

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA
UNIVEM PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

GABRIELLA MOREIRA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO
CONTRADITÓRIO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

MARÍLIA
2018

GABRIELLA MOREIRA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO
CONTRADITÓRIO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Trabalho de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto

MARÍLIA
2018

Moreira, Gabriella.

Investigação Criminal à Luz do Princípio do Contraditório/Gabriella
Moreira; orientador: Mario Furlaneto Neto, SP: [s.n], 2018.

106 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em
Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora
do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2018.

1. Investigação Criminal 2. Garantia 3. Contraditório 4. Dignidade
da Pessoa Humana.

CDD: 341.4347

GABRIELLA MOREIRA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO
CONTRADITÓRIO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da UNIVEM. F.E.E.S.R., como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR: _____
Prof.

2º EXAMINADOR: _____
Prof.

Marília, ____ de _____ de 2018.

À Deus pela dádiva da vida e por me guiar nesta jornada, pois sem ele eu não teria forças.

Aos meus pais que me deram a vida.

À minha avó Olga, que me criou, com muito amor, carinho e dedicação.

Ao meu tio José Antonio, por sua capacidade de acreditar e confiar em mim, me dando esperança e coragem para vencer.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor, Doutor Jairo José Gênova, por ter inicialmente me orientado no presente trabalho.

Agradeço ainda ao Professor, Doutor Mario Furlaneto Neto por ter aceitado continuar minha orientação e acreditar em mim.

Agradeço, ao Dr. Antônio José Fernandes Vieira, delegado Seccional de Ourinhos-SP, por me incentivar ao programa, bem como, me auxiliou com materiais de pesquisa.

Por fim, não poderia deixar de agradecer ao professor, Mestre Dr. Carlos Ricardo Fracasso, por ter me auxiliado, como estagiária no início da docência.

*“Que os vossos esforços
desafiem as impossibilidades,
lembrai-vos de que as grandes
coisas do homem foram
conquistadas do que parecia
impossível.”*

(Charles Chaplin).

MOREIRA, Gabriella. Investigação Criminal à Luz dos Princípios do Contraditório e da Dignidade da Pessoa Humana. 2018. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

O objeto primordial desta dissertação é conceituar a investigação criminal, sob a ótica do princípio do contraditório, sendo importante para o investigado uma investigação defensiva tendo em vista que a investigação pública é tendencialmente acusatória. Para tanto, se mostra importante conceituar o Princípio da Dignidade da Pessoa, sendo que serve como base para os demais princípios, apresentar os modelos de investigação criminal, bem como, o que foi adotado no direito penal brasileiro. Além disso, tem uma atenção especial a relação da investigação defensiva com o Princípio do Contraditório, que se encontra na base de um processo penal acusatório e asseguram às partes as informações constantes no inquérito policial das provas já documentadas e igual oportunidade de comprovarem os seus argumentos na fase processual. Sendo assim, se um sistema jurídico prescreve a investigação do crime pelo próprio órgão acusatório, é necessário que o investigado tenha os mesmos direitos, sob pena de violação dos direitos individuais previstos na Constituição Federal. A investigação criminal sob a ótica defensiva, permite a obtenção de elementos que serão contrapostos à investigação pública, ampliando o campo cognitivo do Magistrado, o qual terá a sua disposição maior campo de dados materiais para fundamentar sua decisão acerca da viabilidade da acusação e da adoção de medidas cautelares. No entanto, somente em algumas hipóteses se mostra cabível tal incidência, como nos casos de produção de provas cautelares e antecipadas, bem como na representação do autor ou do Ministério Público, na adoção de medidas cautelares reais ou pessoais ou representação a meios de investigação. Conclui-se, da presente pesquisa que a investigação criminal à luz do contraditório é um instrumento para efetivar os direitos de igualdade e de defesa do investigado, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, além de diminuir significativamente o risco de ações penais infundadas, evitando ações penais temerárias que só servem para uma movimentação inútil e custosa do Poder Judiciário. A presente pesquisa seguiu a linha de pesquisa “crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”, sendo realizada através das metodologias hipotética-dedutiva e indutiva-bibliográfica, baseando-se em pesquisas bibliográficas, num sentido amplo, utilizando livros, dissertações, teses e artigos de website, bem como pesquisa de campo

Palavras-chave: Investigação Criminal. Garantia. Contraditório. Dignidade da Pessoa Humana.

