministério Público e Defensoria Pública é constitucional, mas que perdurará até o momento em que a Defensoria Pública apresentar a mesma estrutura institucional que o Ministério Público. Então essa distinção de prazo apresenta constitucionalidade transitória, independentemente do tempo que transcorrer.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes¹⁰³:

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário, isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas. O tratamento diferenciado o processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dubio pro reo*; *favor rei*".

O princípio do *in dubio pro reo* decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, o qual afirma que, para que o acusado seja condenado, é necessário que o magistrado tenha certeza de que o réu é o autor do delito. Para a absolvição do acusado, no entanto, basta apenas que não se tenha provas suficientes da materialidade e autoria do crime¹⁰⁴.

O princípio do *favor rei* é o princípio do favor dos réus. Este princípio visa a dar mais armas exclusivamente ao réu, mas sem a intenção de compensar coisa alguma; a ideia do *favor rei* não é equilibrar alguma relação que possa haver entre acusador e acusado. Esse princípio parte de um pressuposto buscado na política criminal, de que é preferível um culpado solto a um inocente preso¹⁰⁵. São exemplos do princípio do *favor rei* a revisão criminal e a utilização de prova ilícita.

¹⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 167.

¹⁰⁴ RASCOVSKI, Luiz. Temas relevantes de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p.129.

¹⁰⁵ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 152.

Dando-se paridade de armas às partes na dialética processual, objetiva-se evitar uma situação de privilégio ou supremacia de uma das partes, equilibrando-se o processo pelo respeito à igualdade, na medida em que as partes devem possuir *forças* similares. Essa igualdade, no entanto, não é absoluta, visto que o processo penal caracteriza-se por uma desigualdade essencial entre as posições de acusador e acusado¹⁰⁶.

Não se considera inconstitucional, assim, que se disponha de alguns instrumentos aos quais a acusação não tem acesso. Inexiste inconstitucionalidade, portanto, no fato de caber somente à defesa a utilização de determinados recursos, visando a igualar as forças.

Ante a desigualdade real entre os sujeitos do processo penal, e, tendo-se como premissa o Estado Democrático de Direito, é fundamental que tanto o Legislativo quanto o Judiciário, e juntamente com estes todos os sujeitos do processo, atuem de maneira ativa na concretização das garantias penais e processuais do cidadão, para que, com isto, se tenha a paridade de armas no processo penal e conseqüentemente uma decisão jurídica legítima.

De acordo com Ferrajoli¹⁰⁷:

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

¹⁰⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

4.6 Execução e consequências da investigação criminal defensiva

A investigação defensiva é um recurso de que dispõe o defensor do imputado e que oportuniza que ele colete elementos úteis à defesa dos interesses de seu cliente desde o início da persecução prévia. Quanto mais cedo a atividade investigatória do defensor iniciar, maiores são as chances de que dados materiais importantes para a defesa do imputado sejam obtidos.

Como principais requisitos para a investigação criminal defensiva, André Augusto Mendes Machado aponta¹⁰⁸: I) prática de atos de investigação (e não de prova); II) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; III) em qualquer momento da persecução penal; IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; V) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

De acordo com Francisco da Costa Oliveira¹⁰⁹, são benefícios que decorrem da investigação defensiva: maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

Ao haver suspeitas de que se possa ser investigado, é possível que haja a chamada investigação defensiva preventiva, que ocorre quando o procedimento criminal ainda não foi formalmente instaurado. Nesta espécie de investigação não é possível que o defensor pratique atos que necessitem de intervenção da Autoridade Judiciária, tendo em vista que ainda não há investigação pública.

Em virtude do direito de defesa e do princípio da paridade de armas, no curso da investigação defensiva, são concedidos poderes investigatórios correspondentes aos dos órgãos públicos ao defensor. Os limites da investigação pública também incidem sobre a investigação defensiva, sendo necessária

¹⁰⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. Coimbra: Almedina, 2004, p.21.

autorização judicial para que medidas restritivas de direitos fundamentais sejam adotadas. Há, ainda, a necessidade de consentimento do titular do direito para a prática do ato investigativo, tendo em vista que, diferentemente dos órgãos públicos, o defensor não é dotado de poder de polícia¹¹⁰. A principal diferença entre as investigações estatais e as privadas é a falta de imperatividade das investigações privadas¹¹¹. Uma vez que não é dotado de poder de coerção, o particular tem apenas seus próprios esforços, e a colaboração de pessoas e entes públicos ou privados, quando investiga por sua conta.

