

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
ÁREA DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Carolina Etzberger

**INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR SOB A ÓTICA DEFENSIVA: OS DIREITOS DO
INVESTIGADO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

Porto Alegre

2011

Carolina Etzberger

**INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR SOB A ÓTICA DEFENSIVA: OS DIREITOS DO
INVESTIGADO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização apresentado como
requisito parcial para a obtenção de título
de Especialista em Direito penal e
processual penal, pelo Curso de
Especialização em Direito penal e
processual penal da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS**

**Orientador: Professor Mestre Fábio Motta
Lopes**

Porto Alegre

2011

Carolina Etzberger

**INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR SOB A ÓTICA DEFENSIVA: OS DIREITOS DO
INVESTIGADO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização apresentado como
requisito parcial para a obtenção de título
de Especialista em Direito penal e
processual penal, pelo Curso de
Especialização em Direito penal e
processual penal da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS**

**Orientador: Professor Mestre Fábio Motta
Lopes**

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Ms. Fábio Motta Lopes pelo conhecimento, paciência e dedicação para a realização desse trabalho.

À Lúcia Brito, pela revisão do resumo em língua estrangeira, pelo estímulo e amizade.

Aos meus colegas do curso de especialização, pela qualidade dos debates nesses quase dois anos de aulas.

“A soberania pertence ao povo”, está escrito no primeiro artigo da Constituição italiana; mas, acrescenta-se imediatamente, o povo “a exerce nas formas e nos limites da Constituição”. Logo, nem mesmo o povo é soberano no antigo sentido superiorem non recognoscens ou de legibus solutus; e, menos ainda o é a maioria, pois a garantia dos direitos de todos – até mesmo contra a maioria – tornou-se o traço característico do estado democrático de direito.

(A soberania no mundo moderno, FERRAJOLI, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p.33)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um sistema garantista e acusatório ao processo penal brasileiro que deve ser observado e respeitado em um Estado Democrático e de Direito. O objetivo primordial desse trabalho é demonstrar que a investigação criminal defensiva possui amparo constitucional. Há necessidade premente de instituí-la de fato, a fim de ser ter uma persecução penal justa e eficiente no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, faz-se um resgate semântico do tema no primeiro capítulo. Examina-se os principais aspectos da investigação preliminar, com fundamento no sistema acusatório. No capítulo seguinte, aborda-se o conceito, a natureza jurídica, os sujeitos e a finalidade da investigação, bem como a diferenciação entre atos de investigação e atos de instrução e seus reflexos na instrução processual. Posteriormente, destaca-se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia no âmbito da investigação, a fim de assegurar os direitos do imputado. Por fim, analisa-se os meios e instrumentos de defesa (técnica e própria) na fase preliminar que compõem os direitos do investigado. Ao final, revela-se a imprescindibilidade da investigação defensiva nos sistemas jurídicos. E, aponta-se a disseminação dos poderes investigatórios do Ministério Público no procedimento para a apuração da infração penal, no seu papel de parte.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Investigação Preliminar. Sistema acusatório. Direitos do investigado.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brought an accusatory and guarantist system to the Brazilian criminal process that must be observed and respected in a democratic State and the rule of law. The primary objective of this work is to demonstrate that defensive criminal investigation has constitutional support. There is a truly pressing need to set defensive criminal investigation in order to have a fair and efficient criminal prosecution in Brazilian legal ordinance. For this purpose, in the first chapter there is a semantic rescue of the subject. The main aspects of the preliminary investigation, based on the accusatory system, are examined. The next chapter covers concept, legal nature, subjects and purposes of investigation, as well as the distinction between acts of investigation and acts of instruction and their reflexes in procedural statement. Following, the constitutional principles of contradictory, full defense and equality in the field of investigation, in order to ensure the rights of defendant, are pointed out. Finally, there is an analysis of means and instruments of defense (technical and one own's) that constitute defendant's rights in the preliminary phase. At last is revealed the indispensability of defensive role in legal systems and pointed out the spread of investigation powers of Public Prosecutor's Office in the proceedings for determination of criminal infringement in its role as a party.

Keywords: Criminal Law. Preliminary Investigation. Accusatory System. Defendant's rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	14
2.1 CONCEITO	17
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	20
2.3 OBJETO.....	21
2.4. SUJEITOS.....	23
2.4.1 Sujeitos Encarregados da Investigação	24
2.4.2 Sujeitos Envolvidos na Investigação	26
2.4.2.1 Autoridade Policial.....	26
2.4.2.2 Ministério Público	27
2.4.2.3 Juiz.....	28
2.4.2.4 Vítima	30
2.4.2.5 Imputado	30
2.4.2.6 Defensor do Imputado.....	32
2.5 EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS	33
2.5.1 Atos de Investigação	34
2.5.2 Atos de Instrução	36
2.5.3 Atos de Prova	38
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	39
3.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA	41
3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	46
3.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	51
4 EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL	58

4.1 DIREITO DE INFORMAÇÃO	59
4.2 DIREITO DE SER INTERROGADO	61
4.3 DIREITO DE ACESSO AOS AUTOS	68
4.4 DIREITO DE DESCARGO	72
4.4.1 Reconhecimento Pessoal	73
4.4.2 Reprodução Simulada dos Fatos	77
4.4.3 Exame Pericial	80
4.4.4 Inquirição das Testemunhas	85
4.4.5 Acareação	87
4.4.6 Exibição de Documentos	87
4.5 DEFESA TÉCNICA	89
4.5.1 Assistência de Defensor Público	92
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

1 INTRODUÇÃO

A sociedade evolui a cada dia e com ela sobrevivem as mudanças no segmento das relações humanas. Há um embate permanente entre a necessidade do convívio social e os interesses individuais. Contudo, embora torne-se constante a busca pela adequação do direito ao comportamento humano, os estudiosos, operadores do direito e legisladores nem sempre acompanham com similar celeridade o crescimento e a evolução dessas relações.

Nesse embate permanente entre o interesse público e o privado, tem-se a falsa ideia de que aquele deve sempre se sobrepor a este. Há uma também falsa tendência, em matéria criminal, de se acreditar que os direitos individuais devem curvar-se ao interesse público, por ser este supostamente supremo.

Inegavelmente, o princípio da supremacia do interesse público tem função essencial no direito administrativo, no qual deve prevalecer o interesse público pelo simples fato dos Governantes governarem para a sociedade.

A ideia do interesse público tem total aplicabilidade para a Administração Pública que deve ter por finalidade o homem como membro de uma sociedade, fazendo-se preponderar o direitos de todos sobre o direito individual na busca do bem comum.

Contudo, tal supremacia do direito público não é extensiva a todos os ramos do direito. No estado democrático de direito os princípios e normas constitucionais devem sobrepor-se ao interesse público, quando se buscar a proteção do indivíduo frente ao Estado.

A concepção de estado soberano moderno traz barreiras constitucionais à soberania estatal em face dos direitos individuais, de forma que, quando se visa à proteção do acusado, o interesse público possui freios no interesse do indivíduo, limitando o uso do poder pelo Estado.

Em conformidade com a Constituição Federal brasileira, no processo penal, priorizam-se os direitos e garantias fundamentais do acusado em detrimento do interesse público. Destaca-se que, nesse caso, cuidam-se de direitos individuais “superiores” ao interesse público, porque elevados à condição de direitos e garantias fundamentais, situando-se na dimensão de cláusulas pétreas.

Some-se a isso, o fato de a Constituição da República trazer como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana sem qualquer paralelismo ao interesse público. Denota-se daí que, em nosso estado democrático de direito, tem-se como valor supremo os direitos e garantias fundamentais.

Com este norte constitucional, a reforma penal brasileira em tramitação no Congresso Nacional – PLS 156/2009 - visa a substituir o antiquado sistema inquisitivo do processo penal readequando-o aos novos paradigmas constitucionais, em especial, ao sistema acusatório.

A Carta da República é considerada uma constituição garantista, vez que limita os poderes do Estado frente às garantias fundamentais do indivíduo, admitindo, dentre outros direitos, a observância do Estado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, da isonomia processual, bem como o da presunção de não-culpabilidade, aos acusados em geral.

Neste trabalho, procura-se verificar de que forma os legisladores pátrios devem sistematizar a investigação preliminar de modo a implantar na fase pré-processual os direitos e as garantias previstas constitucionalmente. Sabe-se que o sistema que vige no processo penal brasileiro atualmente é o acusatório, segundo o qual as partes – acusação e defesa – devem ser as titulares das provas, mantendo-se o Estado-Juiz imparcial e equidistante. Neste contexto, ressalta-se a necessidade ou não, do Estado-investigador – Polícia Judiciária – manter-se da mesma forma, permitindo a busca de provas para reunir elementos de convicção acerca da existência, ou não, da infração penal e não apenas zelando por encontrar subsídios à acusação.

Nesse estudo, a propósito da formação da *opinio delicti*, quer-se demonstrar a possibilidade de se permitir a participação do imputado no inquérito policial, que atuará conforme a sua conveniência, contribuindo para pesquisa de reformas de um sistema constitucionalmente garantista.

Não se desconhece que, atualmente, a sensação de impunidade é um dos maiores problemas da criminalidade no Brasil. Contudo, isso é um problema de segurança pública e não de persecução penal. Não se pode ter tal sensação como justificativa para a violação de direitos e garantias constitucionais, mormente quando se tratam de direitos e garantias elevados à cláusula pétrea pelo constituinte brasileiro, nem mesmo em se cuidando de investigação preliminar. Posto que, todos são iguais perante à lei¹ e têm assegurado o direito à liberdade, podendo ser punida qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais,² assegurados aos acusados em geral em qualquer procedimento.³

Neste contexto, não deve fugir da investigação policial, que nada mais é do que a apuração sobre pessoas e coisas para a reconstrução de um fato, a observância aos direitos e garantias do imputado.

De forma geral, esse estudo visa à demonstração de que a fase pré-processual pode, em conformidade com os direitos e garantias individuais, investigar a existência ou não de uma infração penal e seu possível autor, sem a violação de normas e princípios protetores do indivíduo e, oportunizar a paridade de armas aos sujeitos interessados na persecução penal, sem gerar impunidade.

Isso porque, tratando-se de inclusão de direitos e garantias na investigação criminal, em face do sistema acusatório incorporado pela Constituição Federal, alguns autores ainda se mostram conservadores e não aceitam o exercício de qualquer direito pelo imputado no que chamam de “procedimento investigativo do

¹ Art. 5º, caput, CF/88: *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:*

² Art. 5º, XLI, CF/88: *a lei não punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;*

³ Art. 5º, LV, CF/88: *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;*

inquérito policial”, afirmando se cuidar de procedimentos em que não há partes, nem litígio.

Por outra perspectiva, há hoje um crescente avanço no interesse pelos direitos do imputado, demonstrando que a investigação criminal defensiva é indispensável à paridade de armas entre a acusação e o imputado, permitindo a obtenção dos meios de prova relevantes para a defesa, com a possibilidade de afastar a acusação que lhe foi feita, evitando a instauração de ação penal infundada e aumentando a eficiência da Justiça Criminal.

A ideia de que o processo penal deve primar pela busca da “verdade real”, no sentido de que o juiz deve produzir provas para que se alcance as circunstâncias em que os fatos se passaram, independente da verdade constante dos autos, é ultrapassada, não mais possuindo qualquer fundamento constitucional.

Primeiro, porque no sistema acusatório o juiz deve manter-se imparcial e equidistante das partes, não se permitindo que investigue e produza provas. Depois, porque o objetivo do processo penal não é o de buscar a verdade sobre como os fatos se passaram, mas o de julgar qual a percepção trazida mais se justifica e se adequa ao caso.

Sendo assim, para apresentar a visão defensiva na investigação preliminar, de início, faz-se um resgate semântico do tema e, com fundamento no sistema acusatório, examina-se os principais aspectos da investigação preliminar. Apresenta-se o conceito, a natureza jurídica, os sujeitos e a finalidade da investigação, situando-se seu objetivo na persecução penal. Ainda, aborda-se a diferenciação entre atos de investigação e atos de instrução e seus reflexos na instrução processual.

Posteriormente, destacam-se os princípios constitucionais que devem nortear a persecução penal também em sua fase pré-processual. São conceituados os princípio do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, ocupando-se com o alcance e limites de sua incidência no âmbito da investigação, a fim de assegurar os direitos do imputado.

No quarto capítulo, abordam-se os meios e instrumentos que a defesa técnica do investigado e ele próprio, em sua autodefesa, podem usufruir para bem desempenhar o seu papel na fase pré-processual. Ao final, revela-se a imprescindibilidade da investigação defensiva nos sistemas jurídicos, apontando a disseminação dos poderes investigatórios do Ministério Público no procedimento para a apuração da infração penal, no seu papel de parte.

Por fim, registra-se que o presente trabalho apresenta-se em metodologia de abordagem dialética, contrapondo as interpretações e os conceitos trazidos pela doutrina e jurisprudência acerca do atual modelo de investigação preliminar e a nova sistemática indicada no Projeto de Lei do Senado n. 156/2009. O método de procedimento utilizado é empírico, histórico e comparativo, com técnicas de pesquisa bibliográfica, por meio de fichas de leitura de livros e artigos científicos relativos ao tema do trabalho, assim como a análise de julgados mais recentes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como, o enfoque da doutrina e jurisprudência em que se encontra aplicados à problemática exposta.

2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A investigação criminal, desde os tempos mais remotos, tem, no Brasil, por sua espécie mais conhecida, o inquérito policial, considerado como “uma pesquisa sobre pessoas e coisas úteis para a reconstrução das circunstâncias de um fato legal ou ilegal e sobre a idéia que se tem a respeito deste”.⁴

Os cânones até hoje existentes sempre trouxeram a ideia de que o inquérito policial não passa de um mero procedimento investigativo, com feição de peça de natureza informativa e fins acautelatórios, no qual não se deve observância aos direitos individuais.

Segundo Lopes Junior,⁵ é argumento recorrente em matéria penal que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente a “supremacia” do interesse público. Tal entendimento vem ainda acentuado quando se trata de investigação, vez que se diz cuidar de procedimento administrativo pré-processual.

Mello⁶ define o princípio da supremacia do interesse público como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Di Pietro⁷ afirma que:

substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

⁴ ROCHA, Luís Carlos. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p.69.

Contudo, não é essa a noção que se tem em um estado democrático de direito, já que, neste, os princípios e normas constitucionais devem sobrepor-se ao interesse público, porque se busca a proteção do indivíduo frente ao interesse do Estado. Ferrajoli⁸ sintetiza a supremacia de interesses em um estado soberano moderno:

De fato, divisão dos poderes, princípio de legalidade e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise a negações da soberania interna. Graças a esses princípios, a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada. De modo particular, o princípio da legalidade nos novos sistemas parlamentares modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais – logo, ao povo e aos indivíduos - , transformando os poderes públicos de poderes absolutos em poderes funcionais”.

Neste contexto, não se pode dizer que, no ordenamento jurídico criminal brasileiro, o interesse público sobrepõe-se ao interesse individual. Pois, conforme a Constituição de 1988, priorizam-se os direitos e garantias fundamentais do acusado em detrimento do interesse público. Lopes Junior⁹ enfatiza que os direitos dos acusados superam a esfera do “privado”, porque se situam na dimensão dos direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”). Refere o autor, “na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal”.

Acrescenta-se que a Carta Constitucional traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Segundo Vale,¹⁰ “a dignidade do homem, conforme a constituição é o princípio norteador e basilar dos direitos fundamentais, constituindo, assim, o seu fundamento”

Então, a partir de 1988, tem-se uma nova feição do inquérito policial, partindo-se da premissa constitucional de garantir aos acusados em geral o exercício do contraditório e da ampla defesa, inclusive em processo administrativo (art. 5º, LV).

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Traduzido por Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisado por Karina Jannini. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 28.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. op cit., p.11

¹⁰ VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009, p. 59.

O projeto de lei do Senado Federal n. 156, apresentado em abril de 2009, pelo Senador José Sarney, que visa à reforma do Código de Processo Penal, muda a percepção até então existente e incorpora o sistema acusatório e as garantias individuais na agora denominada investigação preliminar.

O ainda vigente Código de Processo Penal idealizado em outro momento sociopolítico tem seu significado jurídico fortemente alterado com a Constituição Federal e com o projeto de lei em tramitação. Constroí-se, agora, uma nova ordem infraconstitucional instrumentalizada na atual concepção de um estado soberano de direito, segundo o qual o Estado pode e deve sofrer limitações de poder.

Saad¹¹ adapta o conceito de investigação ao sistema hoje vigente no país, partindo do mesmo entendimento exposto no início, de que o inquérito possui dupla função:

preservadora, ao garantir que se diminuam, ou minimizem, imputações infundadas, temerárias ou até caluniosas, evitando o custo de acusações formais inúteis perante o juízo criminal; e preparatória, ao acautelar eventuais meios de prova, que podem desaparecer com o tempo.

O simples fato de que, hodiernamente, quer-se buscar um processo “justo” e que a investigação criminal, por si só, já abala a dignidade da pessoa humana, ou, segundo Choukr,¹² trata-se de um atentado ao *status dignitatis* do investigado, urge a adoção das garantias constitucionais em qualquer fase da persecução penal. Nos dizeres de Pitombo¹³, importa perceber a evidência de que, no inquérito policial, o suspeito e o indiciado não se podem ver tratar como estranhos, excluindo-se deles o exercício do direito de defesa.

Assim, da mesma forma que a fase pré-processual é absolutamente imprescindível ao processo penal, que sem a investigação é um processo irracional,¹⁴ as “garantias da responsabilidade penal”, isto é, a observância das

¹¹ SAAD, Marta. “Exercício do direito de defesa no inquérito policial”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.14, n.166, set. 2006, p. 6.

¹² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3. ed, ampl e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

¹³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Inquérito policial: exercício do direito de defesa”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.7, n.83 (esp.), out. 1999, p. 14.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 223.

“regras do jogo”,¹⁵ ainda que na fase pré-processual, também o são.

E, as garantias da responsabilidade penal, segundo Ferrajoli,¹⁶ significam aqui não “uma condição suficiente, na presença da qual seja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir”. Mais do que isso, a função específica das garantias no direito penal, não “é tanto punir ou legitimar, senão muito mais condicionar e vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.

Não se vê, pois, prejuízo para a persecução penal, em especial, à investigação criminal, a inserção das garantias e direitos individuais do imputado também na fase pré-processual.

2.1 CONCEITO

Há muito tempo que o inquérito policial é considerado como

acto extrajudicial, de competência da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervém a autoridade judiciária competente ou, em synthese, uma peça de instrução ou de instrumento, para servir de base à denúncia, à queixa ou ao procedimento ex officio.¹⁷

Dessa definição do início do século passado (1917), construiu-se não só o enfoque doutrinário, mas o legislativo, segundo o qual o inquérito policial servia única e exclusivamente para dar subsídio ao oferecimento da denúncia, visando sempre ao alcance da famigerada “verdade real”.

Essa ideia de que o processo penal deve primar pela busca da “verdade real”, no sentido de que “o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos¹⁸”, preconiza, segundo Choukr,¹⁹ uma “alienação” dos direitos fundamentais.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 90

¹⁷ SIQUEIRA, Galdino. *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 3.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan, op. cit., p. 3.

Conforme Zilli,²⁰ atualmente, o objetivo do processo penal é o de

descobrir qual das percepções trazidas é a que se afigura como a mais plausível, levando-se em conta os fatos postos em julgamento. Nesse sentido, o sistema que promove competições e discussões dialéticas entre várias acepções acerca de um fato é, seguramente, o que melhor poderá refletir a realidade.

Ferrajoli diferencia a verdade substancial ou material do que define como verdade formal ou processual. Explica que aquela “quer dizer uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e confins leais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais”. Esta “alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes”.²¹

Com a evolução dos direitos humanos e dos direitos do indivíduo, evoluíram também as noções do que seja e do que se busca no inquérito policial. Alguns autores entendem que a “verdade” é inatingível e somente se poderá chegar a reconstrução do “delito enquanto fato histórico”.²²

Semelhante é o pensamento de Lopes,²³ para quem “a busca da verdade significa a tentativa de se elucidar uma infração penal mediante a reconstituição do fato pretérito de forma mais próxima da realidade, com maior grau de probabilidade do que possa ter ocorrido, respeitando-se o devido processo legal”.