MOREIRA, Gabriella. *Investigação Criminal à Luz dos Princípios do Contraditório e da Dignidade da Pessoa Humana*. 2018. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

ABSTRACT

The main objective of this dissertation is to conceptualize the criminal investigation, from the point of view of the contradictory principle, being important for the investigated a defensive investigation considering that the public investigation is tendentially accusatory. Therefore, it is important to conceptualize the Principle of Personnel Dignity, which serves as a basis for the other principles, to present the criminal investigation models, as well as, what was adopted in Brazilian criminal law. In addition, special attention is paid to the relationship between defensive investigation and the Contradictory Principle, which is at the basis of accusatory criminal proceedings and ensures the parties the information in the police investigation of the evidence already documented and an equal opportunity to prove their case at the procedural stage. Thus, if a legal system prescribes the investigation of the crime by the accusatory body itself, it is necessary that the investigated have the same rights, under penalty of violation of the individual rights provided for in the Federal Constitution. Criminal investigation from the defensive point of view, allows obtaining elements that will be opposed to the public investigation, extending the cognitive field of the Magistrate, which will have at its disposal a greater field of material data to support its decision on the viability of the prosecution and the adoption of precautionary measures. However, only in some cases is such an incidence appropriate, such as in the case of the production of precautionary and anticipated evidence, as well as in the representation of the author or the Public Prosecutor, in the adoption of real or personal precautionary measures or representation to investigative means. It is concluded from the present research that the criminal investigation in the light of the contradictory is an instrument to effect the rights of equality and defense of the investigated, preserving the principle of the dignity of the human person, in addition to significantly reduce the risk of unfounded criminal actions, avoiding reckless criminal actions that only serve for a useless and costly move of the Judiciary. The present research followed the line of research "critical to the fundamentals of legal dogmatics", being carried out through the hypothetical-deductive and the bibliographic-inductive methodologies, based on bibliographical research, in a broad sense, using books, dissertations, theses and articles website as well as field research

Keywords: Criminal Investigation. Warrant. Contradictory. Dignity of Human Person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito

COAF: Conselho de Controle de Atividades Financeiras

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

IBAMA: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

PEC: Proposta de Emenda Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR	15
1.1 O Princípio da Dignidade Humana e suas Funções.....	17
1.2 Código de Processo Penal do Ano de 1941 e Investigação Criminal	16
1.3 Conceito e Características Elementares do Inquérito Policial – Modelo Adotado pelo Código de Processo Penal.....	20
1.4 Atuação do Magistrado e do Ministério Público no Inquérito Policial	25
1.4.1 Investigação Criminal Conduzida pelo Ministério Público e a Controvérsia Acerca de sua Legitimidade	27
1.5 Crime de Competência Originária e Investigação pelos Tribunais	33
1.6 Possibilidade de as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) Presidirem Investigações Criminais Preliminares.....	37
1.7 A Competência dos Órgãos Administrativos para Apurar Fatos com Relevância Penal: Investigação que não se Confunde com a Fase Preliminar da Persecução Penal.	42
CAPÍTULO 2 - CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.	47
2.1 Dialética como Característica Fundante do Contraditório.....	47
2.2 Conceito, Natureza Jurídica e sua Relação com Outras Garantias	50
2.2.1 Ampla defesa e sua Relação com o contraditório e sua Autonomia	52
2.3 A Incidência do Contraditório como Critério para Distinguir um Sistema Processual Penal. 55	
2.3.1 Classificação dos Sistemas Processuais Brasileiros.....	59
2.4 Requisito de Incidência do Contraditório	62
2.4.1 A Busca da Verdade Processual como Garantia de Justiça	62
2.4.2 O Contraditório e sua Finalidade	64
2.5 Leis Restritivas e Dignidade da Pessoa Humana.....	67
CAPÍTULO 3 - INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NA PERSECUÇÃO PENAL PRELIMINAR	67
3.1 Imputação Penal na Investigação Criminal Preliminar.....	69
3.1.1 Indiciamento.....	71
3.1.2 Outros Atos de Imputação Penal Existentes	73
3.1.3 Necessidade de Apuração de Elementos Fáticos na Fase Preliminar da Persecução Penal que Servirão de Base a uma Decisão Judicial	74