Diferentemente da investigação pública, que tem por objetivo aclarar os fatos presentes na *notitia criminis*, verificando todas as particularidades da prática delitiva, a investigação defensiva exclusivamente visa a juntar elementos favoráveis ao imputado. Deste modo, não é necessário que a investigação defensiva verifique todos os fatos importantes para o caso, visto que não tem o objetivo de alcançar a verdade real.

Não é possível que a atividade de investigação criminal seja atribuída apenas aos órgãos estatais. Deve ser oportunizado ao particular, quando pertinente, que colete elementos de convicção, fora dos autos do procedimento conduzido pela autoridade pública, desenvolvendo sua investigação privada¹¹². Apenas deste modo é possível que as garantias previstas na Constituição Federal ao investigado sejam observadas, assegurando o exercício da ampla defesa de fato.

Segundo André Augusto Mendes Machado¹¹³:

O inquérito policial, por prestigiar o viés acusatório da investigação, não atende, a contento, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado, sendo mister o desenvolvimento de investigação particular. Para tanto, deve-se instituir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes constitucionais e os pressupostos da eficiência e do garantismo.

¹¹⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

¹¹¹ CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.

¹¹² CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

¹¹³ MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

Manter o imputado refém de uma investigação pública, na qual ele pouco pode intervir, desrespeita os fundamentos de um processo penal acusatório e não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.

De acordo com Edson Luis Baldan e André Boiani e Azevedo¹¹⁴, espera-se como consequências imediatas da aplicação da investigação criminal defensiva: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o ministério público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do Advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerme e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real pelo fortalecimento da prova criminal.

De acordo com Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:¹¹⁵

O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.

Resta evidente, diante do exposto, que a limitação dos instrumentos defensivos em muito dificulta a demonstração de inocência do investigado. É necessário que, desde a fase de investigação criminal, a dialética seja exercida em sua plenitude, pois somente com a participação ativa da defesa, desenvolvendo a

¹¹⁴ BALDAN, Edson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). Boletim do IBCCRIM, n. 137, p. 7.

¹¹⁵ Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP, edição n. 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.

investigação privada em paralelo com a pública, de acordo com os limites constitucionais, é possível que tenhamos uma investigação mais justa e que respeite o princípio da paridade de armas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito policial, principal espécie de investigação adotada pelo modelo investigatório brasileiro, não é totalmente imparcial na apuração dos fatos relatados na notícia crime. Os atos de investigação praticados nesta fase são produzidos sem que as garantias da publicidade, do contraditório e da ampla defesa sejam observadas. Por este motivo, não são atos de prova, sendo utilizados somente para fundamentar as decisões interlocutórias proferidas nesta fase e para justificar eventual ação penal ou o arquivamento do feito. Deste modo, não amparam as decisões tomadas no decorrer do processo.

Durante o inquérito policial, o juiz tem a função de verificar a legalidade das diligências feitas pela Autoridade Policial, devendo tutelar pelos direitos fundamentais do imputado. Todos os atos investigatórios que resultem em restrição a direitos individuais carecem de autorização judicial, para que sejam analisados os pressupostos legais e a proporcionalidade da medida a ser adotada.

Apesar da Constituição Federal prever apenas a Polícia Judiciária como órgão responsável por presidir a atividade investigatória, sob a fiscalização do Ministério Público e do juiz, a possibilidade da investigação a cargo do *Parquet* vem sendo discutida no Brasil.

O sistema acusatório, no qual há separação das funções de acusar, defender e julgar, é utilizado no Brasil. Apenas com o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 e a inserção do artigo 4º, no entanto, será expressamente definido que o processo penal terá estrutura acusatória, acabando enfim com divergências por parte da doutrina.

O Projeto de Lei do Senado nº 156/09, em seu artigo 13, também prevê que a investigação não é tarefa a ser desempenhada exclusivamente pela Polícia Judiciária, podendo ser feita também por quem venha a ser, futuramente, parte no processo penal.

A possibilidade de instigação defensiva prevista no projeto de novo Código de Processo Penal é bastante tímida, visto que, disposta em apenas um artigo, não prevê quem pode instaurar a investigação defensiva e qual a sua

finalidade. Seria melhor, portanto, que o projeto instituísse um procedimento detalhado de como deveria ocorrer a investigação defensiva, definindo as regras que devem ser observadas no decorrer do trabalho da defesa durante a fase pré-processual.