Por sua vez, Machado²⁴ conceitua a investigação “como um procedimento formado por um conjunto de atos interligados que visam a elucidar um fato obscuro. Quando a circunstância a ser aclarada é uma possível prática delituosa, qualifica-se a investigação de 'criminal'.”

²⁰ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

²¹FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 48

²² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 267.

²³ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

²⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15/16.

De acordo com essa linha de entendimento, extrai-se da investigação a ideia de ‘verdade’ ou ‘realidade’, quando o que se busca é a apuração de uma circunstância fática.

O PLS 159/2009²⁵ assim disciplina no artigo 8º: “a investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal”.

O novo ordenamento jurídico abstrai a ideia de ‘verdade’ ou ‘realidade’, incorporando o verdadeiro sentido da investigação, ou seja, o de identificação de fontes de provas para apurar fundada hipótese de infração penal.

Não foge do novo conceito legal, a percepção de que a máquina pública somente deve ser iniciada quando houver fundamento ‘razoável’ a respeito da prática de uma infração penal, permitindo a interpretação de que o fato, para ser investigado, deve ser relevante ao direito penal.

Contudo, extrai-se das exposições trazidas que o inquérito não se cuida de mera peça informativa, mas em verdadeira instrução criminal prévia ao processo penal. Não é demais afirmar, inclusive, que a maioria das provas colhidas nessa fase lastreia a acusação e acaba por delimitar a discussão judicial.²⁶

Nessa linha, Lopes Junior²⁷ chama de

investigação/instrução preliminar o conjunto de atividade desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não-processo.”

À luz do examinado, verifica-se que a investigação criminal concretiza-se na busca de provas que visam a reunir elementos de convicção acerca da existência,

²⁵ Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 apresentado no dia 22 abr 2009, pelo Senador José Sarney. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>.

Acesso em 08 dez 2010.

²⁶ LOPES, Fábio Motta. “O inquérito policial é mera peça informativa?” *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 181, dez. 2007, p.10.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 226.

ou não, de uma infração penal, alcançando subsídios à defesa e à acusação, e zelando pela formação de uma *opini delicti* com observância dos postulados constitucionais, sem perder seu caráter “autônomo e instrumental”²⁸.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

O atual Código de Processo Penal, em que pese discipline o inquérito policial nos artigos 4º a 23, não o conceitua expressamente, tampouco define a sua natureza jurídica. No entanto, a exposição de motivos do vigente diploma processual classifica-o como “processo preliminar ou preparatório”.²⁹

Não obstante a conceituação acima referida e em que pesem os diversos posicionamentos doutrinários, registra-se que o entendimento predominante é de que a investigação preliminar não se cuida de processo. Isso porque, no processo, há uma relação jurídico-processual permeada pelo contraditório entre as partes, objetivando a prestação de uma tutela jurisdicional.

Não se desconhece que na investigação preliminar existe, “efetivamente, instrução criminal, provisória ou definitiva”.³⁰ Possui, também, atos de natureza distinta, dentre os quais, atos jurisdicionais. Nenhum desses elementos, no entanto, são suficientes a firmarem sua natureza jurídica processual.

Segundo Dinamarco³¹, procedimento é “um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de confirmação do exercício do poder”.

É certo que a investigação preliminar não assume nenhuma forma predeterminada, vez que não possui uma sequência lógica e cronológica de atos concatenados e vinculados entre si. Para Pinto³², o inquérito policial “não se vincula

²⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 19.

²⁹ Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941.

³⁰ LOPES, Fabio Motta. *O inquérito policial...*, cit., p.10.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131

³² PINTO, Felipe Martins. “A processualização do inquérito policial”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.9, n.110, jan. 2002, p. 4-5.

a um rito pré-estabelecido, sendo facultado, à autoridade policial, comandar as investigações como melhor lhe convier, realizando ou não diligências em razão de um juízo pessoal da necessidade destas”.

Sem embargo, a investigação preliminar apresenta caracteres específicos de um verdadeiro procedimento, ainda que não assuma uma seqüência exata de atos cronologicamente interligados. Por outro lado, possui evidente caráter instrumental à ação penal, com dupla função, preservadora e preparatória, ao mesmo tempo que goza de autonomia, porque “sua existência não depende daquela”³³, pontuando-se, pois, inequivocamente, como verdadeiro procedimento pré-processual.

Contudo, discute-se, se tal procedimento pré-processual possui natureza administrativa ou judicial. E, tal discussão vincula-se ao sujeito que preside as investigações. Se a investigação estiver a cargo do Poder Judiciário ou de um Ministério Público independente do Poder Executivo constitucionalmente incluído no Poder Judiciário³⁴, o procedimento é judicial. Contudo, quando estiver a cargo da Polícia Judiciária ou de outro órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, ter-se-á um procedimento administrativo.

Conclui-se, assim, que a investigação preliminar no Brasil possui natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual, vez que presidida por um Delegado de Polícia Judiciária, no qual se pratica atos predominantemente administrativos, que visam a subsidiar um processo ou um não-processo,

2.3 OBJETO

Inegavelmente, o objeto da investigação preliminar é a averiguação de um fato, relatado na notícia de crime, a fim de arrecadar provas para a formação da opinião do crime. Para Claus Roxin³⁵, “a instrução preliminar deve estruturar a comprovação de culpabilidade do imputado, mas também a exoneração do

³³ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 19/20.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3. ed. rev. amp. e atual., Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005, p. 38.

³⁵ ROXIN, Claus. *apud* MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 20.

inocente”. No mesmo sentido, Carnelutti³⁶ “defende que a investigação preliminar não se faz para a comprovação do delito, mas somente para excluir uma acusação aventurada”. Moura³⁷ sustenta que “o inquérito policial não é só base para a acusação, mas base para o arquivamento”.

Neste contexto, pode-se dizer que na investigação preliminar não se tem, ou não se deveria ter, uma acusação propriamente dita, vez que apenas se busca a identificação e aglutinação dos elementos de prova, para, aí sim, chegar-se a conclusão de um processo – iniciado por uma acusação em sentido estrito -, ou de um não-processo.

A investigação realizada pela Polícia Judiciária apenas verifica a possibilidade de se chegar a uma verdadeira acusação, ou não. Menciona Lopes Junior³⁸ que a investigação possibilita “a transição entre a mera *possibilidade* (notícia-crime) para uma situação de *verossimilitude* (imputação/indiciamento) e posterior *probabilidade* (indícios racionais), necessária para adoção de medidas cautelares e para receber a ação penal”.

Para Lopes³⁹, “o órgão de acusação ao receber um expediente de investigação, pode oferecer a denúncia (*opini delicti* positiva) ou pedir seu arquivamento (*opini delicti* negativa)” e, em qualquer dos casos a finalidade da investigação policial restará alcançada.

Machado⁴⁰ defende que “se permanecer o juízo de possibilidade, o investigatório deve ser arquivado. Caso se evolua para o juízo de probabilidade, inicia-se a ação penal”.

Verifica-se dos ensinamentos trazidos que a investigação policial não se presta para a formação de um juízo de certeza, mas tão-somente para permitir a

³⁶ CARNELUTTI, Francesco *apud* LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p.44.

³⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. e SAAD, Marta. *Constituição da República e Exercício do Direitos de Defesa no Inquérito Policial*. Ciências Criminais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*,cit., p.41.

³⁹ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 32

⁴⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 21.

evolução da mera possibilidade a uma situação de probabilidade, que enseja o início da ação penal. A certeza é reservada apenas à fase judicial, que necessita desse juízo absoluto, após a instrução processual, para prolatar uma sentença condenatória e aplicar a respectiva reprimenda.

Sem embargo, o objeto da investigação preliminar é, pois, o fato aparentemente delitivo.

Registra-se, por fim, que tal fato deve ser investigado em sede policial com restrições de cunho material e temporal, conforme as redações dos artigos 4^o⁴¹ e 10⁴² do Código de Processo Penal.

Para Lopes Junior⁴³, cuidam-se das limitações qualitativa e quantitativa, respectivamente, necessárias ao juízo de probabilidade. Destaca-se que a primeira diz respeito à materialidade e à autoria e, a segunda refere-se ao prazo para apuração do fato investigado.

2.4 SUJEITOS

A investigação preliminar é presidida por uma autoridade – policial, ministerial ou judicial – e envolve, em qualquer hipótese, sujeitos de deveres e direitos.

Não obstante à autoridade que presida a investigação preliminar, usualmente as demais também possuem seus papéis determinantes na elaboração do inquérito policial.

Por outro lado, não raras vezes, não só a pessoa do investigado e seu defensor possuem interesse em participar da instrução preliminar, como também a vítima ou seus familiares.

⁴¹“Art. 4^o 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.”

⁴²“Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.”

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p.104.

Nesse tópico, examinar-se-ão os sujeitos da investigação preliminar sob dois enfoques: encarregados da investigação e envolvidos na investigação.

2.4.1 Sujeitos Encarregados da Investigação

Em regra, no Brasil, a investigação preliminar é presidida por uma autoridade policial – Delegado de Polícia Judiciária, que irá comandar as investigações para apurar o fato noticiado, indicando seu possível autor. Esta é a chamada investigação preliminar policial. Não obstante, em outros países, a investigação preliminar possui outro sujeito encarregado por seus trabalhos, podendo, de acordo com este, denominar-se Investigação preliminar judicial, realizada pelo Juiz Instrutor (Espanha)⁴⁴ ou Investigação preliminar ministerial, conduzida pelo Promotor investigador (Alemanha e Itália)⁴⁵.

Além disso, mesmo no Brasil, existem investigações presididas por outras autoridades, como é o caso das CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito -, que são conduzidas pela autoridade legislativa e dos crimes militares, que são investigados pelas autoridades militares.

A Constituição Federal adotou o sistema de investigação preliminar policial, incumbindo às polícias civis a tarefa de conduzir o inquérito policial, no artigo 144, § 4º⁴⁶. Destaca Lopes Junior⁴⁷ que “nesse sistema a polícia não é um mero auxiliar, senão o titular (*verdadeiro diretor da instrução preliminar*) com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação”, sem qualquer subordinação aos juízes e promotores.

Na investigação policial, cabe ao Delegado de Polícia praticar diretamente os atos de investigação pertinentes ao esclarecimento da imputação, exceto aqueles

⁴⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 24.

⁴⁵ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 43 e 47.

⁴⁶ “§ 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”.

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p.63.

que impliquem em restrição aos direitos fundamentais, que dependem de autorização judicial⁴⁸.

Sabidamente, o inquérito policial está em crise no Brasil. Lopes Junior apresenta diversos tópicos que levam a crer nos inconvenientes do sistema vigente, tais como: a variação da discricionariedade da polícia conforme a gravidade do delito; a atitude (desinteressada) do denunciante, ainda que se trate de delitos de ação pública incondicionada; o distanciamento entre a realidade social da polícia e a subcultura; a atitude do suspeito em relação ao poder da autoridade, dentre outros⁴⁹.

Inegável, contudo, que a investigação preliminar a cargo do Ministério Público dará a instrução um único enfoque: o de subsidiar a acusação. Tanto o é, que há necessidade, nesse modelo, de um Juiz de Garantias, a dar efetividade aos direitos fundamentais do imputado.

Sob outro enfoque, no sistema do Juiz Instrutor, a autoridade judiciária assume a presidência da investigação preliminar, que se desenvolve com o auxílio da polícia judiciária. Cabe ao Juiz Instrutor a decisão sobre as fontes de prova indicadas pela defesa e pelo Ministério Público.

Extrai-se de tudo que o sistema de investigação preliminar policial necessita de bom aparelhamento da Polícia Judiciária e comprometimento do Delegado de Polícia, vez que em qualquer dos outros sistemas analisados, é mesmo a polícia quem efetuará as diligências. Assim, garantindo-se à autoridade policial autonomia, bem como assegurando-se ao imputado suas garantias constitucionais, o sistema policial é o mais adequado para atingir o objetivo da investigação, o de subsidiar a *opini delicti*.

Nesse sentido, ressalta Freitas⁵⁰ que na investigação preliminar,

⁴⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 24.

⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p.66/67.

⁵⁰ FREITAS, Marcelo Eduardo. *O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 03 fev. de 2009

o Delegado de Polícia tem, portanto, no desenvolvimento de suas funções de Polícia Judiciária, inequívoco compromisso democrático, sendo que toda e qualquer atividade que realize deverá ter por meta o respeito às garantias dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Destaca-se, outrossim, que o PLS n. 156/2009, no artigo 14⁵¹, traz a figura do Juiz de Garantias para salvaguardar a legalidade dos procedimentos e as garantias do imputado, mas mantém a autoridade policial como encarregada da investigação preliminar.

Por fim, registra-se que, embora a investigação preliminar de caráter público seja atribuída à polícia judiciária, nada impede a realização de investigação privada, tanto pela vítima, quanto pelo investigado e seu defensor⁵². Os elementos colhidos na investigação privada poderão ser acrescidos às fontes apuradas pela investigação dos órgãos estatais, a fim de se formar a *opini delicti*.

2.4.2 Sujeitos Envolvidos na Investigação

O artigo 5.º do Código de Processo Penal⁵³ especifica alguns dos sujeitos envolvidos na investigação: a autoridade policial; autoridade judiciária; Ministério Público e ofendido e seu representante legal. Acresce-se, a tais sujeitos, o investigado e seu defensor.

2.4.2.1 Autoridade Policial

A autoridade policial é quem preside as investigações que serão instauradas, de ofício ou mediante requisição. No Brasil, cuida-se do Delegado de Polícia, que comanda as diligências para apuração do fato e de quem seja o seu autor. Segundo Machado⁵⁴, como órgão encarregado da investigação preliminar, desempenha duas funções: “obtem os primeiros dados informativos e impede o perecimento dos

⁵¹ 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 [...]

⁵² MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 23.

⁵³ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

⁵⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 67.

elementos materiais relacionados à prática delituosa”. As atividades desempenhadas pela autoridade policial estão discriminadas nos artigos 6º, 7º e 13, do Diploma Processual⁵⁵. Tais diligências vêm reproduzidas no PLS n. 156/2009.

Salienta-se que, embora goze a autoridade policial de autonomia para efetuar as diligências, àquelas que importem em restrições de direitos e garantias fundamentais do imputado impescindem de autorização judicial, sob pena de serem consideradas provas ilícitas. São exemplos: busca e apreensão de bens, prisão diversa da em flagrante, quebra de sigilos, etc..

2.4.2.2 Ministério Público

O Ministério Público pode dar início a uma investigação, por meio de requisição à autoridade policial e o deve fazer sempre que tiver ciência de uma notícia de crime. Nos casos em que a investigação for instaurada de ofício pela autoridade policial, o Ministério Público poderá requisitar diligências que entender pertinentes à formação de sua *opini delicti*.

Além disso, por força de dispositivo constitucional (129, VII), exerce o Ministério Público o controle externo da atividade policial, a fim de fiscalizar a sua legalidade. Para Lopes Junior⁵⁶, a legislação sobre o tema é minimalista, limitando-se, o legislador,

⁵⁵ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida progressa 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 contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter. Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública. Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; IV - representar acerca da prisão preventiva.

⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p.151.

a definir mecanismos de controle da legalidade da atividade policial, e não da atividade em si mesma. O mais importante – a chamada dependência funcional – não foi regulado e o Ministério Público continua sem poder, efetivamente, controlar a atividade policial no curso do inquérito policial.

Todavia, Machado⁵⁷ ressalta que “essa dependência funcional acabaria por ferir a indispensável autonomia da Polícia Judiciária no tocante à apuração de infrações penais, transformando o inquérito policial em verdadeira investigação ministerial”.

Mais do que isso, tornar-se-ia o inquérito policial parcial, vez que buscaria fontes de provas apenas para subsidiar a acusação, esquecendo-se que parte de seu objetivo é também a “exoneração do inocente”⁵⁸.

O Supremo Tribunal Federal⁵⁹ já decidiu que o Ministério Público é parte processual na ação penal, mesmo em grau de recurso.

AÇÃO PENAL. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade reconhecida. HC concedido. Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, § único, do CPP, e 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região. No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento.

Como salientado por Machado⁶⁰, “o fato de o Ministério Público ser parte não colide com a necessária isenção que este órgão deve ter como fiscal da aplicação da lei”, por ser, afinal, órgão de Estado.

2.4.2.3 Juiz

⁵⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 70.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *apud* MACHADO, André Augusto Mendes. Ob. cit., p. 20.

⁵⁹ STF, HC 87.926/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.02.2008, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358635>. Acesso em 29 jan. 2011.

⁶⁰ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 74.

O Juiz, da mesma forma que o Ministério Público, pode determinar a abertura de uma instrução prévia por meio de requisição, devendo-o fazer sempre que tomar conhecimento de uma notícia de crime.

Em todas as investigações criminais caberá à autoridade judiciária o controle da legalidade da atividade policial, bem como a tutela dos direitos fundamentais do investigado.

Toda a prisão, ainda que em flagrante, deverá passar sob o crivo da autoridade judiciária, que poderá relaxá-la, quando ilegal, ou conceder a liberdade provisória, quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

O controle judicial pode ser prévio ou posterior⁶¹ à atividade policial. Será prévio quando importar em restrição à direito fundamental e posterior, na hipótese de se limitar à análise da legalidade.

Por fim, cabe à autoridade judiciária a análise da instrução prévia, concluindo pela viabilidade, ou não, da ação penal, recebendo ou rejeitando a denúncia. Quanto ao pedido de arquivamento, a autoridade judiciária não tem outra alternativa, senão determina-lo, vez que o sistema acusatório não permite ao juiz a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça gaúcho⁶²:

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL CONTRA JUIZ DE DIREITO. CRIME DE PREVARICAÇÃO. PROMOÇÃO PELO ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO. Tratando-se de crime de ação pública, como é o caso do delito de prevaricação descrito no art. 319 do Código Penal, de competência originária do Tribunal de Justiça por envolver Juiz de Direito no exercício de suas funções, requerido o arquivamento da representação pelo Procurador-Geral de Justiça mediante promoção fundamentada, cumpre ao Tribunal deferir o pedido, como desdobramento do sistema acusatório que confia ao Ministério Público a iniciativa privativa da ação penal pública (Constituição Federal, art. 129, inciso I). Arquivamento determinado.

⁶¹ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 76.

⁶² TJ/RS, Intervenção Federal no Estado Nº 70017527946, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 19/03/2007, Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=arquivamento+e+crime+e+acusat%F3rio&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 29 jan. 2011. No mesmo sentido: TJ/RS, Apelação Crime Nº 70018989061, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 28/11/2007.

2.4.2.4 Vítima

A vítima, após a reforma parcial do Código de Processo Penal de 2008, vem recebendo nova conotação no processo penal, vez que lhe vem assegurado o direito de participar ativamente em todas as fases da persecução.

Na investigação prévia, “a colaboração da vítima é de fundamental para a apuração da conduta delitiva, pois além da sua oitiva ser importante meio de prova, vários atos dependem da sua presença pessoal⁶³”, tais como reconhecimento de pessoas ou de coisas, reprodução simulada dos fatos, dentre outros.

Contudo, a participação concreta da vítima na persecução penal não interessa apenas à coleta de informações para formar a opinião do crime, mas também atende ao seu interesse pessoal à reparação do dano⁶⁴.

Por fim, registra-se que a vítima adquiriu o direito de informação na persecução penal, vez que deve ser intimada das datas de designação de audiências, da sentença e dos acórdãos que a confirmem ou a modifiquem, bem como dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão (art. 201, § 2., CPP).

Ainda, o ofendido tem assegurado o direito de tratamento e acompanhamento por equipe multidisciplinar, sempre que a autoridade judiciária entender cabível (art. 201, § 6., CPP).

2.4.2.5 Imputado

O imputado – sujeito passivo da investigação preliminar, a partir da nova ótica constitucional, deixou de ser objeto do inquérito policial, para assumir a posição de sujeito de direitos.

⁶³ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 87.