3.1.4 Necessidade de produção probatória na fase preliminar da persecução penal.....	75
3.2 Conceito e Distinção entre Atos de Prova e Atos de Investigação	76
3.2.1 Provas Cautelares, Não Repetíveis e Antecipadas	79
3.2.2 Demanda, na Fase Investigatória, de Imediata Submissão de Elementos de Informação à Análise Judicial, para Servir de Base à sua Decisão	82
3.2.3 Função Jurisdicional na Fase Preliminar da Investigação Penal	82
3.2.4 Decisões Subordinadas ao Juiz na Fase Preliminar da Persecução Penal	85
3.2.5 Meios de Investigação Realizados na Fase Preliminar e Garantia da sua Eficácia..	86
3.2.5 Medidas Cautelares, o <i>Fumus Commisii Delicti</i> e o <i>Periculum In Mora</i>	90
3.3 Possibilidade de Incidência do Contraditório na Fase Preliminar da Persecução Penal.	93
3.1 Sujeitos que Participam da Estrutura Dialética Formada na Fase Preliminar da Persecução Penal.....	96
3.1.2 Forma e Incidência do Contraditório na Investigação Penal.....	99
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIA	106

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a possibilidade de aplicação da garantia do contraditório na investigação criminal. A garantia do contraditório está estampada no artigo 5º, LV da Constituição de 1988, a sua incidência juntamente com a da ampla defesa, nos processos judiciais ou administrativos e aos acusados em geral. Em razão de sua confusa redação, já houve controversas interpretações a respeito da extensão dessas garantias à fase preliminar da persecução penal.

A respeito da redação constitucional cingia-se a questionar-se a fase de investigação criminal poderia ser concebida como um processo judicial ou administrativo e se nela haveria um acusado.

Em relação à ampla defesa, essa questão foi superada com a consagração da sua incidência na investigação criminal por meio da edição da Súmula Vinculante nº 14, pelo STF, com a seguinte redação: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*

Já no que tange ao exercício do contraditório na fase preliminar da persecução penal, de longe, comporta o mesmo entendimento consensual. A esse respeito, a questão transborda a mencionada polêmica de interpretação literal do dispositivo constitucional e é elevada a outro patamar: o contraditório, a princípio, seria incompatível com a investigação criminal.

O principal argumento que dá suporte à tese de que não há espaço para o exercício do contraditório na fase preliminar da persecução penal é o de que nesta fase não existiria um conflito de interesses a caracterizar a existência de litigantes e formar uma estrutura dialética na qual pudesse ser desenvolvido o binômio ciência/participação, característica do contraditório.

Para alguns autores, a garantia do contraditório não é um fim em si mesmo e somente tem sentido enquanto possa servir para influenciar o espírito de quem decide. Assim, se nessa fase preliminar resta em aberto a possibilidade de influenciar a decisão de quem decide em suas mãos a persecução penal, não se justifica o exercício do contraditório. Enfatizaram que os atos de investigação tem valor meramente endoprocedimental, razão pela qual os autos do procedimento sequer deveriam integrar o processo.

Na fase preliminar, não haveria acusado e não haveria destinação ao convencimento do juiz: a investigação criminal colheria elementos meramente informativos. Seguiu-se, portanto, defendendo que a fase investigatória era incompatível com o exercício do contraditório, sem que se notasse que seria possível identificar na doutrina moderna argumentos que refutasse as principais premissas que sustentam essa teoria.

No entanto, posteriormente passou a se defender a possibilidade do contraditório desde a fase da investigação criminal, prevenindo, assim, ações penais infundadas.

No primeiro Capítulo será abordado sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo basilar, aos demais princípios, a investigação criminal preliminar, além dos modelos de investigação previstos e o modelo que foi adotado pela Constituição Federal. Se mostra importante destacar também a atuação do Magistrado no Inquérito Policial, bem como a do Ministério Público e a controvérsia sobre sua legitimidade. Além disso, se mostra importante destacar a investigação criminal conduzida pelos Tribunais e a possibilidade das Comissões Parlamentares de inquérito presidirem as investigações e finalizando o primeiro capítulo com a distinção entre a competência dos órgãos administrativos para apuração de fatos de origem criminais e a fase preliminar da investigação criminal preliminar.