O direito de defesa garantido ao imputado tem como objetivos evitar que medidas cautelares descabidas sejam aplicadas e impedir a instauração de uma ação penal infundada. Um de seus aspectos é o direito à prova, definido como a possibilidade de que as partes reúnam material probatório para que possam demonstrar a veracidade de suas alegações.

Não se pode confundir a possibilidade do imputado, por meio de seu defensor, requerer diligências, de acordo com o que dispõe o artigo 14 do Código de Processo Penal, com a investigação defensiva. No pedido de diligências, a defesa tem suas pretensões restritas pelos rumos já tomados pela investigação pública instaurada, e encontra óbice na vontade da Autoridade Policial, que, conforme sua discricionariedade, pode atender ou não ao pedido do investigado, impedindo que haja sua participação efetiva na fase preliminar, visto que é muito presente a ideia de que o sucesso da investigação está necessariamente ligado à condenação do investigado.

O § 1º do artigo 26 do Projeto de Lei do Senado nº 156/09 visa a reduzir o alcance da discricionariedade da Autoridade Policial, pois a falta de controle nas atividades realizadas pelo Delegado permite que haja abuso de autoridade.

A investigação criminal defensiva, por outro lado, permite que o defensor estabeleça a estratégia investigatória a ser adotada, sem nenhuma subordinação às autoridades públicas, sendo necessário apenas que os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova sejam respeitados. A investigação privada garante que a defesa colete elementos de prova que lhe sejam favoráveis, o que permite que o magistrado tenha maior conhecimento sobre os fatos, analisando os dados da investigação oficial e da privada.

Deste modo, a investigação defensiva permite que a tese acusatória seja refutada desde seu início, resultando em um maior número de arquivamentos de feitos que instaurariam processos judiciais desnecessários.

Para que haja equilíbrio entre acusação e defesa, evitando que uma das partes encontre-se em situação de privilégio, é fundamental que a investigação defensiva seja possível, pois visa a garantir que as partes possuam os mesmos direitos, ônus e deveres. Diante da desigualdade essencial existente entre as posições de acusador e acusado, a investigação criminal defensiva é um modo de garantir a paridade de armas no processo penal, igualando as *forças* de cada uma das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. Parecer 01/2011. AMPRGS, 2011. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/docs/amprs-parecer-novo_cpp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistema processual penal democrático: reflexos de sua proposição no projeto de código de processo penal. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS. Vol. 2, N.º 1, 2014, pág. 71. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/52316/32186>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamada em 10 de dezembro 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2016.

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

Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP, edição n. 22, jun-jul-ago/2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. Processo penal 1: dos fundamentos à sentença. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 127. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 de nov. 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Artigo 13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 de nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.906. Promulgada em 4 de julho de 1994. Artigo 7º. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 de nov. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156. Relator: CASAGRANDE, Renato. 07 dez. 2010 Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 18. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

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

COMITÊ DE ANÁLISE DO PROJETO DE NOVO CPP. Análise do Projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal. Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. 2011. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONDIM, Cassandra Costa. Investigação criminal: inquérito policial. Conteúdo Jurídico, Brasília: 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49414&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2016.

GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. Análise da investigação preliminar de acordo com seus possíveis titulares. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1331, 22 fev. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9522>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KAC, Marcos. O Ministério Público na investigação penal preliminar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES Jr., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). Boletim IBCCRIM. São Paulo, ago. 2010.

LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Direito processual penal. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

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

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Defesa penal: direito ou garantia, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 4. São Paulo, 1993.

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

OLIVEIRA, Francisco da Costa. A defesa e a investigação do crime. Coimbra: Almedina, 2004.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. Reforma do Código de Processo Penal: análise crítica ao PL nº 156/09 do Senado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2847, 18 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18931>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PORTANOVA, Rui, Princípios do Processo Civil. 4.^a edição. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

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

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

SANGUINÉ, Odone. Notas sobre a investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado. Associação Nacional de Justiça Terapêutica. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=92>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

SANTOS, Washington dos. Dicionário jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do Direito Penal segundo o modelo garantista. Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 75. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, set. 1999.

TONINI, Paolo (Org.). L'investigazione privata nel nuovo processo penale. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.