⁶⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 87.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal⁶⁵:

“HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM INQUÉRITO POLICIAL - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - TARDIA ARGÜIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA - NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - SÚMULA 523/STF - REEXAME DA MATÉRIA DE FATO EM HABEAS CORPUS - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. INQUÉRITO POLICIAL - UNILATERALIDADE - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO. - O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desprezar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. PERSECUÇÃO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - APTIDÃO DA DENÚNCIA. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu "nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação" (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO). A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta. Precedente. MOMENTO DE ARGÜIÇÃO DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. Eventuais defeitos da denúncia devem ser argüidos pelo réu antes da prolação da sentença penal, eis que a ausência dessa impugnação, em tempo oportuno, claramente evidencia que o acusado foi capaz de defender-se da acusação contra ele promovida. Doutrina e Precedentes. VÍCIOS DO INQUÉRITO POLICIAL. Eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes. NULIDADE PROCESSUAL E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. A disciplina normativa das nulidades no sistema jurídico brasileiro rege-se pelo princípio segundo o qual "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (CPP, art. 563). Esse postulado básico - *pas denullité sans grief* - tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes. Jurisprudência. HABEAS CORPUS E REEXAME DA PROVA. O reexame dos elementos probatórios produzidos no processo penal de condenação constitui matéria que ordinariamente refoge ao âmbito da via sumaríssima do habeas corpus.

Imputado é aquele a quem se atribui a prática de um crime. Contudo, salienta Fernandes⁶⁶ que “não basta a atribuição de prática de crime perante a autoridade

⁶⁵ STF, HC n. 73.271/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19 mar 1996, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873271%2ENOME%2E+OU+73271%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> Acesso em 29 jan. 2011.

⁶⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.108.

para alguém ser imputado. Um ponto importante consiste em vincular a afirmação de que o suspeito passa a ser imputado a um ato de autoridade encarregada da persecução penal”.

Lopes Junior⁶⁷ distingue o momento a partir do qual uma pessoa passa a ser considerada indiciada de acordo com duas situações: 1) quando existe uma prisão cautelar, com a entrega da nota de culpa, em caso de prisão em flagrante e do mandado de prisão, na hipótese de prisão preventiva ou temporária, e; 2) sem prévia prisão cautelar, com o interrogatório policial.

O PLS 156/2009⁶⁸ termina com a lacuna legislativa e define expressamente o ato pelo qual o suspeito é cientificado de que passa a ser imputado pela autoridade policial.

“A partir do indiciamento, o imputado se sujeita com maior intensidade aos atos investigatórios⁶⁹”, mas passa também a ser titular de garantias constitucionais, sintetizadas por Fernandes⁷⁰ como: a) ter ciência da imputação; b) ser ouvido sobre a imputação; c) ter conhecimento do proceder investigatório, e; d) apresentar, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação.

Conclui-se dessa síntese de direitos que o imputado tem o direito de se defender na instrução prévia, a fim de formar o convencimento pelo não-processo.

2.4.2.6 Defensor do Imputado

O direito de defesa do imputado necessariamente desdobra-se em autodefesa e defesa técnica. Esta importa na assistência jurídica integral por profissional devidamente habilitado, inclusive na fase preliminar.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p.299/306.

⁶⁸ Art. 30. *Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de “indiciado”, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais.*

⁶⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 96.

⁷⁰ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., p.113.

Afirma Moura⁷¹ que “o direito de defesa também se estende ao inquérito policial. Assim, o acusado deve contar, desde logo, com a assistência de advogado, podendo então entrevistar-se reservadamente com o seu patrono, antes do interrogatório policial”.

Em casos de réus que não possuem advogado constituído, deve haver a nomeação de um defensor dativo, para zelar pela real defesa dos interesses do imputado. Não é por acaso que o artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal⁷² recebeu nova redação, tornando obrigatória a remessa de cópia integral do inquérito policial para a Defensoria Pública.

O Defensor Público, ao analisar os autos do inquérito policial, deve garantir ao imputado o seu direito à defesa técnica, não só para verificar a legalidade da prisão ou a possibilidade de concessão de liberdade provisória, mas também para requisitar⁷³ provas pertinentes à defesa material do imputado (art. 128, X, LC 80/1994).

Enfim, não há dúvida de que o direito de defesa é amplamente garantido na investigação preliminar, por meios e instrumentos que serão analisados em capítulo próprio.

2.5 EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS

A investigação preliminar é formada por atos, que gozam de finalidades diversas na persecução penal. A valoração desses atos realizados na fase preliminar difere de acordo com a sua destinação no processo penal. Segundo Lopes Junior⁷⁴, o critério para classificação desses atos tem por base a sentença, ou seja, se podem servir de base para a sentença ou não. Machado⁷⁵ acrescenta que

⁷¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. e SAAD, Marta. op. cit. p. 206.

⁷² § 1º *Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*

⁷³ X - *requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;*

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*,cit., p. 130.

⁷⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 29.

os atos que não observam as garantias fundamentais da publicidade, do contraditório e da ampla defesa não podem ser utilizados para amparar a sentença.

O próprio artigo Código de Processo Penal assim dispõe:

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

Dessa forma, os atos de investigação e de instrução diferem-se substancialmente pelo fato de guardarem observância, total ou parcial, aos princípios constitucionais e de, assim sendo, servirem a fundamentar a sentença penal, ou não.

2.5.1 Atos de Investigação

Os atos de investigação são, em geral, aqueles tomados pela autoridade policial, logo após o fato ou durante a investigação desse, que tem por objetivo acautelar os meios de prova e desvendar as circunstâncias do delito e seu autor.

Assinala Zilli⁷⁶, que os elementos informativos “são obtidos na fase investigatória, sem a participação dialética das partes. Prestam-se para a fundamentação das medidas cautelares e também para a estruturação de uma acusação”.

Com efeito, os atos de investigação são justamente aqueles que menos guardam relação com as garantias constitucionais, que, não raras vezes, são relativizadas ou diferidas. Moura⁷⁷ ressalta que “quem investiga, rastreia, pesquisa, indaga, segue vestígios e sinais, busca informações para elucidação de um fato”. E, acrescenta, a autora, “determinadas diligências devem, é certo, ser mesmo sigilosas sob risco de comprometimento do seu bom sucesso”.

⁷⁶ ZILLI, Marcos. “O pomar e as pragas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 2-3.

⁷⁷ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. op. cit. p. 207.

Nessa mesma linha Fernandes⁷⁸ aponta que alguns atos de investigação são

marcados pela necessidade de sigilo, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica. Para que se configure o contraditório pleno, seria necessária a ciência prévia do ato a ser realizado, a oportunidade de participação e de reação, o que é inviável, porque o sucesso de certas diligências está extremamente na surpresa de sua realização.

Em outras palavras, tais atos destinam-se a informar a investigação preliminar e, por vezes, acabam restringindo as garantias fundamentais. Portanto, só podem ser praticados e obter eficácia durante e para a fase pré-processual.

Lopes Junior⁷⁹ destaca que os atos de investigação “praticados na instrução preliminar esgotam sua eficácia probatória com a admissão da acusação, isto é, servem para justificar medidas cautelares e outras restrições adotadas no curso da fase pré-processual e para justificar o processou ou o não-processo”.

Prossegue Lopes Junior⁸⁰ explicando que

a limitação da eficácia do atos de investigação está justificada pela forma mediante a qual são praticados, pois a maior parte dos sistemas processuais mantêm na investigação preliminar os rasgos do sistema inquisitório, representados pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório.

Fernandes⁸¹ ressalta que “a falta de contraditório nessa fase deve ser compensada por soluções legislativas tendentes a evitar que o juiz julgue com base nos dados obtidos na investigação, excetuando-se as provas antecipadas, as irrepetíveis e outras produzidas cautelarmente”.

Essa solução, como já referido, veio disciplinada no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, que proibiu a formação do convencimento do juiz assentado em elementos informativos que não tenham sido judicializados, vez que em sede pré-processual não possuem estrutura garantista, ou seja, não são submetidos ao crivo do contraditório, da publicidade e da ampla defesa.

⁷⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.120.

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*,cit., p. 131.

⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*,cit., p. 132.

⁸¹ FERNANDES, Antônio Scarance. op. cit., p.122.

Registra-se, por fim, que ideal seria a técnica adotada pelo sistema italiano, segundo o qual, uma vez apresentada a denúncia e formalizado o processo penal, são eliminados dos autos todas as peças informativas da investigação preliminar, com exceção das provas irrepetíveis, antecipadas e cautelares, a fim de evitar a contaminação do juiz de instrução.

2.5.2 Atos de Instrução

Por sua vez, os atos de instrução são aqueles que ditam maior observância às garantias fundamentais e servem para embasar as decisões judiciais cautelares, embora produzidas na fase da investigativa.

Os atos de instrução são aqueles, pois, que admitem a participação do investigado e que não se sujeitam ao sigilo.

Nesse sentido, Moura⁸² estabelece que “se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental do resultado dessa atividade, todavia, não pode ser subtraída ao indiciado nem a seu defensor, porque já cessada a causa do sigilo.” Prossegue, a autora, demonstrando a necessidade da quebra do sigilo, sob pena de ferimento das garantias fundamentais, argumentando que

à luz da Constituição da República, que garante aos acusados, aí incluídos o indiciado e o investigado, o direito de defesa, os atos de instrução, documentação dos elementos colhidos na investigação, devem estar acessíveis ao acusado e seu defensor. Se o sigilo atinge a defesa, tolhe seu exercício.

São, pois, os atos de instrução os atos de investigação realizados e documentados, aos quais não se pode impor o sigilo interno (ao investigado e seu defensor).

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto ao sigilo dos atos de investigação e de instrução no julgamento de Habeas Corpus, que se tornou o *leading case*, para todos os outros pronunciamentos da Suprema Corte. Neste

⁸² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. op. cit. p. 189.

juízo, “restou assentado que tudo o que já incorporado aos autos do inquérito policial deve ser mostrado à defesa, resguardando-se, contudo, o sigilo das diligências ainda em curso⁸³”, *verbis*:

I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial.1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente.2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores .II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.4. *O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.*5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição⁸⁴. [grifei]

Conclui-se, com isso, que os atos de instrução que se encontram documentados ao inquérito policial submetem-se às garantias constitucionais e devem observância à inoponibilidade do sigilo ao imputado e a seu defensor, inclusive porque embasam representações e fundamentam decisões restritivas dos direitos fundamentais.

⁸³ SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. “O absurdo “sigilo das investigações” após a denúncia oferecida”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 189, ago. 2008, p.2-3.

⁸⁴ STF, *HC* nº 82.354, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004; *HC* nº 86.059/MC, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 30.06.2005; *HC* nº 88.520, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 25.04.2006

2.5.3 Atos de Prova

Atos de prova, por fim, são aqueles colhidos perante a autoridade judiciária e que fundamentam decisões de mérito na persecução penal, prolatadas em sede de instrução processual.

Distingue-os Zilli⁸⁵ dos atos colhidos na investigação preliminar, sentenciando que “as provas, por sua vez, têm o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial. São aquelas produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador”.

Machado⁸⁶ ao mencionar que os atos de prova, ocasionalmente produzidos na fase da investigação prévia, podem embasar o juízo no momento da sentença, exemplifica-os: “É o caso das provas antecipadas (que apresentam fundados riscos de perecimento) e das irrepetíveis (que não podem ser refeitas na instrução processual)”. Acrescenta, contudo, que nessa última hipótese “exige-se incidente de produção antecipada de provas, que se efetua perante a Autoridade Judiciária, com participação das partes e total observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.

Para Lopes Junior⁸⁷ os atos de prova apresentam características pontuais:

a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela da segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Isso posto, verifica-se a necessidade de dar tratamento desigual aos diversos atos praticados na persecução penal, limitando-se a sua utilização como meio de convencimento do juiz. Se a decisão puder restringir direitos individuais, somente os atos realizados com observância das garantias fundamentais podem embasar esta decisão judicial.

⁸⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “O pomar e as pragas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p.2-3.

⁸⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 30.

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*,cit., p. 131.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são espécie do gênero normas jurídicas. Distinguem-se das demais espécies por serem dotados de abstração com função hermenêutica das demais regras constitucionais. Os princípios definem valores, são “normas finalistas⁸⁸”, aplicados de forma genérica.

Lopes⁸⁹, citando Dworkin, pondera que “os princípios estabelecem padrões a serem observados, sendo uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”. Acrescenta, o autor, que os princípios não impõem as consequências jurídicas, apenas “inclinam a decisão em uma direção, de maneira não conclusiva”.

Nessa linha, sustenta Bonavides⁹⁰ que os princípios surgem como máximas doutrinárias, ou simplesmente como guias de pensamento jurídico. Vale⁹¹, analisando a doutrina americana acerca das regras (*an all or nothing* – “tudo ou nada”), refere que, “em tese, um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao revés, estabelece uma razão (fundamento) que impede o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica, única”.

No ordenamento jurídico brasileiro, alguns princípios, embora estes não necessitem ser positivados, encontram-se expressos na Constituição da República, denotando o relevante enfoque que lhes desejou dar o legislador constituinte. Lopes⁹² enfatiza que “se estão previstos na Constituição – o que é o caso do contraditório e da ampla defesa -, os princípios expressam valores significativos, que deverão ser considerados na aplicação da lei aos casos concretos”.

⁸⁸ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 72.

⁸⁹ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 72.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 244.

⁹¹ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 34.

⁹² LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 76.

Semelhante é o pensamento de Prado⁹³, para quem o princípio

confere ao texto constitucional vida, relação com a realidade plasmada na eleição dos valores considerados primordiais para a manutenção de um estado de compromisso social, expondo-se como dimensão determinante, apta a fornecer diretrizes materiais de interpretação das normas constitucionais.

Isso ocorre, pois, como enfatiza Lassale⁹⁴ “no espírito unânime dos povos, uma constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. E, distinguindo-a de uma “lei comum”, sintetiza “Constituição não é uma lei como as outras, é uma *lei fundamental* da nação.”

Nessa mesma linha, Streck⁹⁵ afirma que o legislador está umbilicalmente obrigado a legislar de acordo com a Constituição, “entendida por seu todo principiológico (seu conteúdo material), sendo os Princípios a condição de possibilidade do sentido da Constituição”.

Neste mesmo contexto, Lopes Junior⁹⁶ afirma que o processo penal, em um Estado Democrático, tem sua existência legitimada na “instrumentalidade constitucional”, no sentido de que o processo deve ser “instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”.

Assim, diante dessa superioridade das normas constitucionais, é que os princípios expressos adquirem no conjunto normativo força de “manifestação vinculante⁹⁷”.

Essa “manifestação vinculante”, parafraseando Streck, faz com que o julgador esteja umbilicalmente obrigado a julgar de acordo com a Constituição, da mesma forma que o Investigador está, para investigar o fato supostamente criminoso.

⁹³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

⁹⁴ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 24.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz, *A aplicação dos Princípios Constitucionais: A função Corretiva da Hermenêutica – “O Crime de Porte de Arma” à luz do Controle de Constitucionalidade*, in *Escritos De Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203.

⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 115.

⁹⁷ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 77.

Dessarte, para a observância do devido processo legal imperioso se faz a observância dos princípios que norteiam o processo penal constitucional. Nesse sentido, afirmam Azevedo e Baldan⁹⁸ que a legalidade ou ilegalidade constitucional da atuação estatal no processo penal é verificada com as três seguintes indagações:

a) preexiste norma legal equânime disciplinando essa atuação, ou seja, é "**legal**"? b) essa disposição legal está sendo exercitada através do instrumento legal apropriado, isto é, há "**processo**"? c) esse instrumento processual próprio assegura a isonomia substancial de atuação das partes, vale dizer, é "**devido**"?

A resposta negativa a pelo menos um desses quesitos arreda, inexoravelmente, a legitimidade da atividade persecutória penal do Estado em face do imputado, permitindo entrever atuação arbitrária, porque ilegal, de seus agentes que, assim alongados da legalidade, conspurcam a garantia constitucional do devido processo legal, violam direitos fundamentais do cidadão e, como conseqüência última, propiciam julgamentos injustos através de procedimentos iníquos, não sendo o caso de invocar-se a prevalência dos "*reclamos a valores de objetividade e eficiência, voltados à salvaguarda das posições de primazia dos poderes públicos*".

Na Constituição Brasileira, encontram-se expressamente previstos os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, a seguir individualmente abordados.

3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade vem expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: "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 postulado da isonomia encabeça o artigo que cuida das garantias fundamentais do indivíduo, demonstrando que sua importância é vital para o ordenamento jurídico brasileiro.

A igualdade pode ser dividida em formal ou material. "Fala-se em igualdade formal ou estática, em que todos são iguais perante a lei, e possuem igualdade

⁹⁸ AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva : ou do direito de defender-se provando*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137, abr. 2004, p. 6-8.

material ou dinâmica, que consiste em tratar os desiguais na medida de sua desigualdade”⁹⁹.

Para Canotilho¹⁰⁰, tem-se por violado o princípio da igualdade quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária, estabelecendo diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Essa “diferenciação jurídica” referida por Canotilho deve compreender o postulado da paridade de armas – corolário do princípio da igualdade, conforme Ferrajoli¹⁰¹:

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 judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

No mesmo sentido, Fernandes¹⁰² escreve que o princípio da isonomia garante não só o tratamento paritário aos que se encontram em igual posição jurídica, mas também as mesmas oportunidades para que comprovem seus argumentos.

Prossegue, o autor, analisando que acusado e acusador não estão em posições iguais, mormente porque este possui todo o aparato estatal para ampará-lo. Então,

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 no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dubio pro reo; favor rei*¹⁰³.

⁹⁹ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 334.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *apud* VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 335.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 565

¹⁰² FERNANDES, Antônio Scarence. *Processo Penal Constitucional...*, cit., p. 63.

¹⁰³ FERNANDES, Antônio Scarence. *Processo Penal Constitucional...*, cit., p. 50.

Para Machado¹⁰⁴, o postulado “não se trata de mera igualdade perante a lei (denominada simplesmente isonomia, para alguns ou isonomia formal, para outros), mas também de igualdade material, isto é, perante o Estado.” Por isso, sustenta, o autor, que o “processo justo depende de simetria na idoneidade técnica das funções da acusação e da defesa”, havendo, por vezes, necessidade de se alcançar prerrogativas à defesa no processo penal, a fim de favorecer um equilíbrio processual.

A necessidade de observância do princípio da igualdade substancial já veio enfrentado pela Suprema Corte brasileira, em que ponderou a necessidade de atenção à paridade de armas:

A ofensa à coisa julgada exige a identidade de causa, caracterizada pela identidade do fato, sendo que esta não se verifica no caso de alteração de um dos elementos que o constitui (tempo, lugar, conduta imputada ao agente). A absolvição, pelo Conselho de Sentença, da imputação de participação no crime de homicídio – pela entrega da arma e auxílio à fuga – não veda a possibilidade de nova acusação pela autoria material. Da mesma forma, a absolvição, pelo Júri, da imputação de autoria material do crime de homicídio não faz coisa julgada impeditiva de o acusado responder a nova ação penal (agora como partícipe) pelo mesmo crime cuja autoria material é imputada a outrem. Novas imputações que não passaram pelo crivo do Conselho de Sentença não configuram identidade de fato apta a caracterizar a coisa julgada (art. 110, § 2º, do CPP). O procedimento do Júri, marcado por duas fases distintas e procedimentos específicos, exige a correlação obrigatória entre pronúncia-libelo-quesitação. *Correlação, essa, que decorre não só da garantia da ampla defesa e do contraditório do réu – que não pode ser surpreendido com nova imputação em plenário –, mas também da necessidade de observância à paridade de armas entre acusação e defesa. Daí a impossibilidade de alteração, na segunda fase do Júri (judicium causae), das teses balizadas pelas partes na primeira fase (judicium accusationis), não dispondo o Conselho de Sentença dos amplos poderes da mutatio libelli conferidos ao juiz togado.*¹⁰⁵ [grifei].

O processo penal não se satisfaz com a igualdade formal, tendo importância a manutenção da igualdade material para que haja efetivo equilíbrio da relação processual, evitando que a persecução penal esteja “a serviço da condenação ou da absolvição¹⁰⁶”. Para tanto, o próprio Código de Processo Penal prevê inúmeras garantias ao acusado, dando ao Magistrado o poder de zelar pela parte hipossuficiente na persecução penal. São exemplos: a nomeação de defensor ao réu, que não tenha advogado constituído, a dissolução do Conselho de Sentença, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri por ausência de defesa, a nomeação de

¹⁰⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. op. cit., p. 99.

¹⁰⁵ STF, HC 82.980, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009.

¹⁰⁶ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 338.

defensor para acompanhar o acusado no interrogatório policial, a remessa dos autos do flagrante à Defensoria Pública, dentre outros.

Nessa linha, enfatiza Ferrajoli¹⁰⁷ que a disputa somente pode ser exercida com igualdade se houver lealdade e paridade de armas. Registra que, para isso, primordialmente, o imputado deve ser assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público.

Considerando imprescindível a atuação da defesa técnica ainda que em procedimento administrativo de execução penal, manifestou-se há muito tempo o Tribunal de Justiça gaúcho:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. ACUSATORIEDADE. PARTICIPAÇÃO DE DEFESA TÉCNICA. Imprescindibilidade de intimação defensiva dos laudos que avaliam o cidadão-condenado. Respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa - A determinação constitucional de jurisdicionalidade acusatória no processo de execução penal impõe estrutura dialética ao procedimento de aferição de requisito subjetivo, fundamentador de decisão que altera o título executivo. Urgente filtragem à luz da Carta Maior, das regras executórias, como forma de implementar sistema adequado à garantia dos elementares direitos fundamentais inerentes ao núcleo liberal do Estado, assegurando ao cidadão-condenado as regras democráticas que lhe garantem dignidade. - A legitimidade de toda atividade jurisdicional penal, como leciona o professor Geraldo Prado, está condicionada à efetiva segurança dos direitos e garantias fundamentais, que se dá, exclusivamente, num ambiente marcado pela vigência do sistema acusatório. - No processo de execução, conjunto de atos com função garantidora de liberdade e verdade, devem ser afiançadas aquele que figura no polo de todas as garantias processuais democráticas: ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição do processo penal, publicidade, igualdade de parte, etc. - Tais valores fundantes do processo penal democrático são afirmados, unicamente, se houver a fiscalização dos atos do Estado por parte de advogado/defensor. A defesa técnica é indisponível: traduz-se em condição de paridade de armas que afasta o procedimento do pré-moderno modelo inquisitório (lição de Aury Lopes Jr.). - Nulo o decisum que nega benefício ao condenado com fundamento em laudos técnicos (C.O.C. e C.T.C.) dos quais a defesa não se oportunizou cientificação e exame. - DECISAO UNANIME.¹⁰⁸

Para Pedrosa¹⁰⁹, tanto o princípio da igualdade como o da liberdade vêm insculpidos na Carta Constitucional, sendo que “a busca do equilíbrio entre eles constitui-se numa das maneiras de revelar o Estado Democrático de Direito. É a imagem da balança da justiça, quando se torna necessário acrescentar ‘um peso’ ao lado mais frágil, para restabelecer o equilíbrio”.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 565/566.

¹⁰⁸ TJ/RS, Agravo Nº 70004106308, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 26/06/2002.

¹⁰⁹ PEDROSA, Ronaldo Leite. *O interrogatório Criminal como Instrumento de Acesso à Justiça Penal. Desafios e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 92.

E, ainda, quanto à igualdade de poderes, Ferrajoli¹¹⁰ complementa que pressupõe-se que a defesa pública seja dotada dos mesmos poderes de investigação e funções do Ministério Público, sendo que a investigação possui limites nas garantias individuais, sob o risco de se provocar o desequilíbrio entre as partes.

Em sentido similar, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRELIMINARES. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. A atuação do Ministério Público na fase persecutória da ação não é ilegítima, sendo-lhe vedado unicamente instaurar e presidir inquérito policial, procedimento administrativo de competência exclusiva da Polícia Civil. No caso em apreço, o Ministério Público presidiu investigações prévias à atuação policial, por meio de ação controlada expressamente prevista em lei, em razão de fundada e reconhecida necessidade de retardar aqueles procedimentos típicos de inquéritos policiais e flagrantes. INCOMPETÊNCIA DA PROMOTORA CRIMINAL QUE OFERECEU A DENÚNCIA. QUESTÃO INTERNA CORPORIS. [...] *INTERROGATÓRIOS REALIZADOS NA SEDE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SOB A PRESIDÊNCIA DE PROMOTOR. TESTEMUNHO JUDICIAL PRESTADO POR ESTE MESMO AGENTE DA ACUSAÇÃO. INVALIDADE DE AMBOS OS ATOS COMO MEIO PROBATÓRIO. Se interrogatórios realizados na sede do Ministério Público fossem aceitos como fundamento válido de condenação, estar-se-ia admitindo, além dos meios usuais de prova (policial irrepetível e judicial), uma inédita "prova ministerial, não prevista no ordenamento jurídico. De igual maneira, não cabe aos membros do Ministério Público testemunhar sobre fato de que acusem o réu. O testemunho (relato acerca do que se viu ou se ouviu sobre o fato), não se enquadra em nenhuma das distintas funções integrantes do sistema acusatório, regido pelo sistema actum trium personarum, de modo que deve ser prestado sempre por pessoa estranha à relação processual. Aliás, se permitido fosse aos membros do Ministério Público, atuantes na investigação ou em qualquer fase do processo, testemunhar a favor da acusação a título de prova, o contrário (como testemunho de defesa, a título de prova) teria de ser permitido ao defensor do acusado, profissional cuja idoneidade também é sempre presumida e isso, obviamente, acabaria por gerar confusão na análise da prova por parte do julgador. Embora possa o Ministério Público realizar atos investigatórios para fundamentar a acusação, há limitações a sua intervenção no processo, sendo indevida a "onipotência conferida ao parquet no presente feito. [...].* NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU PAULO RODRIGO; DERAM PROVIMENTO AOS APELOS DOS RÉUS DANIEL, REJANE, CARINE E IRMGARD; E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS DEMAIS.¹¹¹ [grifei].

Em síntese, o princípio da igualdade traduz-se na equiparação da defesa à acusação, bem como na sua participação efetiva em todos os graus da persecução penal.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 565/566.

¹¹¹ TJ/RS, Apelação Crime Nº 70027995125, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 19/06/2009.

No caso da investigação preliminar, esta equivalência de poderes pode ser garantida, dando-se à defesa pública igualdade de tratamento conferido ao Ministério Público, com fundamento na Lei Complementar 80/1994, a fim de assegurar a defesa material do imputado, ressalvada única hipótese de possuir o imputado defensor constituído por meio de mandato escrito.

3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório, juntamente com o da ampla defesa, vem previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “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”. Reflete, tal cláusula, em uma norma de eficácia plena, que abrange os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Oliveira¹¹² sintetiza o postulado do contraditório como

a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e eqüitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Do contraditório derivam dois elementos básicos: a informação sobre os atos praticados no processo e a possibilidade de confrontá-los, o que se denomina de bilateralidade do processo (ciência e participação bilateral).

Vale¹¹³ explica que esse princípio está ligado à comunicação dos atos processuais e à efetiva participação das partes em tais atos, “sendo que cada ato da parte deve, necessariamente, corresponder a uma ação ou reação da outra parte, de modo que ambos estejam em equivalência de situações perante o juízo”.

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.28.

¹¹³ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 236.

Daí contextualiza-se que o contraditório é inerente às partes do processo – acusação e defesa - , simplesmente porque importa em verdadeira possibilidade de participação no processo.

Para Fernandes, mais do que isso, tal postulado extravasa o limite da simples ação e reação, mas faz-se necessário que a ciência da informação e a possibilidade de reação sejam garantidas por um contraditório pleno e efetivo:

Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares¹¹⁴.

Vale¹¹⁵, da mesma forma, menciona que “o contraditório aproxima-se do princípio da paridade de armas, a fim de que, além do direito à participação, ainda tenha que garantir a mesma intensidade e extensão da participação para ambas as partes.”

Neste contexto, se é dada ao Ministério Público a possibilidade de interferir na investigação preliminar, vez que titular de eventual futura ação penal, não há porque se furtar a mesma faculdade ao investigado, que poderá ser o réu dessa eventual ação penal.

Em sentido contrário, Batalha¹¹⁶ destaca que o princípio do contraditório ultrapassa os interesses particulares de cada parte, porque “tem sua razão de ser no próprio modelo de Estado Democrático de direito. Destarte, é sinônimo de transparência e de interesse público a dialeticidade e contraposições de afirmativas constantes de um processo penal garantista”.

¹¹⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.58.

¹¹⁵ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 241.

¹¹⁶ BATALHA, Sergio Fedato. *Principiologia Para um Devido Processo Penal Constitucional: A Ampla defesa e o contraditório* Disponível em: www.ibccrim.org.br Acesso em: 12 fev. de 2011.

No processo penal, segundo Lopes Junior¹¹⁷, o contraditório reflete, fundamentalmente, o direito de ser informado sobre a imputação, como forma de se assegurar a resistência à pretensão investigatória e coercitiva estatal, ou seja, assegura ao sujeito passivo a ciência sobre a acusação, oportunizando-lhe a atuação na busca de provas de descargo

Consigna Lopes¹¹⁸ que, além da necessidade de cientificação da parte em relação aos atos praticados pela outra, “o princípio também impõe que se dê ciência às partes sobre os atos praticados pelo juiz”.

Para Ferrajoli¹¹⁹, o postulado do contraditório traduz-se justamente nessa bilateralidade de ação e de reação:

a defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

Rovegno¹²⁰ refere que o movimento dialético proposto pelo contraditório faz com que “o processo de natureza acusatória tenha maior possibilidade de conduzir a uma decisão justa e adequada”.

Assim, as partes têm direito à informação também sobre os atos praticados pela autoridade que preside a persecução penal – Juiz ou Delegado de Polícia. Neste íterim, é importante registrar que a ciência acerca dos atos praticados pela autoridade imparcial deve alcançar a todos os atos de investigação, de instrução e de prova.

Rovegno¹²¹ entende que o contraditório é obrigatório apenas na fase processual, onde a inércia do julgador é a regra. Todavia, em se cuidando de inquérito policial, sustenta que a postura da autoridade é nitidamente a de busca. “A

¹¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p. 331.

¹¹⁸ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 83.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 564

¹²⁰ ROVEGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. 1. ed., Campinas: Bookseller, 2005, p. 249.

¹²¹ ROVEGNO, André. op cit., p. 327.

atividade existente nesse expediente é justamente marcada pela iniciativa e pela ação perquiridora da autoridade policial. Inadmissível que se poste esta de forma receptiva e imóvel, no aguardo de dados a serem fornecidos pelas partes”.

No entanto, o contraditório não se confunde com o princípio da iniciativa das partes ou da inércia da autoridade. Significa sim, a faculdade que têm os “acusados em geral” em, tendo interesse, tomar ciência da imputação e reagir a ela, inclusive, acrescentando dados à autoridade policial para que busque outros e mais informes.

Lopes Junior¹²² asseverando a aplicação de tal postulado também na fase investigativa destaca que

a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim **acusados em geral**, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser *imputação em sentido amplo*. [grifos no original].

Contudo, o direito à informação não vem sendo interpretado de forma ampla pela Corte Constitucional. A súmula vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, recém editada, assim dispõe:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa¹²³.

No mesmo sentido da súmula há pouco editada, assegura a norma positivada no PLS n. 156/2009:

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

Destaca-se, com este contexto, que o postulado do contraditório embora devesse ter aplicação irrestrita na instrução preliminar, possui aplicação apenas mitigada.

¹²² LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p. 332.

¹²³ STF, Súmula Vinculante nº 14.

Não se desconhece que sobre alguns atos de investigação a ciência ao imputado antes de sua realização, traz o risco de sua eventual frustração, como é o caso das interceptações telefônicas, da busca e apreensão e até mesmo da prisão processual.

E, nesse campo, a Corte Constitucional já se manifestou no sentido de que as garantias individuais não são absolutas:

Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais¹²⁴.

Por outro lado, também proferiu decisão iluminada de que o cerceamento de acesso aos autos do inquérito ofende às garantias constitucionais, conforme ementa de julgamento já transcrita no item 2.5.2, cuja parte relevante ao ponto se retranscreve:

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.¹²⁵

Em síntese, não há discussão que aos atos renováveis, ainda que produzidos em sede preliminar, aplica-se o contraditório; aos irrepetíveis, dependendo da possibilidade de sua frustração, o contraditório poderá ser diferido.

Desde logo observa Vale¹²⁶ que as provas não renováveis quando produzidas sem a incidência do contraditório, poderão, em sede de instrução processual, ter sua nulidade arguida pelo imputado, vez que a desobediência à bilateralidade acarreta a nulidade da instrução criminal, nos termos do artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal.

¹²⁴ STF, AI 152.676-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15-9-1995, *DJ* de 3-11-1995

¹²⁵ STF, *HC* nº 82.354, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 24.09.2004; *HC* nº 86.059/MC, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 30.06.2005; *HC* nº 88.520, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 25.04.2006

¹²⁶ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 241.

Por outro lado, o contraditório diferido, retardado ou postergado é aquele que é realizado após o recebimento da denúncia ou da queixa, ou seja quando se dá ciência à parte contrária das provas produzidas durante a investigação preliminar, em operações sigilosas, para que o imputado tenha a possibilidade de reação¹²⁷.

Nesse sentido Greco Filho¹²⁸ assinala que

a Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz sem a participação das partes. O que importa, e isso é pressuposto para observância do contraditório, é a oportunidade de se contrapor aos atos por meio de manifestações contrárias dotadas de eficiência prática.

Não obstante, há decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, ou seja, mesmo que havendo operações sigilosas é devido o acesso aos acusados do procedimento investigativo, vez que tal sigilo é inoponível ao imputado e seu defensor:

Acesso dos acusados a procedimento investigativo sigiloso. Possibilidade sob pena de ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa. Prerrogativa profissional dos advogados. Art. 7, XIV, da Lei 8.906/1994 (...). O acesso aos autos de ações penais ou inquéritos policiais, ainda que classificados como sigilosos, por meio de seus defensores, configura direito dos investigados. A oponibilidade do sigilo ao defensor constituído tornaria sem efeito a garantia do indiciado, abrigada no art. 5º, LXIII, da CF, que lhe assegura a assistência técnica do advogado. Ademais, o art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB estabelece que o advogado tem, entre outros, o direito de 'examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos'. Caracterizada, no caso, a flagrante ilegalidade, que autoriza a superação da Súmula 691 do STF¹²⁹.

Assim, embora admissível o contraditório diferido aos atos irrepetíveis que possam vir a ser frustrados com a ciência prévia pelo imputado, aos atos de instrução é inoponível o sigilo à defesa.

3.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

¹²⁷ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 241.

¹²⁸ GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, 110/111.

¹²⁹ STF, HC 94.387, 1ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18-11-2008, *DJE* de 6-2-2009.

Como mencionado alhures, o princípio da ampla defesa está previsto na Constituição da República, juntamente com o princípio do contraditório (art. 5º, inc. LV).

Para Ferrajoli¹³⁰, a garantia da ampla defesa é a principal condição epistemológica da prova, de forma que *nulla probatio sine defensione*.

Contudo, ao contrário do contraditório, o direito à ampla defesa não pode ser exercido de forma restrita ou diferida, sob pena de considerar-se como direito cerceado. O direito de que a defesa seja ampla e que possua todos os recursos a ela inerentes contrapõe-se ao direito de ação pelo Ministério Público. É, portanto, público e indisponível.

Vale¹³¹ define o direito de defesa como público, subjetivo, autônomo e abstrato:

público, tendo em vista a natureza indisponível do direito apresentado. Ademais, tal providência impõe-se como um verdadeiro ônus para o acusado, não podendo deixar o Estado que alguém seja processado sem defensor. Trata-se de direito subjetivo do acusado, para que possa usufruir os bens jurídicos tutelados pelo Código Penal (liberdade, indenização por danos morais etc.). O direito é autônomo, porquanto desvinculado de ter ou não o réu razão em suas invectivas contra o Estado. É um direito abstrato, porque independe da existência de direito concreto ou sentença absolutória em seu favor.

Na persecução penal, a ampla defesa consubstancia-se em dois aspectos: defesa pessoal, realizada pelo próprio imputado e defesa técnica, efetivada por profissional habilitado. Tais aspectos são autônomos e simultâneos, de forma que o exercício por um meio, não afasta o outro. De tais defesas resultam inúmeras outras garantias implícitas desde a fase investigativa até a etapa executiva.

Segundo Lopes¹³², a defesa pessoal, também denominada de autodefesa, pode dar-se de forma negativa ou positiva.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 564

¹³¹ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 277.

¹³² LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 89.

O direito a ser interrogado e o direito à audiência são elementos da autodefesa positiva, assim como o são o direito de postular por meio de Habeas Corpus e Revisão Criminal, que independem para a sua interposição de serem redigidos por profissional habilitados.

O direito à audiência ou de presença importa em comparecimento a todos os atos de persecução penal, seja para oitivas de testemunhas de acusação e de defesa, seja para realização de provas periciais, ou para acompanhamento de investigação, como por exemplo, da reprodução simulada dos fatos.

O Supremo Tribunal Federal exarou julgamento acerca do direito à audiência do imputado preso, não se podendo comprometer o direito de defesa por razões de conveniência ou ineficiência administrativa ou governamental:

HABEAS CORPUS" - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO "DUE PROCESS OF LAW" - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, "D") E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, "D" E "F") - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. - O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência. - O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do "due process of law" e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, "d") e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, "d" e "f"). - Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados.

Precedentes.¹³³

O direito a ser interrogado persiste na possibilidade do acusado influir no convencimento da autoridade mediante a sua versão acerca do fato analisado. Como antes referido, a defesa pessoal não se confunde com a defesa técnica, não estando, o defensor, obrigado a encampar integralmente a versão do acusado¹³⁴.

De outro lado, a autodefesa negativa incorpora-se no princípio *nemo tenetur se detegere*, no sentido de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, podendo o sujeito omitir-se de colaborar em uma atividade de persecução penal, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo. Dentre os meios de autodefesa negativa situa-se o direito ao silêncio.

Por sua vez, a defesa técnica decorre da exigência de equilíbrio funcional entre defesa e acusação¹³⁵ e também de uma “certada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador¹³⁶”.

A defesa técnica é imperativo do devido processo legal, estando expressamente prevista no artigo 261¹³⁷ do Código de Processo Penal. Logo, é indisponível, por se tratar de garantia fundamental de ordem pública. Tanto o é que o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” e disciplina no artigo 134 a Defensoria Pública, como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

¹³³ STF, HC 86634, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 23-02-2007 PP-00040 EMENT VOL-02265-02 PP-00265 RTJ VOL-00202-03 PP-01146 RJSP v. 55, n. 353, 2007, p. 179-186 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 394-405

¹³⁴ VALE, Ionilton Pereira do. op. cit., p. 276.

¹³⁵ FOSCHINI, Gaetano apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 199.

¹³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 199-200.

¹³⁷ Art. 261. *Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.*

Decorrem, como antes salientado, inúmeras outras garantias da ampla defesa, sintetizadas no art. 8º da CADH:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

É também corolário da ampla defesa a manifestação defensiva sempre em último lugar. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

A sustentação oral – que traduz prerrogativa jurídica de essencial importância – compõe o estatuto constitucional do direito de defesa. A injusta frustração desse direito – por falta de prévia comunicação, por parte do STJ, da data de julgamento do *habeas corpus*, requerida, em tempo oportuno, pelo impetrante, para efeito de sustentação oral de suas razões – afeta o princípio constitucional da amplitude de defesa. O cerceamento do exercício dessa prerrogativa, que constitui uma das projeções concretizadoras do direito de defesa, enseja, quando configurado, a própria invalidação do julgamento realizado pelo Tribunal, em função da carga irrecusável de prejuízo que lhe é ínsita. Precedentes do STF.¹³⁸

Por fim, destaca-se que, embora exista resistência, o princípio da ampla defesa deve ser aplicado no inquérito policial.

¹³⁸ STF, HC 103.867-MC, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 23-6-2010, DJE de 29-6-2010.

Segundo Lopes Junior¹³⁹, ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não se deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior.

Contudo, segundo Freitas¹⁴⁰, definitivamente, o “inquérito policial civil ganharia, em eficiência, com a regular cooperação do exercício do direito de defesa”.

Não se deve perder de vista, todavia, que a persecução penal existe, justamente, para salvaguardar o interesse do indivíduo, como limitador do abuso do Poder Estatal. Caso contrário, desde já, o Estado poderia impor sanção ao indivíduo que presumisse culpado.

Necessária, pois, a persecução penal, para que respeitadas todas as garantias individuais, o Estado deixe de, arbitrariamente, fazer justiça, e, salvaguardando os direitos do indivíduo, presuma-o inocente, até final sentença condenatória irrecorrível, proferida em processo que se priorizou a defesa do cidadão-acusado.

A propósito, decisão da Suprema Corte:

"A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula

¹³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 201

¹⁴⁰ FREITAS, Marcelo Eduardo. *O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 03 fev. de 2009.

de salvaguarda da liberdade individual.¹⁴¹

Com essas ponderações, evidencia-se, enfim, a observância irrestrita ao princípio da ampla defesa em todas as fases da persecução penal, sob o risco de se incorrer em abuso de poder estatal e violação de direitos fundamentais.

¹⁴¹ STF, HC 73.338, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 13-8-1996, *DJ* de 19-12-1996.

4. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

O exercício do direito de defesa no inquérito policial nasce para o investigado no momento em que ele toma conhecimento da imputação, ou seja, quando passa da figura de suspeito, assumindo a situação jurídica de imputado.

A simples notícia do crime não é suficiente para atribuir a alguém a autoria de um fato delituoso. Contudo, com as primeiras investigações e em virtude dos elementos apurados, há um momento em que a autoridade policial imputa à alguém a possível autoria do evento.

Esse momento vem disciplinado pelo PLS n. 156/2009:

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.

Segundo Fernandes¹⁴², quando a autoridade policial passa a tratar aquela pessoa que tinha por suspeita como autora do fato, muda a sua posição jurídica de suspeito para imputado, decorrendo direitos e deveres em face dessa nova situação jurídica.

Lopes Junior¹⁴³ adverte que, com a comunicação da existência e a ciência do conteúdo da imputação, surge a possibilidade do imputado resistir à pretensão investigatória e coercitiva estatal, passando a atuar na busca de provas de descargo, ou, ao menos, que possam a levar a atenuação de eventual reprimenda ao final imposta.

Sem embargo, essa faculdade vem regrada pelo projeto de lei que reestrutura o novo procedimento de persecução penal:

¹⁴² FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação Defensiva...*, cit., p.112.

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação...*, cit., p. 127.

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.

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

Dentre os direitos do imputado, o primeiro e mais importante é o direito a ter ciência da imputação, vez que é pressuposto necessário ao direito à reação. Acrescente-se a esse outros direitos essenciais para a reação defensiva na fase pré-processual: a) o direito de ser ouvido sobre a imputação; b) o direito de, após a imputação, ter conhecimento do proceder investigatório; c) o direito de trazer, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação¹⁴⁴.

Na verdade, esses direitos elencados por Fernandes, traduzem-se no direito de informação, direito de ser interrogado, no direito de acesso aos autos do inquérito e no direito ao descargo, que a seguir se analisa.

Enfim, Ambos¹⁴⁵ define que todos esses “direitos podem ser resumidos a um conceito geral do direito a uma defesa efetiva e adequada”.

4.1 DIREITO DE INFORMAÇÃO

O direito de informação ou direito de ter ciência da imputação é uma faceta do princípio do contraditório, porque é da ciência da existência de uma imputação que nasce o exercício do direito de reação. Esse direito vem assegurado no artigo 8º, 2, b, da CADH.

O direito de informação pode ser tido como uma expressão do direito à liberdade. Isso ocorre, porque a informação visa a proteger o devido processo legal, na medida em que permite o exercício da defesa e assegura a legalidade dos atos do Poder Estatal.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação Defensiva...*, cit., p.113.

¹⁴⁵ AMBOS, Kai. *Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais*, Trad. Marcellus Polastri Lima, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.82

Ambos¹⁴⁶ define que “se o princípio da igualdade de armas for levado a sério, deve ser informado ao imputado desde o início, de maneira suficiente e completa (oralmente ou por escrito) sobre os fatos apurados ou imputados e seu significado jurídico”, evitando o que chama de “vantagem informativa irremediável” em relação às autoridades que estão à frente da investigação.

Para Lopes¹⁴⁷, o direito de informação abrange também à comunicação ao preso de seus direitos constitucionais de constituir e consultar defensor, de permanecer calado e de solicitar a assistência à família. Acrescenta, o autor, também, o direito de identificação da autoridade que efetua a lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como dos responsáveis pela prisão.

Choukr¹⁴⁸ afirma que o direito à informação de comunicação da prisão à autoridade judicial trata-se de garantia da legalidade do ato, evitando o abuso de poder.

Há duas situações diversas em que se dá ao imputado à ciência da acusação: em caso de imputado solto e de imputado preso.

Na primeira hipótese, o imputado receberá notificação para comparecimento na Delegacia de Polícia, devendo constar no termo de notificação o resumo das imputações que lhe são feitas, a qualidade em que será ouvido e que esteja acompanhado de advogado ou que informe a necessidade de assistência de um defensor público¹⁴⁹.

No segundo caso, por ocasião da prisão, o acusado já recebe a nota de culpa, na qual deve constar o motivo da prisão e a imputação que lhe é feita.

Importante destacar que à garantia do direito à informação não basta o mero ato de dar ciência ao investigado das imputações que lhe são feitas, mas, mais do

¹⁴⁶ AMBOS, Kai. op. cit, p.83

¹⁴⁷ LOPES, Fábio Motta., *Os Direitos de Informação...*, cit., p. 108/109.

¹⁴⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan., op. cit., p. 104.

¹⁴⁹ LOPES, Fábio Motta., *Os direitos de defesa...*, cit. p. 109.

que isso, também se faz necessário dar-lhe tempo suficiente para assimilar a acusação e planejar a sua defesa.

Ainda, salienta-se que o investigado tem direito a ter ciência e presença dos atos de instrução pré-processual, como por exemplo, a realização de perícias, acareações e reproduções simuladas¹⁵⁰.

Nessa senda, Ambos¹⁵¹ anota que “o dever de revelar os elementos investigativos ou probatórios é uma consequência típica do modelo processual contraditório que se esforça em equilibrar a superioridade e a vantagem do ministério público”. Destaca, contudo, que tal

dever é imposto somente às autoridades encarregadas da persecução; pois, segundo a concepção do direito processual penal internacional, o dever de revelar não pode ser imposto à defesa, pois tal violaria a proibição de auto-incriminação e afrontaria o princípio de igualdade de armas.

O artigo 8º, 2, c, da CADH garante ao acusado tempo hábil e meios adequados à preparação da defesa. Na mesma linha, o artigo 6º, 3, da CEDH, vem citado por Ambos¹⁵², ao referir que “o direito a ser informado, no prazo mais breve possível, acerca da natureza e causa da imputação, é medida protetiva do imputado”.

Do direito à informação derivam os demais direitos do imputado em face da investigação preliminar, porque, como antes declinado, é da ciência da imputação que brota o exercício de defesa

4.2 DIREITO DE SER INTERROGADO

Por sua vez, o direito de ser interrogado, como antes referido, é o direito de audiência do investigado.

¹⁵⁰ LOPES, Fábio Motta., *Os direitos de defesa...*, cit. p. 110.

¹⁵¹ AMBOS, Kai. op. cit. p.85

¹⁵² AMBOS, Kai. op. cit. p.83

O direito à audiência está expresso no Projeto de reforma do Código de Processo Penal:

Art. 12. É direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente antes que a investigação criminal seja concluída.

Parágrafo único. A autoridade tomará as medidas necessárias para que seja facultado ao investigado o exercício do direito previsto no *caput* deste artigo, salvo impossibilidade devidamente justificada.

O interrogatório, ainda que policial, conforme lição de Fernandes¹⁵³ deve perder sua conotação da época da elaboração do Código de Processo Penal, quando “era visto como um meio de produção de prova e, por isso, destinado, em regra, à obtenção de confissão do acusado, essencial para a apuração da verdade real”. Hoje, deve ser visto como “importantíssimo meio de defesa”, porque, segundo Pedrosa¹⁵⁴, o processo penal nada mais é do que “um conjunto de garantias do acusado, sistematicamente organizadas pela Constituição, para fazer face ao Estado no desenvolvimento do *ius persecuendi in iudicio*”.

Com efeito, o interrogatório policial está disciplinado no artigo 6º, inciso V¹⁵⁵, do Código de Processo Penal e vem mantido no artigo 24, inciso VI¹⁵⁶, no projeto de sua reforma, com a determinação expressa de observância das garantias constitucionais.

Esse direito à audiência do imputado deve, entretanto, observar os requisitos formais para a sua realização.

¹⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. “A mudança no tratamento do interrogatório”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, julho 2009, p. 19-20.

¹⁵⁴ PEDROSA, Ronaldo Leite. *O interrogatório criminal como instrumento de acesso à Justiça Penal: Desafios e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124-125.

¹⁵⁵ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

¹⁵⁶ Art. 24. Salvo em relação às infrações de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto no art. 280 e seguintes, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito, devendo: [...] VI – ouvir o investigado, respeitadas as garantias constitucionais e legais, observando o procedimento previsto nos arts. 63 a 69;

O primeiro requisito a ser observado é de que o investigado que for ouvido nessa condição deverá ser cientificado da qualidade em que será ouvido, para que possa preparar a sua autodefesa, positiva ou negativa.

Pedrosa¹⁵⁷ anota que “está assentado que o acusado , no processo criminal, é sujeito de direitos, e não um objeto. Logo, não pode ser forçado a colaborar com a acusação, direta ou indiretamente. O ônus da prova, é, por inteiro, desta.”

Neste contexto, o imputado tem o direito de ser ouvido, mas só o será, se realmente o quiser, já que lhe assiste o direito ao silêncio, consistente em permanecer calado e em não responder as perguntas que lhe forem formuladas, como meio de defesa. Essa garantia está assegurada, inclusive, no artigo 8º, 2, g, da CADH.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII¹⁵⁸, prevê a necessidade de informar ao preso de seu direito de permanecer calado. Aponta Fernandes¹⁵⁹ que “logo se firmou a ideia de que esse direito não estava reservado unicamente ao preso, alcançando todo interrogado, sendo a expressão do direito ao silêncio da pessoa acusada”.

Moraes¹⁶⁰ acrescenta que a expressão “preso” não foi utilizada em seu sentido técnico, vez que o direito ao silêncio tem “como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por exemplo: testemunhas, vítimas), que possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações”.

¹⁵⁷ PEDROSA, Ronaldo Leite. op. cit., p. 138.

¹⁵⁸ 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: [...] 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;

¹⁵⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *A mudança...*, cit., p. 19-20.

¹⁶⁰ MORAES, Alexandre de. “Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.7, n.79, jun. 1999, p. 13-14.

O alcance do direito ao silêncio no Brasil atinge não só o direito de permanecer calado e não responder as perguntas que lhe forem formuladas (silêncio puro), mas também, segundo Moraes¹⁶¹, garante-se ao imputado o direito de

prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio. Além disso, o silêncio do réu no interrogatório jamais poderá ser considerado como confissão ficta, pois o silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor.

Além disso, o silêncio não pode ser considerado confissão ficta, tampouco pode causar qualquer prejuízo ao acusado, nos termos do artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal¹⁶². Alertam Pitombo, Badaró, Zilli e Moura¹⁶³ que tal dispositivo

“veda qualquer relação entre silêncio e confissão ou mesmo valorações prejudiciais à defesa. E, nessa esteira, forçoso é convir que o art. 198, que permite ao juiz extrair do silêncio elementos para a formação de seu convencimento, foi tacitamente revogado”.

Lopes¹⁶⁴ assevera que há dois momentos que caracterizam o interrogatório: a qualificação e o interrogatório de mérito, surgindo a dúvida se o imputado pode também mentir acerca de sua qualificação.

Em que pese entendimento de que o imputado defende-se de fatos, não podendo se eximir de fornecer os dados referentes à sua qualificação, é certo que a sua identificação é inerente a sua autodefesa, em conformidade com o princípio *privilege against self-incrimination*, isto é, do *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, vem decidindo o Tribunal de Justiça gaúcho:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO TENTADO. ATRIBUIR-SE FALSA IDENTIDADE, ART.307 DO CP. PROVA. ROUBO TENTADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO DESACOLHIDO. [...]. ART.307 DO CÓDIGO

¹⁶¹ MORAES, Alexandre de. *Direito ao silêncio...*, cit., p. 13-14.

¹⁶² Art. 186. *Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*

¹⁶³ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Publicidade, ampla defesa e contraditório no novo interrogatório judicial”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.135, fev. 2004, p. 2-3.

¹⁶⁴ LOPES, Fábio Motta. op. cit., p. 142.

PENAL. ABSOLVIÇÃO. O réu, ao ser preso, identificou-se como seu irmão, já que ele tinha antecedentes criminais. Atitude amparada em norma constitucional, direito à autodefesa. Conduta atípica, impondo-se, neste ponto, sua absolvição, com base no art.386, III, do CPP. PENA PELO ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO. [...]. APELO DEFENSIVO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO¹⁶⁵.

Também é esta a posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO PARA OCULTAR A CONDIÇÃO DE FORAGIDO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. ABSOLVIÇÃO. CRIME DE RECEPÇÃO. PENA-BASE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. 1. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que a atribuição de falsa identidade, visando ocultar antecedentes criminais, constitui exercício do direito de autodefesa. 2. No caso dos autos, a conduta atribuída ao paciente foi a de fazer uso de documento falso. É bem verdade que a finalidade era a mesma, ou seja, ocultar sua verdadeira identidade, por ser "procurado pela Justiça". 3. Embora o delito previsto no art. 304 do Código Penal seja apenado mais severamente que o elencado no art. 307 da mesma norma, a orientação já firmada pode se estender ao ora paciente, pois a conduta por ele praticada se compatibiliza com o exercício da ampla defesa. 4. Absolvição que se impõe quanto ao crime de uso de documento falso. [...]. 8. Habeas corpus concedido, de ofício, para absolver o paciente da acusação de uso de documento falso. Ordem deferida para reduzir a pena, pelo crime de receptação, a 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente no regime semiaberto, e 12 (doze) dias-multa¹⁶⁶.

Outro ponto relevante refere-se ao tempo suficiente para preparar a sua defesa após ter ciência da acusação e antes de ser ouvido. Na fase processual, quando, em regra, o acusado já foi ouvido em sede policial, há entendimento de que existe a necessidade de conferir ao interrogado tempo suficiente para preparar a sua defesa, não podendo a citação ocorrer no mesmo dia do direito à audiência do imputado.

A propósito, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

¹⁶⁵ TJRS, Apelação Crime 70038447033, 8ª Câmara Criminal, rel. Des. Isabel de Borba Lucas, j. 01/12/2010. No mesmo sentido: TJRS, Apelação Crime 70039820139, 6ª Câmara Criminal, rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 16/12/2010; TJRS, Apelação Crime 70038933578, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 15/12/2010; TJRS, Apelação Crime 70037782935, 7ª Câmara Criminal, rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 11/11/2010; TJRS, Apelação Crime 70037424553, 4ª Câmara Criminal, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. 11/11/2010; TJRS, Apelação Crime 70036556025, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 10/11/2010; TJRS, Habeas Corpus 71002828192, Turma Recursal Criminal, rel. Juiz Edson Jorge Cechet, j. 18/10/2010. Em sentido análogo: TJRS, Apelação Crime 70036628154, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo, j. 21/10/2010.

¹⁶⁶ STJ, HC 151470-SP, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, j. 19/10/2010, DJ 06/12/2010. No mesmo sentido: STJ, HC 153264-SP, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; j. 18/08/2010, DJ 06/09/2010; STJ, HC 162576-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22/06/2010, DJ 09/08/2010.

APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO. VÍCIO NA CITAÇÃO. 1. No caso em apreço, o juízo deprecado recebeu a precatória de citação no dia 29/06, às 18h30min, conforme certidão expedida pelo escrivão, uma sexta-feira, inviabilizando o seu cumprimento. O interrogatório foi realizado no dia 02/07, uma segunda-feira, consoante calendário da época. Com isso, o imputado que sequer foi formalmente citado não teve nenhum dia útil para tentar manter algum contato com um defensor ou com a Defensoria Pública. 3. Assim, o problema da duração do processo há de tomar, como primeiro ponto de partida, a perspectiva dos direitos do imputado, devendo ter em conta que o processo penal no estado de direito reclama tempo, ou seja, aquele que resulta necessário para satisfazer o exercício de todos os direitos e garantias do imputado, o que não foi observado no caso em apreço. O direito ao processo em um prazo razoável, assegurado na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, deve ser observado, nessa senda, sob uma dupla perspectiva, ou seja, deve-se evitar tanto a demora processual, quanto um processo demasiado expedito, no sentido de atropelar os direitos e as garantias fundamentais. 4. Imprescindível destacar que a própria lei processual garante, no artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal, que antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor. 5. Daí também a oportunidade de denunciar não só a violação da duração razoável do processo no caso, célere, expedito demais, atropelando as garantias mas também a todo o sistema de nulidades do nosso Código de Processo. PROCESSO ANULADO DESDE A CITAÇÃO¹⁶⁷.

Logo, se na fase judicial em que, em tese, o acusado já tem ciência da imputação que contra si impera, mais razão para que seja observado o tempo razoável de preparação da autodefesa na fase pré-processual.

Não obstante, sabe-se que para a lavratura do auto de prisão em flagrante, faz-se necessário a oportunização da audiência do flagrado, sob pena de sua não-homologação.

Assim, muito embora não se possa dilatar por vinte e quatro horas o direito à reflexão e preparação de sua autodefesa, sob o risco de permanecer preso por mais tempo do que o devido, importante estabelecer-se algum tempo para o exercício desse direito de defesa.

Outrossim, o acompanhamento de defensor é indispensável no ato de interrogatório, mesmo que policial. Caso solto o investigado, deve ser advertido de que deverá comparecer perante à autoridade policial acompanhado de defensor. No caso de não o possuir ou de não poder constituí-lo, dever-lhe-á ser assegurado o direito à assistência jurídica gratuita por Defensor Público, com o qual será franqueada a entrevista prévia à audiência, por tempo razoável.

¹⁶⁷ TJRS, Apelação Crime 70027722123, 6ª Câmara Criminal, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 24/09/2009. No mesmo sentido: TJRS, Apelação Crime 70030156863, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 17/06/2009.

A entrevista prévia além de permitir a reflexão e preparação da autodefesa pelo investigado, é “forma de integrar a autodefesa à defesa técnica¹⁶⁸”. A assistência jurídica por defensor prévia ao interrogatório é direito assegurado pelos artigos 8º, 2, d. da CADH, 7º, III, da Lei nº 8.906/94¹⁶⁹ e 185, § 5º¹⁷⁰, do Código de Processo Penal.

Ainda, quanto à possibilidade de reperguntas no ato de interrogatório pelas partes, inclusive, pela defesa do corréu, fez com que alguns doutrinadores entendessem que o interrogatório deixa de ser um meio de defesa, para voltar a ser um meio de prova:

Mas sem dúvida, o maior avanço introduzido foi a possibilidade aberta às partes de formulação de perguntas ao acusado. Com isto, o interrogatório, além de ser ato destinado ao exercício do direito de defesa, em sua vertente da autodefesa, passa a ser, também, aberto à exploração contraditória. Reforçou-se o seu caráter híbrido, mormente em virtude da perspectiva de participação dos sujeitos parciais, resguardado, obviamente, o direito ao silêncio¹⁷¹.

Entretanto, argumenta Pedrosa que

todas as razões elencadas em prol da viabilidade da intervenção das partes no interrogatório partem do pressuposto que ele é um meio de prova. Não foram analisadas as questões constitucionais, limitando-se a recente doutrina a saudar a novel disciplina processual penal.

Sustenta o autor a impossibilidade do Ministério Público fazer reperguntas ao acusado, por se tratar de “meio exclusivo de autodefesa”, não se podendo admitir a intromissão da acusação, por ser inadmissível a devassa na consciência do interrogando. Assegura o doutrinador que, em um conflito aparente entre os princípios do contraditório (que a acusação sustentaria para amparar seu ‘direito’ de

¹⁶⁸ LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de defesa...*, cit., p. 127.

¹⁶⁹ Art. 7º São direitos do advogado: [...] III - 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.

¹⁷⁰ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. [...] § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

¹⁷¹ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. op. cit., p. 2-3.

fazer perguntas ao acusado) e da ampla defesa, há de prevalecer esta, por estar vinculada ao princípio superior da inviolabilidade da intimidade, da consciência¹⁷².

No entanto, embora o Supremo Tribunal Federal tenha adotado posição radical para firmar a garantia *nemo tenetur se detegere*, proferiu recente decisão admitindo as reperguntas ao interrogando:

“A decisão que impede de forma absoluta que o defensor de um dos réus faça qualquer repergunta a outro réu ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, deferiu em parte *habeas corpus* para anular a instrução do processo principal a partir do interrogatório, inclusive, e, em consequência, a condenação do paciente pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas entre Estados da Federação (Lei 11.343/2006, art. 35, c/c o art. 40, V). Ressaltou-se que a nova sistemática processual penal passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado (CPP, art. 188, com a redação dada pela Lei 10.792/2003). Consignou-se que, no caso, a impetração demonstrara o prejuízo sofrido pela defesa e que não se resignara com o indeferimento, pelo juízo de primeiro grau, do pedido de formulação de reperguntas a corréu, o que fora registrado e protestado em ata de audiência, sendo suscitada a nulidade ainda em sede de apelação e perante o STJ. Rejeitou-se, por outro lado, a pretensão relativamente ao delito de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33), porquanto a condenação estaria fundamentada em diversos elementos de prova que não o interrogatório dos réus¹⁷³”.

Por fim, reitera-se que a observância das garantias constitucionais do imputado pela autoridade policial são objeto de redação legal na reforma do Código de Processo Penal:

Art. 2º As garantias processuais previstas neste Código serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional.

Art. 24. Salvo em relação às infrações de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto no art. 280 e seguintes, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito, devendo: [...]

VI – ouvir o investigado, respeitadas as garantias constitucionais e legais, observando o procedimento previsto nos arts. 63 a 69;

4.3 DIREITOS DE ACESSO AOS AUTOS

¹⁷² PEDROSA, Ronaldo Leite. op. cit., p. 152.

¹⁷³ STF, HC 101.648, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11-5-2010, *Informativo* 586.

Ainda, o direito de acesso ou vista dos autos cuida-se do “dever de comunicar o conteúdo dos autos ou registro do fato que pesa sobre o imputado¹⁷⁴”. Este dever de revelar os elementos investigativos é consequência do princípio do contraditório e da publicidade.

Com efeito, o princípio da publicidade está disciplinado nos artigos 5º, inciso LX¹⁷⁵ e 93, inciso IX¹⁷⁶, ambos da Constituição Federal. Decorre do Estado Democrático, sendo típico do sistema acusatório.

Para Vale¹⁷⁷, “a publicidade dos atos do Estado traduz-se em autêntico controle externo da atividade estatal, inclusive do Poder Judiciário, que exige a transparência dos atos produzidos no desenrolar do processo”. Dessa forma, por este princípio, a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais quando em conflito outro princípio constitucional, como é o caso do direito à imagem.

De outra banda, a atual redação do artigo 20 do Código de Processo Penal¹⁷⁸ traz a falsa ideia de que o interesse público está acima das garantias constitucionais, ao disciplinar que manter-se-á o sigilo em prol do interesse da sociedade.

O Projeto de reforma do Código de Processo Penal acaba com tal preceito, adequando a sistemática da persecução penal ao processo constitucional:

Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal.

Art. 6º A lei processual penal admitirá a analogia e a interpretação extensiva, vedada, porém, a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais.

¹⁷⁴ AMBOS, Kai. op. cit. p.84

¹⁷⁵ Art. 5º - [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

¹⁷⁶ Art. 93 - [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁷⁷ VALE, Ioniton Pereira do. op. cit., p. 364.

¹⁷⁸ Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Ocorre que, como visto antes, o sigilo interno do inquérito policial não é absoluto para o acusado e seu defensor.

Para Lopes Junior, o segredo interno do inquérito policial não se estende ao defensor do acusado, que, por força do artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/94, tem assegurado o direito de examinar em qualquer Delegacia de Polícia, inclusive sem procuração, os autos da prisão em flagrante e do inquérito, acabados ou em trâmite, ainda que conclusos¹⁷⁹.

Outrossim, o sigilo interno oposto ao acusado e a seu defensor acarreta a violação do direito ao contraditório, vez que se tem negado o direito à reação às provas colhidas. Enfatiza, Lopes¹⁸⁰, que “deve-se fixar um critério menos abstrato para que não sejam frustrados os direitos fundamentais dos investigados e as prerrogativas funcionais dos advogados”.

Assim, como referido no item 3.2, o sigilo dos atos já documentados não é oponível ao investigado.

Por outro lado, importa salientar que não resta dúvida de que o sigilo externo é plenamente justificável quanto a terceiros, devendo a autoridade policial assegurá-lo enquanto houver interesse da sociedade e, inclusive, quando necessário a salvaguardar a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal¹⁸¹.

Silva¹⁸² alinhava a questão, asseverando que

a publicidade, enfim, não pode ser vista senão como regra a guiar a investigação, malgrado a existência de episódios em que o sigilo (justamente em função daquela máxima, a da eficiência) faz-se premente, momentos esses que constituem, na fase investigativa como na processual, exceção — e, como tal, comportam interpretação e aplicação restrita.

¹⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação...*, cit., p. 126.

¹⁸⁰ LOPES, Fábio Motta. *O direitos de defesa...*, cit., p. 113.

¹⁸¹ LOPES, Fábio Motta. *O direitos de defesa...*, cit., p. 113.

¹⁸² SILVA, Danielle Souza de Andrade e. “Sigilo interno e externo na investigação criminal”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 177, ago. 2007, p. 12.

Sem embargo, para Fernandes¹⁸³ o que se busca com a maior participação do imputado e de sua defesa nas investigações preliminares é garantir a manifestação “contraditória nos momentos jurisdicionalizados da investigação, quando se produz prova definitiva ou se adotam medidas constritivas reais ou pessoais”

Segundo o autor, a tendência na Europa é assegurar cada vez mais a participação do investigado, mas a dificuldade está em delimitar o âmbito de tal participação na fase da persecução, a fim de que não se tenha na fase pré-processual participação em contraditório pleno e em todos os atos de investigação¹⁸⁴.

Sabe-se que o direito de acesso aos autos do inquérito é inerente ao investigado já indiciado. Discussão que se trava, ainda, é quanto ao direito do investigado, que ainda não tem a pecha de indiciado de acesso aos autos.

A situação tem sido resolvida pelo princípio da publicidade e do devido processo legal, na medida em que aquele que é materialmente tratado como indiciado, embora ainda não o seja, possui garantido o direito à vista dos autos.

Nesse sentido D’Angelo e Dezem¹⁸⁵ afirmam que os princípios da publicidade e do devido processo legal estão insculpidos no sistema constitucional e de tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a observar e, com fundamento neles, veda-se a prática de limitação do acesso aos autos de inquérito policial pelo ainda não indiciado, mas tratado como suspeito, salvo situações excepcionais em que a quebra do sigilo frustra a própria investigação.

Ainda, Prado¹⁸⁶ fala em “publicidade diferida”, referindo-se ao momento em que “no curso da investigação preliminar, atos processuais de natureza cautelar poderão ser necessários e deverão ser praticados”, independente da ciência e do

¹⁸³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação à imputação...*, cit., p. 121-122.

¹⁸⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação à imputação...*, cit., p. 119.

¹⁸⁵ D’ANGELO, Andréa Cristina, DEZEM, Guilherme Madeira. “Acesso aos autos do inquérito policial pelo não formalmente indiciado”. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.14, n.162, maio 2006, p. 13-14.

¹⁸⁶ PRADO, Geraldo. op. cit., p. 159.

acesso aos autos pelo investigado. No entanto, ressalva que, “não se pode recusar à defesa acesso às informações porventura obtidas e aos procedimentos adotados por ordem judicial”.

Ponto relevante a destacar é que o acesso aos autos deve ser permitido ao próprio investigado, no máximo, antes do juízo oral, independente de anterior ou simultânea vista a seu defensor. Para Ambos¹⁸⁷, a “razão disso reside em que, regra geral, é o imputado que melhor conhece o fatos e por isso é ele que poderá extrair o conteúdo do expediente.”

Por fim, registra-se que o acesso aos autos do inquérito policial é totalmente livre ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por força do controle externo da atividade policial¹⁸⁸ e do controle de legalidade dos atos de investigação criminal¹⁸⁹¹⁹⁰.

4.4 DIREITO DE DESCARGO

Como antes referido, o direito de descargo nada mais é do que o direito do investigado de trazer, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação¹⁹¹.

Tais dados nem sempre derivarão de uma conduta ativa e participativa do investigado. Não há qualquer óbice que, ao contrário, advenham justamente de uma conduta omissiva do imputado. Assim, a atitude ou a defesa do investigado traduz-se em positiva ou negativa, de acordo com seu agir comissivo ou omissivo.

O primeiro e talvez mais importante meio de autodefesa do imputado é o direito ao interrogatório, que já foi examinado em item próprio (4.2) ao qual se

¹⁸⁷ AMBOS, Kai. op. cit. p.85

¹⁸⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

¹⁸⁹ Art. 5º - [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁹⁰ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de defesa...*, cit., p. 119.

¹⁹¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação Defensiva...*, cit., p.113.

remete o leitor.

Passa-se, então, imediatamente aos demais meios de descargo.

4.4.1 Reconhecimento Pessoal

A possibilidade do reconhecimento pessoal vem previsto no artigo 6º, inciso VI¹⁹², do Código de Processo Penal e a sua forma está disciplinada nos incisos do artigo 226¹⁹³, do mesmo Diploma, permanecendo com redações similares os dispositivos no Projeto de reforma do Estatuto Processual¹⁹⁴.

O reconhecimento é o ato de identificar aquilo que se recorda, é a lembrança do que já se conhece. Segundo Lopes Junior¹⁹⁵, “o reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências”.

Com efeito, quanto maior for o número de vezes que se repetir o reconhecimento, maior será a recordação da pessoa ou coisa a ser reconhecida e, a

¹⁹² Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

¹⁹³ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

¹⁹⁴ Art. 24. Salvo em relação às infrações de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto no art. 280 e seguintes, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito, devendo: [...] VII – proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações, quando necessário; Art. 192. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma: I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III – a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento; IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pelo delegado de polícia, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por 2 (duas) testemunhas presenciais; V – no reconhecimento do acusado será observado o disposto no §4º do art. 271. Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

¹⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 669.

percepção estará mais próxima da exatidão.

Di Gesu¹⁹⁶ asseverando que “a exatidão da percepção e a capacidade de distinguir detalhes depende, geralmente, do conhecimento prévio acerca do objeto ou da pessoa a ser identificada”, tratando-se, segundo a autora, da percepção precedente e, daí o cuidado, para não ser fomentada de erros.

O reconhecimento pessoal tem sido uma das provas mais aceitas e utilizadas no processo penal, ensejando diversas condenações ainda quando todo o restante do caderno probatório indica desfecho em sentido contrário, por isso a necessidade de estrita observância da forma legal. Neste contexto, afirma Lopes Junior¹⁹⁷ que “partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para *informalidades judiciais*”.

Para evitar a percepção precedente, antes citada, não se deveria admitir o reconhecimento fotográfico realizado costumeiramente em inúmeras Delegacias de Polícia do país, que se dá “mediante a apresentação de arquivos ou álbuns de pessoas *fichadas*”¹⁹⁸. Primeiro, porque não se trata de reconhecimento “pessoal”. Segundo, porque não observa a forma do atual artigo 226 do Código de Processo Penal. E, por isso, suprime todas as garantias individuais.

Neste contexto, Lopes Junior¹⁹⁹ enfatiza que “não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas”.

Di Gesu²⁰⁰ alerta para o fato de que a percepção precedente “pode perfeitamente acontecer quando se está diante de formas antecedentes ao reconhecimento direto, não previstos na legislação”. Acrescenta que

¹⁹⁶ DI GESU, Cristina. *Prova Penal & Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129/130.

¹⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 670.

¹⁹⁸ DI GESU, Cristina. *Prova Penal & Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

¹⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 673.

²⁰⁰ DI GESU, Cristina. op. cit., p. 130.

Se por algum motivo o ofendido ou a testemunha não conseguiu, no momento da prática delituosa, captar a imagem do suspeito – devido ao efeito “foco na arma”, porque ele estava com o rosto encoberto por toca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com aquele envolvido, dentre outras diversas moduladoras que concorrem para piorar a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e ao contato com o agressor, a gravidade do fato, o intervalo de tempo entre o delito e a realização do reconhecimento, as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos), as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo), a natureza do delito, entre outros – poderá fixar na memória a fotografia anteriormente vista, sendo induzido a posterior reconhecimento pessoal.

Assim, ao invés da apresentação de álbuns de fotografias e de arquivos das pessoas “fichadas” pela polícia, deveria sim, ser coletada, mediante termo de declarações, a descrição do agente do fato, nos termos do inciso I; procedendo-se, em seguida, na forma do inciso II e IV do artigo 226 do Código de Processo Penal.

Observa-se que o inciso II referido determina que o imputado deverá ser colocado ao lado de pessoas com semelhanças físicas para o reconhecimento, sendo a lei omissa quanto ao número ideal de pessoas para o ato.

Lopes Junior²⁰¹ destaca a importância de serem observados os comandos legais por se constituírem em “condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”.

Importante questão dá-se quanto à vestimenta, vez que, inúmeras vezes, a identificação do indivíduo ocorre apenas pela cor da camisa ou da calça. Deveriam as pessoas vestir-se com roupas assemelhadas, a fim de evitar o falso reconhecimento.

Faceta interessante do sistema de reconhecimento pessoal é a forma pela qual ocorre: simultânea ou sequencial, que vem abordada por Lopes Junior²⁰². A primeira é a adotada pelo processo penal brasileiro, em que pese mais perigosa:

Atualmente, a psicologia judicial tem apontado para o reconhecimento sequencial como mais seguro e confiável, pois como explica **Williams**, neste sistema os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o

²⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 16-17.

²⁰² LOPES JUNIOR, Aury. *Reforma processual penal...*, cit., p. 16-17.

próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não. Isso implica uma tomada de decisão por parte de quem está reconhecendo, sem que saiba quantos participam do reconhecimento. Diminui-se, assim, o nível de indução, e potencializa-se a qualidade do ato, pois, se no reconhecimento simultâneo a vítima ou testemunha “faz um julgamento relativo no processo de tomada de decisão (Wells, 1984), isto é, ela toma sua decisão julgando qual o membro mais semelhante ao culpado, comparando os membros entre si”, no reconhecimento sequencial, “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado”. [grifo no original]

Para observância da forma prevista em lei, parte-se da premissa de que o imputado consentiu em participar do ato de reconhecimento pessoal, vez que cuida-se de ato de prova em que o investigado vem amparado pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Neste sentido, Prado²⁰³ proferiu voto em Habeas Corpus entendendo que em ato de caráter probatório não pode o imputado ser compelido a participar ou fornecer prova capaz de levar a caracterização de sua culpa. Prossegue, o relator, citando decisão da Suprema Corte Alemã, que o substrato político-jurídico coloca, ao lado da intangibilidade do corpo, a “liberdade do acusado de encontrar uma decisão autônoma sobre se ele quer colaborar ativamente com o esclarecimento dos fatos ou não, como critério norteador do princípio *nemo tenetur se detegere*”.

O princípio *privilege against self-incrimination* compreende a possibilidade do investigado de não contribuir com quaisquer atos de prova a que for submetido pelos órgãos investigativos. Não há preceito constitucional que obrigue o imputado a praticar alguma conduta para contribuir com sua identificação, como por exemplo, retirar as mãos do rosto, virar-se de frente, despir o capuz, boné ou a touca tipo ninja que veste, abaixar a camisa que cobre a face, dentre outros atos de ocultação. Ao contrário, como antes demonstrado, pode apresentar documento falso, com o objetivo de não ser identificado em face aos antecedentes policiais.

Cabe, pois, ao investigado a opção em colaborar ou não para a apuração da autoria do fato investigado.

²⁰³ TJ/RJ, HC 2009.059.05388, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Geraldo Prado, j. 24.09.09.

Por conseguinte, evidentemente, incabível a condução coercitiva para qualquer ato de prova, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão do dever de tratamento.

Lopes Junior²⁰⁴, analisando o retrocesso do projeto de reforma do Código de Processo Penal que prevê a possibilidade de condução²⁰⁵, anota que

A Constituição desenha um complexo sistema de garantias que não podem ser analisadas de forma isolada ou tampouco ser objeto de drástico reducionismo. O direito de silêncio não é apenas a garantia de não declarar, mas acima de tudo, de não fazer, de não participar. A leitura deve ser mais ampla em se tratando de direitos fundamentais, pois a liberdade é a regra e a restrição a ela, a exceção. O que deve ser limitado é o poder, até porque, geneticamente comprometido com o abuso.

Prado²⁰⁶ compartilha a mesma posição referindo que se o investigado, no exercício de sua liberdade de escolha, optou por não participar do ato de prova, não fornecendo dados de sua imagem, não pode ser compelido “a assumir esse comportamento – por meio da condução coercitiva, por exemplo –, sob pena de efetiva violação ao direito de não colaborar com a condenação e de não ajudar o Ministério Público a se desincumbir do ônus da prova”.

Por fim, como bem ponderado por Lopes Junior²⁰⁷, no processo penal, não há distribuição de carga probatória, senão pertence exclusiva e inteiramente ao órgão acusador, não incumbindo ao réu o dever de “auxiliá-lo” nessa tarefa. Traduz, o autor, que “o *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter, por não fazer) é uma importante conquista civilizatória que está no núcleo do próprio direito de silêncio”. E, vocifera que o argumento de que não se cuida de uma participação ativa, não é suficiente para retirar o réu arbitrariamente de seu domicílio, conduzi-lo coercitivamente à audiência e submetê-lo leoninamente a um ato probatório contrário a seu interesse, sem violação ao direito de não autoincriminação.

4.4.2 Reprodução Simulada dos Fatos

²⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Reforma processual penal...*, cit., p. 16/17.

²⁰⁵ Art. 271. [...] § 4º O acusado que regularmente intimado para a audiência não comparecer poderá ser conduzido coercitivamente se demonstrada a necessidade de reconhecimento de pessoa na produção da prova testemunhal.

²⁰⁶ TJ/RJ, HC 2009.059.05388, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Geraldo Prado, j. 24.09.09.

²⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Reforma processual penal...*, cit., p. 16/17.

É importante fonte de prova, mas vem prevista no artigo 7º do Código de Processo Penal²⁰⁸, no Título II, que trata o inquérito policial, e não no Título VII que se destina à prova. Conceitua-a, Nucci²⁰⁹, como a fonte que serve “para aclarar ao juiz” como ocorreu a prática da infração penal. “A simulação é feita utilizando-se o réu, a vítima e outras pessoas convidadas a participar, apresentando-se, em fotos e esquemas, a versão ofertada pelo acusado e a ofertada pelo ofendido e outras testemunhas”²¹⁰. Lopes Junior²¹¹ recomenda a filmagem da simulação, a fim de permitir amplo conhecimento por parte do juiz e, em eventual recurso, pelo Tribunal.

Outrossim, em homenagem ao contraditório, deve haver designação de dia e hora para a produção da prova, notificando-se o imputado²¹², para, querendo, participar do ato.

Mais uma vez, na reprodução simulada dos fatos, a participação do investigado está amparada pelo direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, mormente, por exigir conduta ativa do investigado²¹³.

Assim, embora existente posicionamento acerca da obrigatoriedade de comparecimento, sob pena de condução coercitiva, entende-se que é facultativo ao imputado, vez que em preferindo se manter em silêncio, não há qualquer razão para que se faça presente, vez que sua omissão não lhe pode causar qualquer prejuízo (artigo, 5º, LXIII, Constituição Federal), tampouco o de ser conduzido sob força pública.

Nesse sentido, Lopes Junior enfatiza que

o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para a realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por

²⁰⁸ Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

²⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 162.

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op cit., p. 162.

²¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 682.

²¹² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 682.

²¹³ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 151.

elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência. [grifos no original].

Lição que vem corroborada pelo Supremo Tribunal Federal:

RECONSTITUIÇÃO DE CRIME (REPRODUÇÃO SIMULADA DE DELITO DE HOMICÍDIO) (ART. 7. DO C.P.PENAL). Diligência requerida pelo Ministério Público, deferida pelo Juiz, na fase do inquérito policial, e a cuja realização os indiciados se teriam negado a comparecer. Prisão preventiva decretada com base apenas nessa recusa dos indiciados, Constrangimento ilegal. 'Habeas Corpus' deferido para revogação da prisão preventiva, como decretada, sem prejuízo de eventual decretação de outra, se caracterizada qualquer das situações do art. 312 do C.P.P. e com adequada fundamentação. Interpretação dos artigos 7., 260 e 312 do C.P.P.. Se a prisão preventiva dos pacientes foi decretada apenas e tão-somente porque não se teriam disposto a participar da diligência de reprodução simulada do delito de homicídio (reconstituição do crime), ficou caracterizado constrangimento ilegal reparável com 'Habeas Corpus'²¹⁴.

Não obstante a previsão da *reconstituição do crime* no Título que cuida da investigação pré-processual pode também ser realizada na fase processual, inclusive, perante o Tribunal do Júri, sempre sob a presidência do Juiz²¹⁵.

A reconstituição do crime é vedada quando ofender a moralidade e a ordem pública, que são, nos dizeres de Nucci²¹⁶, as “regras éticas de conduta, espelhando o pudor social” e a “segurança e paz sociais”. Para Lopes Junior²¹⁷, mais do que isso, o limite normativo atinge também “a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, um direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição, que também assiste ao sujeito passivo”.

Por fim, registra-se a advertência de Cordero²¹⁸:

Se a reconstituição é feita quando há dúvidas sobre a possibilidade de que o crime tenha ocorrido de uma determinada forma, o resultado positivo não demonstra que esse ato ocorreu (mas apenas que era possível); mas o resultado negativo decide a questão, pois é impossível que tivesse ocorrido.

Ou seja, havendo a reprodução simulada do fato com resultado negativo, comprovando-se a impossibilidade física do evento, encerra-se a questão.

²¹⁴ STF, RHC 64.354-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 01-07-1987, DJ 14-08-1987, p. 16.086.

²¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 681; NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 162

²¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 162.

²¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 681.

²¹⁸ CORDERO, Franco. *apud* LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 681.

4.4.3 Exame Pericial

As provas periciais podem objetivar a comprovação da materialidade do crime, bem como de sua autoria. Via de regra, para o alcance da existência da infração penal, é dispensável a participação do imputado. De outro lado, a autoria, não raras vezes, necessita da comprovação pericial para sua identificação.

De qualquer forma, vigora o princípio do *nemo tenetur se detegere* sempre que imprescindível for a participação do imputado para a produção de prova pericial com base em material biológico ou genético. A prova realizada com tais amostras e que dependam de intervenção corporal é seguramente a mais capaz de relacionar o autor do delito com o fato imputado. Por isso mesmo, segundo Nucci²¹⁹, “se o réu não tem o dever de se autoincriminar, é lógico que não tem obrigação alguma de colaborar para a realização de prova pericial, cuja finalidade é prejudicá-lo”.

No entanto, considerando que o acusado deve ser considerado sujeito de direitos e não objeto de prova, Ruiz²²⁰ afirma que “a determinação da colheita compulsória de material genético no corpo do acusado implica em ofensa a direitos fundamentais e a princípios constitucionais”, sendo necessária a imposição de “limites determinados à obtenção de informação genética, isto para que não sejam atropeladas garantias constitucionais nem seja reverenciado o arbítrio”.

Comunga desse entendimento Lopes Junior²²¹, ao declarar que “com a superação dessa coisificação do réu e a assunção de seu status de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo (não temer por se deter)”. Prossegue lecionando o autor, ao comparar a submissão do sujeito a uma intervenção corporal à obtenção da confissão por meio de tortura, que

“o direito de defesa, especialmente do ponto de vista negativo, não pode ser limitado,

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 407.

²²⁰ RUIZ, Thiago. “Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado.” *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 18, n. 218, jan., 2011, p. 14-15.

²²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 621/623.

principalmente porque a seu lado existe outro princípio básico, muito bem apontado por CARNELUTTI: a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe”.

Muitas são as espécies problemáticas de obtenção de prova com fornecimento de material genético ou biológico sem o consentimento do investigado.

É o caso, por exemplo, da embriaguez ao volante, prevista no artigo 306 da Lei 9.503²²², que prevê uma dosagem mínima de álcool por litro de sangue para configurar o crime. Evidentemente, a fim de comprovar precisamente a quantidade de álcool por litro de sangue o único meio legal é a coleta do sangue do indivíduo – o que depende de sua concordância. Não obstante, as autoridades têm insistido em considerar suficiente à caracterização do delito a prova consentida obtida por meio de etilômetro que, como bem apontado por Lopes²²³, apenas comprova a dosagem de álcool por litro de ar expelido dos pulmões.

Não fosse só isso, a obrigatoriedade de submissão do indivíduo ao teste de alcoolemia fere diversos princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, dentre outros. Bem observa Callegari²²⁴ que a realização do teste, no momento do fato, não apresenta qualquer garantia à intimidade e pior, não admite qualquer contraprova. Prossegue o autor, afirmando que “poder-se-ia tão-somente argumentar que o dito teste do “bafômetro” é falível, uma vez que toda máquina pode falhar, sujeitando, assim, o ingresso do indivíduo na esfera do injusto penal sem qualquer possibilidade de defesa”.

²²² Art. 306. *Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

²²³ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 153.

²²⁴ CALLEGARI, André Luís. “A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e novo código de trânsito.” *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.6, n.66, maio 1998, p. 12-14.

Ainda, pondera Lopes²²⁵ que tal teste do bafômetro pode ser considerada prova ilícita, nos termos dos artigos 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e 157 do Código de Processo Penal, se não for assegurado ao condutor o direito de informação. Refere, o autor, que o motorista deve, portanto, ser avisado de que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, antes de ser submetido aos testes de alcoolemia.

Outrossim, não há se falar em possibilidade de conversão da quantidade de álcool por litro de sangue em quantidade de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, porque não comprovado que todas as pessoas possuem igualdade física e biológica para admitir conversão imposta por Decreto. Zaffaroni e Pierangeli²²⁶ bem elucidam a questão da tipicidade nesse caso, ao dissertarem que

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.[...] b) o art. 5º, inc. XXXIX, estabelece o princípio da legalidade, que, como corolário, inclui o princípio da reserva legal, que deriva do art. 5º, inc. II. Ambos decorrem do princípio republicano (democrático): [...] estabelece inexistir crime e pena sem lei anterior, está determinando que só pode ser crime aquilo que está proibido pela lei, e que fora da proibição legal, não pode haver crime e pena;

No mesmo sentido Zilli²²⁷ fundamenta seu entendimento em sentença criminal, destacando que

Não se nega tenha o legislador estabelecido a possibilidade de equivalência entre os distintos testes de alcoolemia — parágrafo único do art. 306. No entanto, ao assim proceder, delegou competência legislativa penal e processual penal ao Poder Executivo, o que é vedado pela sistemática constitucional brasileira.

Com efeito, ao enrijecer o próprio tipo penal inserindo na norma penal incriminadora o grau de concentração de álcool por litro de sangue, o legislador limitou qualquer procedimento de ampliação típica. Mas, ainda que se admitisse uma extensão, tal somente poderia ser realizada por quem detém legitimidade constitucional para tanto, em decorrência natural do princípio da reserva legal. Dito de outra forma, o legislador não poderia conceder à

²²⁵ LOPES, Fábio Motta. *A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal*. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel (org.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43-58.

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral.*, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.135.

²²⁷ TJ/SP, processo 050.09.020604-5, 15ª Vara Criminal da Capital, Juiz de Direito Marcos Zilli, j. 16-04-2009.

Administração a absoluta liberdade para estabelecer quais as hipóteses e circunstâncias em que o tipo penal fechado poderia ser ampliado.

O Tribunal de Justiça gaúcho também possui precedente nesse sentido:

APELAÇÃO-CRIME. TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. PROVA. CONDENAÇÃO DECRETADA. Réu que conduz veículo em estado de embriaguez e com pneu traseiro esquerdo estourado atua com imprudência e negligência. Além disso, ao dar uma guinada repentina para esquerda, quando o carro tripulado pela vítima estava ultrapassando-o, agiu culposamente para a capotagem deste automóvel, pois fechou sua frente, com que se desgovernou. Condenação decretada. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CTB. NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA DA CONCENTRAÇÃO DE ALCOÓL NO SANGUE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Tendo em vista a inovação legislativa, impõe-se a comprovação da concentração de álcool no sangue do agente, por tratar-se de *lex mitior*, que retroage em benefício do réu. Elemento probatório que inexistente nos autos, resultando na manutenção da absolvição do réu. ART. 305 DO CTB. CONDENAÇÃO DECRETADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM CONCRETO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESACATO. CRIME NÃO CARACTERIZADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Para se configurar o crime de desacato, o agente deve ofender diretamente o funcionário público, o que não aconteceu no caso dos autos. Absolvição mantida. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU COM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 305 DO CTB²²⁸.

Outras provas periciais possuem a mesma solução como é o caso do exame de DNA para comprovar a paternidade de filho gerado por mulher estuprada, coleta de material biológico para confrontação de sêmen encontrado no ofendido; exame grafotécnico para demonstração da autoria de escrito, dentre outros. Em todos os casos vige o mesmo princípio constitucional de proibição da autoincriminação, conforme decidiu a Suprema Corte brasileira:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido²²⁹.

²²⁸ TJ/RS, Apelação Crime 70018856849, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Marlene Landvoigt, j. 07/04/2009.

²²⁹ STF, HC 77.135-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08-09-1998, DJ 06-11-1998, p. 03.

Importa salientar, outrossim, que nem mesmo o “interesse público” pode limitar o direito fundamental do indivíduo. Como se disse alhures, os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, porque previstos no artigo 5º da Constituição Federal e tem caráter principiológico. E, não há, no processo penal, interesse público capaz de restringi-los. Poder-se-ia invocar outros direitos individuais para tentar legitimar alguma forma de extração compulsória de material genético²³⁰. Todavia, há duvidosa constitucionalidade em se poder utilizar tal material para fins de persecução criminal.

Lopes Junior²³¹ reflete que “ainda que se concorde que direitos fundamentais não são absolutos e, em certos casos, possam ser limitados no processo penal, carece o sistema brasileiro de autorização constitucional para tanto ou lei ordinária que regulamente”.

Tratamento diverso recebe material descartado, ainda que involuntariamente ou colhido no local do crime. Nesses casos, não há qualquer óbice à utilização dos meios e instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como por exemplo, a apreensão dos vestígios do crime.

Por fim, por curiosidade, colaciona-se ementa do Supremo Tribunal Federal em que se permitiu a coleta da placenta do filho deixada na carceragem em que se encontrava a suposta ofendida. Destaca-se, contudo, que, nesse caso, os imputados no processo penal eram os policiais federais acusados de estupro e não a genitora do filho cuja placenta restou apreendida. Logo, o direito fundamental a ser resguardado era justamente o dos policiais federais investigados.

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora à oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material

²³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 623.

²³¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 623.

genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante²³².

4.4.4 Inquirição das Testemunhas

A coleta das declarações das testemunhas na fase de investigação preliminar, usualmente, é realizada sem a presença do imputado, ainda que preso na carceragem da própria Delegacia de Polícia, onde está ocorrendo a oitiva – casos em que ocorre a prisão em flagrante. O contrário deveria ser a regra.

Segundo Lopes²³³, não há obstáculo para que o sujeito passivo da investigação se faça presente durante as oitivas das vítimas e das testemunhas, devendo, contudo, haver requerimento nesse sentido. Prossegue, o autor, sustentando que

se a vítima ou a testemunha demonstrar receio em prestar declarações na presença do investigado, ou existir fato concreto que demonstre o risco de se agir dessa forma, o acompanhamento deve ser vedado pela autoridade policial que preside as investigações, justificando a sua decisão.

Entende-se que o receio, temor, da pessoa ouvida em relação ao sujeito passivo da investigação somente se justifica quando não se tratam de pessoas conhecidas. Isso porque, a pessoa investigada sabe o teor da imputação que lhe é feita, bem como identifica a pessoa que lhe acusa²³⁴. Assim, por exemplo, não há receio que justifique a ausência do réu em relato de fato de ameaça ou lesão

²³² STF, Reclamação 2040 QO-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21-02-2002, DJ 27-06-2003, p. 31.

²³³ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 160.

²³⁴ O sigilo do artigo 201, § 6º, do CPP não alcança a defesa, mas apenas os meios de comunicação.

corporal envolvendo violência doméstica. Logo, o medo apenas se justifica quando a vítima ou a testemunha tenha receio em ser fisicamente identificada.

Diferente é o caso em que a pessoa inquirida possui constrangimento em depor na presença do investigado, em razão do fato a ele imputado, ainda que não se tratem de desconhecidos. Exemplo disso é o caso de se estar investigando suposto delito contra a liberdade sexual, onde a natureza do fato, por si só, causa constrangimento ao depoente pela humilhação eventualmente sofrida.

Sem embargo, em qualquer caso, a decisão que determina a retirada do investigado da sala de audiência deverá ser motivada pela autoridade policial.

Importante salientar que, embora a palavra da vítima tenha especial relevância em crimes que ocorrem na clandestinidade, deve também ser analisada com reservas. Primeiro e principalmente porque não presta compromisso de dizer a verdade. Então, não responde por falso testemunho, embora possa responder por denúncia caluniosa, conforme o caso. Depois, porque pode estar movida por “diferentes tipos de intenções negativas”²³⁵ e, por fim, porque mesmo não possuindo mais interesse na persecução penal pode ser compelida a depor, mediante condução coercitiva.

Outra postura deve ser tomada em relação ao defensor do investigado, sob pena de violação à plena defesa. Outrossim, não se pode perder de vista que o defensor do imputado possui prerrogativa funcional de acompanhar os atos de produção de prova²³⁶.

Ainda, considerando que a falibilidade da prova testemunhal é inerente a pessoa humana, importante que tal meio de prova venha corroborado por outro indício qualquer. Di Gesu²³⁷ explica que a fragilidade deste meio de prova é demonstrada pelo estudo da memória e pela possibilidade de formação de falsas memórias (patologia).

²³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 642.

²³⁶ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 160.

²³⁷ DI GESU, Cristina. op. cit., p. 72.

Por fim, levando-se em conta que a investigação desenvolve-se por impulso oficial, sem a intervenção das partes, que, em regra, não formulam reperfutas às testemunhas, é que a prova testemunhal colhida exclusivamente nessa fase, não pode fundamentar uma decisão judicial condenatória, necessitando de repetição sob o crivo do contraditório²³⁸.

Todavia, se houver o deferimento pela autoridade policial das reperfutas por parte do defensor, não há impeditivo de que a prova seja utilizada na fase processual.

4.4.5 Acareação

A acareação na investigação policial está prevista no artigo 6º, inciso VI, do Código de Processo Penal²³⁹. Segundo Nucci²⁴⁰, é o ato “que coloca frente a frente os depoentes, confrontando e comparando declarações contraditórias ou divergentes”.

A acareação é admitida entre todos os sujeitos envolvidos na investigação: investigados, ofendidos e testemunhas.

Há dois tópicos que devem ser ponderados nesse item. Primeiro, a acareação, por se cuidar de meio de prova deve observância ao direito do imputado em não participar do ato. Ainda, deve-se atentar para o verdadeiro sentido da prova, vez que há a peculiaridade de que em determinados casos as pessoas acareadas não possuem comprometimento com a verdade – ônus das testemunhas (acareação entre imputados, entre imputado e vítima ou entre vítimas), caso em que a diligência pode não trazer qualquer resultado útil à investigação.

4.4.6 Exibição de documentos

²³⁸ AMICO, Carla Campos. “A nova redação dos artigos 155 e 156 do Código de processo penal e a produção antecipada da prova testemunhal na fase do inquérito policial.” *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 192, nov. 2008, p. 7-8.

²³⁹ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...]VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

²⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 494.

Com efeito, o artigo 232 do Código de Processo Penal conceitua documentos como escritos, instrumentos ou papéis, o que abrange, segundo Lopes Junior²⁴¹, “fitas de áudio, vídeo, fotografias, tecidos e objetos móveis que fisicamente possam ser incorporados ao processo e que desempenhem uma função persuasiva (probatória)”.

Mais uma vez, aplica-se à exibição de documentos o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Dessa forma, pondera Lopes²⁴² que “a recusa em apresentar documentos às autoridades não pode ser considerada como desobediência e eventual requisição nesse sentido deve ser tida como ilegal”.

Por outro lado, a autoridade policial possui em seu favor o instrumento da busca e apreensão de coisas.

Para fins de investigação penal, a busca domiciliar somente pode ocorrer, independente de mandado judicial, com o consentimento válido e expresso do morador ou em flagrante delito, em qualquer horário. Na hipótese de ordem judicial dá-se apenas durante o dia, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal²⁴³.

Anota Lopes Junior²⁴⁴ que, em caso de desastre ou para prestar socorro, não é permitida a apreensão de objetos e documentos que incriminem o imputado, pois a finalidade do ingresso não foi a busca.

Além disso, a busca genérica não é admitida no processo penal, devendo observar rigorosamente os limites formais para ser legitimada, vez que se cuida de grave e nítida relativização de direito fundamental²⁴⁵.

²⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 685.

²⁴² LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 159.

²⁴³ Art. 5º. [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

²⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 698.

²⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 700.

Os requisitos de forma vêm expressamente previstos no artigo 243 do Código de Processo Penal²⁴⁶. Importante questão diz com o motivo da diligência, que por acarretar restrição a direito fundamental, deve possuir vinculação causal. Nos dizeres de Lopes Junior²⁴⁷, “o ato judicial que autoriza a busca domiciliar é plenamente vinculado e limitado”, porque a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e uma vinculação ao processo.

Assim, obtido o mandado judicial e não encontrado o documento, não pode ser o investigado compelido a exibi-lo, tampouco a indicar o local em que possa ser encontrado.

Por fim, quanto à exibição de livros fiscais, Lopes²⁴⁸ sustenta que os documentos pertencem à Fazenda Pública, apenas se encontrando sob a guarda do comerciante, que não possui o direito de recusar a exibição de tais livros. De outra banda, Amorim²⁴⁹ afirma que a recusa de exibição de tais livros acarreta ilícito tributário, por violação à obrigatoriedade de sua exibição à fiscalização tributária, não extensiva, contudo, à esfera criminal, onde vigora o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

4.5 DEFESA TÉCNICA

A defesa técnica é o direito do investigado em se fazer acompanhado de defensor em todos os momentos da persecução penal, dotado de poderes de investigação e de instrução, com conhecimentos científicos de direito e detentor de prerrogativas funcionais, para resguardar os seus direitos.

²⁴⁶ Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

²⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, cit., p. 707.

²⁴⁸ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 159.

²⁴⁹ AMORIM, Maria Carolina de Melo. “Da impossibilidade de obrigar o contribuinte a apresentar, em fiscalização tributária, documentos comprobatórios de crimes tributários.” *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 176, jul. 2007, p.6-7.

A defesa técnica é considerada indisponível, dada à presunção de hipossuficiência do sujeito passivo da persecução penal, que não possui conhecimento necessário e suficiente para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o órgão acusador²⁵⁰.

Ferrajoli²⁵¹ estipula em seu último princípio axiológico fundamental da teoria do garantismo penal o direito de defesa, expresso como axioma A10: *nulla probatio sine defensione*. Para o autor,

a defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle de método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

Lopes Junior afirma que “mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório”, fortalecendo, inclusive, a imparcialidade do juiz e contido no princípio do *due process of law*.

Como explica Saad²⁵² a defesa efetiva deve ser, de fato, garantida quando realmente importa, assegurando-a desde o curso do inquérito policial: o acusado “deve contar com assistência de advogado, legalmente habilitado, zeloso e competente, na real defesa dos interesses de sua liberdade”.

Vale lembrar que o direito à defesa técnica é também um direito fundamental, expresso no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal²⁵³ e sua necessidade no processo penal vem consagrada no artigo 261 do Código de Processo Penal²⁵⁴. Ainda, esse direito vem assegurado no artigo 8º, 2, d, da CADH²⁵⁵.

²⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p. 335.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 564.

²⁵² SAAD, Marta. *Defesa técnica dos presos em flagrante delicto.*, cit., p. 6.

²⁵³ Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

²⁵⁴ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

²⁵⁵ Artigo 8º - Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa

Em que pese limitada, a defesa técnica possui atuação na fase preliminar de investigação, sendo, igualmente, indispensável, conforme preceitua o artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal²⁵⁶.

Importa, aprioristicamente, a atuação do defensor na investigação preliminar, em entrevista prévia e reservada com o acusado, antes de ser ouvido. A entrevista prévia, segundo Lopes²⁵⁷, é a forma de integrar a autodefesa á defesa técnica.

Além disso, compete ao defensor do imputado a proposição de diligências, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal²⁵⁸.

Nesse sentido, Rovegno²⁵⁹ afirma que

da possibilidade de ser assistido por defensor habilitado tecnicamente decorrem algumas faculdades conferidas a esse defensor, para que sua atuação possa ser efetiva e não meramente formal: presença física aos atos, requerimentos de diligências e possibilidade de acesso aos autos do inquérito policial.

Embora alguns doutrinadores entendam ser poder discricionário da autoridade policial o deferimento ou não das diligências requeridas, Lopes²⁶⁰ pontua que

por ser missão de quem preside uma investigação criminal apurar todas as circunstâncias de um fato que se apresenta como criminoso, os pedidos formulados pelo investigado deverão ser atendidos pela autoridade policial. O direito de defesa na fase pré-processual é um direito subjetivo do investigado, razão pela qual o delegado de polícia deve realizar diligências que sirvam para a elucidação dos fatos, desde que não sejam ilegais ou impertinentes.

tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:[...] d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

²⁵⁶ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

²⁵⁷ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 127.

²⁵⁸ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

²⁵⁹ ROVEGNO, André. op. cit., p. 345.

²⁶⁰ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 129.

Do mesmo entendimento comunga Rovegno²⁶¹, para quem essa possibilidade de requerer diligências não se submete à discricionariedade ampla da autoridade policial.

Ainda, há possibilidade do defensor participar das perícias realizadas em sede policial, com apresentação de quesitos, considerando que são, em regra, provas definitivas²⁶². Rovegno²⁶³ estende essa possibilidade a todo aquele que se coloque em uma das situações que autorizam o exercício da ampla defesa, ainda que não indiciado. Lopes²⁶⁴ atenta, no entanto, que tal diligência pode ser excluída em hipóteses em que reste configurado o caráter de urgência ante provável desaparecimento de vestígios do crime.

Por fim, cabe ao defensor manifestar-se nos autos da investigação preliminar, de forma escrita, para “comentar, criticar ou apreciar o resultado ou o conteúdo dos atos existentes no expediente”²⁶⁵.

4.5.1 Assistência de Defensor Público

Com efeito, assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social²⁶⁶.

A fim de dar eficácia ao postulado previsto no artigo 5º, inciso LXXIV, o próprio constituinte previu a Defensoria Pública, no artigo 134, como forma de ação positiva do poder público para o acesso ao Judiciário, com a seguinte redação: *A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*

Com isso, além de garantir aos necessitados o acesso à justiça e o direito de

²⁶¹ ROVEGNO, André. op. cit., p. 347.

²⁶² LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 132.

²⁶³ ROVEGNO, André. op. cit., p. 354.

²⁶⁴ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 132.

²⁶⁵ ROVEGNO, André. op. cit., p. 356

²⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar...*, cit., p. 336.

defesa ampla, criou-se seu órgão executor para dar plena efetividade à garantia individual, a Defensoria Pública. Assim, “o acesso à Justiça aos necessitados, em 1988, foi elevado à condição de verdadeiro direito fundamental”²⁶⁷.

Discorre Brandão²⁶⁸ que

A assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, como garantia constitucional, é uma das formas que o Estado elegeu de tentar concretizar tal objetivo da República e assim, tentar construir uma sociedade livre, justa e solidária. E, só desta forma, poderia a República Brasileira afirmar-se como Estado democrático de direito, pois está, ao menos buscando garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que são os seus fundamentos.

A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, que disciplina a Defensoria Pública, prevê como objetivos institucionais: a primazia da dignidade da pessoa humana, a afirmação do Estado democrático de direito e a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa²⁶⁹.

Neste contexto, a Defensoria Pública incumbe a assistência jurídica integral e gratuita às pessoas necessitadas, que comprovarem a insuficiência de recursos. Destaca-se aqui que a Constituição não se refere a recurso financeiro, de modo que não se pode restringir o alcance de uma garantia constitucional. Dessa forma, considerando que o imputado é hipossuficiente no processo penal, carece ele de recursos de defesa a fazer frente ao aparato estatal. Assim, “a Defensoria Pública faz assegurar, justamente aos mais vulneráveis, o sagrado direito de dispor de todos os meios para a defesa de seus direitos e garantias violados”²⁷⁰ e, acrescente-se, em todos os graus da persecução penal.

Nesse sentido, a vigência da Lei nº 11.449/07 tornou inequívoca a necessidade de assistência de defensor na fase de investigação preliminar com a prisão em flagrante. Sustenta Haddad que “a nova regulamentação legal procurou

²⁶⁷ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. “Defensoria Pública: a justiça onde o povo está.” *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 190, set. 2008, p. 12.

²⁶⁸ BRANDÃO, Alexandre Rodrigues. *A crise de Efetividade das Garantias Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, Devido a Inexistência ou a Falta de Estrutura Plena da Defensoria Pública*. Livro de Teses e práticas exitosas: passaporte essencial à cidadania., Porto Alegre, 2009, p. 53-58.

²⁶⁹ Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

²⁷⁰ MAXIMIANO, Vitore André Zilio., cit., p. 12.

estender o papel da defesa além do processo judicial, ao exigir a comunicação à Defensoria Pública acerca da prisão em flagrante, caso o autuado não informe o nome de seu advogado”²⁷¹.

Outrossim, tal inovação legislativa - comunicação da prisão em flagrante à Defensoria Pública, daquele que não indicou advogado – traz questão relevante quanto à legalidade do título coercitivo, quando ausente o requisito legal. Para Fonseca²⁷², a medida privativa de liberdade passa a ser ilegal, devendo a prisão ser relaxada imediatamente.

De outro lado, Haddad²⁷³ sustenta que

a consequência da falta de comunicação à Defensoria Pública não afetaria o auto de prisão lavrado, perfeito e acabado, mas teria repercussões sobre a manutenção da prisão provisória do autuado, que passaria a ser ilegal em virtude de se negar efetiva assistência de advogado, como determinada no art. 5º, LXIII da Constituição de 1988.

Por fim, como bem pontuado por Lopes²⁷⁴, assegurar defesa técnica ao investigado significa também o direito de escolha de defensor de sua confiança, partindo-se da premissa de que existe uma relação de confiança entre constituído e constituinte.

Observa-se que a Lei Complementar n. 80/1994, em seu artigo 3º-A, § 10²⁷⁵ previu o princípio do Defensor Natural, vedando a nomeação de defensor *ad hoc* em igualdade de condições com o Poder Judiciário, Polícia Judiciária e Ministério Público. Ou seja, se não cabe a nomeação de Juízes, Delegados e Promotores dativos, não pode o Estado-defensor ter sua função essencial à justiça delegada.

Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

²⁷¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Lei nº 11.449/07; o papel da Defensoria Pública na prisão em flagrante*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 172, mar. 2007, p.18-19.

²⁷² FONSECA, Tiago Abud da. *A Defensoria pública e a Lei nº 11.449/07*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 173, abr. 2007, p. 4-5.

²⁷³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Cit.*, p.18-19.

²⁷⁴ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de Informação e de Defesa...*, cit., p. 125.

²⁷⁵ § 10. *O exercício do cargo de Defensor Público é indelegável e privativo de membro da Carreira.*

PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. NULIDADE. Nomeação de defensor dativo na hora da audiência, quando tudo poderia ocorrer em tempo para a efetiva defesa. Prejuízo: defesa meramente formal. Teses relevantes à defesa não arguidas em audiência. Necessidade de intimação do acusado acerca da impossibilidade de continuidade de defesa prestada pela Defensoria Pública, para que possa optar entre defensor constituído ou dativo. Tudo em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Decretaram a nulidade do processo (unânime).²⁷⁶

A Defensoria Pública foi criada para fazer frente ao Estado-acusador, concedendo ao imputado a possibilidade do exercício da ampla defesa. Assim, a nomeação de defensor particular, que não tem a confiança do investigado, não faz qualquer sentido e viola leoninamente o postulado da ampla defesa, regredindo-a novamente à defesa meramente formal.

Dessa forma, caso o imputado postule a assistência da Defensoria Pública, incabível a nomeação de Defensor dativo para o ato, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa, da paridade de armas e do Defensor natural.

²⁷⁶ TJ/RS, Apelação Crime 70019894252, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 27/06/2007.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura política de um Estado em um determinado período reflete diretamente na maneira como conduz o processo penal e a função do direito penal em um Estado de direito.

O atual Estado democrático de direito brasileiro tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e por objetivo uma sociedade justa, com o fim único de salvaguardar os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos à luz do sistema acusatório, que é assim recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

A democracia penal exige um equilíbrio entre a eficaz prevenção dos delitos – afastando a impunidade e o respeito às garantias constitucionais – evitando a violação dos direitos individuais.

Embora o inquérito policial esteja estigmatizado como procedimento eminentemente inquisitorial dotado de medidas coercitivas que acabam por antecipar a aplicação de penas, as sucessivas reformas processuais têm trazido à agora denominada investigação preliminar a finalidade de aclarar fatos possivelmente criminosos e de identificar seu provável autor, nos limites do sistema acusatório. A polícia judiciária ganha maior autonomia para investigar o fato, colhendo provas para a acusação e defesa, que possam levar a instauração ou não de um processo. Ou seja, a investigação criminal preparatória ganha cunho democrático, buscando a formação da *opini delicti* e evitando ações penais infundadas, com o que dá eficiência à Justiça criminal.

A fase pré-processual realizada sem a observância dos postulados constitucionais pode acarretar ações penais contra inocentes, fazendo com que pessoas carreguem o fardo de um processo criminal, às vezes, por período prolongado e sofram humilhação desnecessária, como ocorreu, por exemplo, no conhecido e polêmico caso da Escola Base de São Paulo.

Nesse estudo, verificou-se que no sistema acusatório cada sujeito possui a sua função dentro do devido processo legal, da mesma forma que os órgãos estatais possuem suas atribuições bem definidas: enquanto a titularidade da acusação é atribuída ao Ministério Público, a da defesa, cabe ao defensor; à investigação é inerente à Polícia Judiciária e, ao Juiz, cabe a função de julgar, preservando, sempre, a imparcialidade das autoridades que possam aplicar medidas restritivas ou privativas de direitos.

Analisou-se, igualmente, que os diversos atos perfectibilizados na investigação criminal delimitam a atuação da defesa e estabelecem o momento de incidência do contraditório. Da mesma forma, tais atos, em razão da observância das garantias constitucionais em sua elaboração, poderão sofrer diferente valoração subjetiva do julgador, devendo ou não serem repetidos no curso da instrução processual.

As inovações legislativas, cada vez mais, trazem à investigação criminal direitos e liberdades do imputado a serem afirmados. A doutrina e a jurisprudência majoritárias admitem essencialmente quatro facetas do exercício de defesa que devem ser respeitados: o direito de informação, de ser interrogado, de acesso aos autos e de descargo e têm como máxima na produção de qualquer prova o princípio *privilege against self-incrimination* ou *nemo tenetur se detegere* (não temer por se deter).

Outras mudanças estão por vir com o Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que, se aprovado, trará bons avanços à persecução penal. A exemplo disso é o artigo 165²⁷⁷ que determinará a possibilidade do juiz formar livremente seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, bem como o surgimento do Juiz de Garantias, que impede a contaminação do Juiz da sentença pelas provas colhidas na fase de instrução preliminar.

Não se desconhece, como antes já se referiu, que a sensação de impunidade é um dos maiores problemas que assola a criminalidade no Brasil. Contudo, repita-

²⁷⁷ Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

se, isso é um problema de segurança pública e não de persecução penal. As políticas públicas a serem adotadas pelas autoridades devem visar ao bem comum e ao bem estar social. No entanto, a persecução penal deve proteger o sujeito passivo da imputação, porque é, o imputado, o hipossuficiente na relação processual penal.

Outrossim, urge a estruturação da Defensoria Pública em todo o país como compromisso contundente do Poder Público com a Constituição Cidadã de 1988, já bastante amadurecida. Mais de duas décadas se passaram e a sociedade brasileira, em especial as pessoas necessitadas, ainda não alcançam os instrumentos efetivos e sólidos de garantia de seus direitos e liberdades. Estados-membros, como Santa Catarina e Paraná, não possuem sequer a Defensoria Pública Estadual estruturada no papel, total é o descaso dos governantes que pouco investem para assegurar os direitos das pessoas menos favorecidas. E, com isso, só fazem aumentar as desigualdades sociais e afastar a justiça de quem mais precisa.

Assim, é possível afirmar que a instrumentalidade do processo penal assegura proteção às garantias fundamentais individuais. E, somente com a concretização dos direitos fundamentais que se pode assegurar a dignidade da pessoa humana.

O acesso à justiça e aos meios e recursos inerentes à defesa não se trata de benefício ou favor, mas de um direito público subjetivo do cidadão, que, ainda quando se encontre na figura de imputado, deve ser considerado sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais*, Trad. Marcellus Polastri Lima, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AMICO, Carla Campos. *A nova redação dos artigos 155 e 156 do Código de processo penal e a produção antecipada da prova testemunhal na fase do inquérito policial*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 192, nov. 2008.

AMORIM, Maria Carolina de Melo. *Da impossibilidade de obrigar o contribuinte a apresentar, em fiscalização tributária, documentos comprobatórios de crimes tributários*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 176, jul. 2007.

AZEVEDO, André Boiani e, BALDAN, Édson Luís. *A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva : ou do direito de defender-se provando*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.137, abr. 2004.

BATALHA, Sergio Fedato. *Principiologia Para um Devido Processo Penal Constitucional: A Ampla defesa e o contraditório* Disponível em: www.ibccrim.org.br Acesso em: 12 fev. de 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Alexandre Rodrigues. *A crise de Efetividade das Garantias Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, Devido a Inexistência ou a Falta de Estrutura Plena da Defensoria Pública*. Livro de Teses e práticas exitosas: passaporte essencial à cidadania., Porto Alegre, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*, apresentado no dia 22 abr 2009, pelo Senador José Sarney. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645. Acesso em 08 dez 2010.

_____. Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 151470-SP, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, j. 19/10/2010, DJ 06/12/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC nº 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004; HC nº 86.059/MC, rel. min. Celso de Mello, DJ de 30.06.2005; HC nº 88.520, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 25.04.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 82.980, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 87.926/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.02.2008, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358635> Acesso em 29 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC n. 73.271/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19 mar 1996, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873271%2EENUME%2E+OU+73271%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> Acesso em 29 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante nº 14.

_____. Supremo Tribunal Federal, AI 152.676-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15-9-1995, *DJ* de 3-11-1995.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 86634, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 23-02-2007 PP-00040 EMENT VOL-02265-02 PP-00265 RTJ VOL-00202-03 PP-01146 RJSP v. 55, n. 353, 2007, p. 179-186 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 394-405.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 103.867-MC, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 23-6-2010, *DJE* de 29-6-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 73.338, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 13-8-1996, *DJ* de 19-12-1996.

_____. Supremo Tribunal Federal, RHC 64.354-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 01-07-1987, DJ 14-08-1987, p. 16.086.

_____. Supremo Tribunal Federal, Apelação Crime 70018856849, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Marlene Landvoigt, j. 07/04/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC 77.135-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08-09-1998, DJ 06-11-1998, p. 03.

_____. Supremo Tribunal Federal, Reclamação 2040 QO-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21-02-2002, DJ 27-06-2003, p. 31.

CALLEGARI, André Luís. *A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e novo código de trânsito*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.6, n.66, maio 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

D'ANGELO, Andréa Cristina, DEZEM, Guilherme Madeira. "Acesso aos autos do inquérito policial pelo não formalmente indiciado". *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.14, n.162, maio 2006.

DI GESU, Cristina. *Prova Penal & Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A mudança no tratamento do interrogatório*. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, julho 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Tiago Abud da. *A Defensoria pública e a Lei nº 11.449/07*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 173, abr. 2007.

FREITAS, Marcelo Eduardo. *O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 03 fev. de 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Lei nº 11.449/07; o papel da Defensoria Pública na prisão em flagrante*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 172, mar. 2007.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOPES, Fábio Motta. *Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O inquérito policial é mera peça informativa?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 181, p.10, dez. 2007.

_____, *A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal*. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel (org.). *Reformas do Código de Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso*. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 200, julho 2009.

_____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3. ed. rev. amp. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Investigação Criminal Defensiva*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/.../tde-27082009-114835>> Acesso em 11.09.2010.

MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Defensoria Pública: a justiça onde o povo está*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 190, set. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.79, jun. 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Constituição da República e Exercício do Direito de Defesa no Inquérito Policial*. Ciências Criminais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, mar. 2009.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *O interrogatório criminal como instrumento de acesso à Justiça Penal: Desafios e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINTO, Felipe Martins. *A processualização do inquérito policial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.110, jan. 2002.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Publicidade, ampla defesa e contraditório no novo interrogatório judicial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.135, fev. 2004.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: exercício do direito de defesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.83 (esp.), out. 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIO DE JANEIRO, HC 2009.059.05388, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Geraldo Prado, j. 24.09.09.

_____. HC 2009.059.05388, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Geraldo Prado, j. 24.09.09.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Intervenção Federal no Estado 70017527946, Tribunal Pleno, rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. 19/03/2007, Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=arquivamento+e+crime+e+acusat%F3rio&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 29 jan. 2011.

_____. Tribunal de Justiça, Agravo Nº 70004106308, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 26/06/2002.

_____. Tribunal de Justiça, Apelação Crime 70027995125, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, j. 19/06/2009.

_____. Tribunal de Justiça, Apelação Crime 70038447033, 8ª Câmara Criminal, rel. Des. Isabel de Borba Lucas, j. 01/12/2010.

_____. Tribunal de Justiça, Apelação Crime 70027722123, 6ª Câmara Criminal, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 24/09/2009.

_____. Tribunal de Justiça, Apelação Crime 70019894252, 5ª Câmara Criminal, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 27/06/2007.

ROCHA, Luís Carlos. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROVEGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005.

RUIZ, Thiago. *Escorço sobre a colheita compulsória de DNA do acusado*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 18, n. 218, jan., 2011.

SAAD, Marta. *Defesa técnica dos presos em flagrante delito*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 173, abr. 2007.

_____. *Exercício do direito de defesa no inquérito policial*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.166, p. 6, set. 2006.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, processo 050.09.020604-5, 15ª Vara Criminal da Capital, Juiz de Direito Marcos Zilli, j. 16-04-2009.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. “Sigilo interno e externo na investigação criminal”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 177, ago. 2007.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. O absurdo “sigilo das investigações” após a denúncia oferecida. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 189, p.2-3, ago. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *A aplicação dos Princípios Constitucionais: A função Corretiva da Hermenêutica – “O Crime de Porte de Arma” à luz do Controle de Constitucionalidade*. In: *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203.

VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral*. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O pomar e as pragas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 2-3, jul. 2008.