No Capítulo seguinte, será abordado o Contraditório, como garantia prevista na Constituição Federal de 1988, que resta incontroversa com relação à fase processual penal, dando margem aos sujeitos do processo que estão em posições opostas, participarem do processo, com a finalidade de influenciar a decisão do Magistrado, para tanto necessário demonstrar a dialética do contraditório, bem como seu conceito e relação com o princípio da ampla defesa. Ainda, neste capítulo serão classificados os sistemas processuais brasileiros, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, a busca da verdade processual como garantia de justiça e por fim, as leis que restringem a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, servindo algumas de base para a incidência do contraditório na fase investigatória.

No terceiro e último Capítulo, será analisado o ponto central do tema proposto, assim como abordado acima, para alguns autores, mostra-se inviável a incidência do contraditório da fase de persecução penal. Assim o estudo servirá de referência para analisar sua incompatibilidade ou não no que tange a fase preliminar, demonstrando que em alguns casos é perfeitamente cabível a aplicação de tal princípio, não frustrando a investigação e ainda sendo resguardados os direitos individuais do investigado.

CAPÍTULO 1 – INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR

1.1 O Princípio da Dignidade Humana e suas Funções

O princípio da dignidade da pessoa humana visa à consideração da pessoa humana enquanto valor supremo de qualquer ordem filosófica ou jurídica. “Na esteira do pensamento Kantiano, impõe dever o homem ser considerado não como um meio para a realização de fins, por mais elevados que estes sejam, mas sim como um fim em si mesmo” (BORNHOLDT, 2005, p. 85).

Além disso, na Visão de Farias (1996, p.51-52), tal princípio refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Dessa forma o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, protege várias dimensões da realidade humana, seja ela material ou espiritual. A proteção desse princípio envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Pelas suas características se pode analisar que além de informar a compreensão dos demais princípios e, em caso de conflito, estes, serão resolvidos mediante sua utilização, diante do caso concreto.

No que tange ao âmbito normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, ele protege a integridade física e corporal, acarretando a proibição de penas de morte, de tortura, de penas de natureza corporal, de utilização da pessoa humana para experiências científicas, as limitações aos meios de provas, a necessidade de regras relativas aos transplantes de órgãos; além da garantia de condições adequadas de vida ao indivíduo, implicando em uma atuação positiva do Estado; a garantia de isonomia; a garantia de sua identidade, com relevância para a sua integridade psíquica e intelectual; garante ainda, um espaço a privacidade e a intimidade do indivíduo, em princípio invioláveis; assim como a limitação do poder, devendo apenas a lei autorizar ingerências na vida pessoal, respeitando o princípio da proporcionalidade (BORNHOLDT, 2005, p. 90-91).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido considerado como pedra angular a base essencial de todo o sistema de direitos fundamentais.

1.2 Código de Processo Penal do Ano de 1941 e Investigação Criminal

A principal forma de investigação preliminar é o inquérito policial, adotado pelo atual Código de Processo Penal, mas esta é apenas uma das espécies de investigação dentre outras existentes em nosso ordenamento.

O Código de Processo Penal, vigente no Brasil, foi promulgado no dia 03 de outubro de 1941, por meio do decreto-Lei nº 3.689, sob o manto da Constituição de 1937, denominada como Constituição “polaca”.

O Governo de Getúlio Vargas foi regido por influência europeia, sendo uma governo fascista italiano. Esta feição fascista da ditadura brasileira de Vargas é inegável em face da estrutura da Constituição que impôs, logo após assumir o poder, “feita nos moldes da constituição polonesa do ditador fascista *Józef Pilsudski*”. (MORAES, 2004, p. 156).

Assim, em razão da influência italiana, torna-se pertinente compreender o contexto dogmático que inspirava o sistema processual vigente naquele País, o que remete à escola Técnico-Jurídica e sua corrente ideológica, tão conveniente recebida pelo regime fascista.

“A escola Técnico-Jurídica, ou do Positivismo Jurídico, que surgiu no final do século XIX, foi a corrente dogmática das ciências penais que adotou em discurso técnico e lógico para repensar as premissas criminológicas da Escola Positivista que dominava aquele século e cujos discursos sob uma perspectiva político-criminal lastreada no estudo antropológico restaram criticados por serem atécnicos. A escola Positiva, por sua vez, foi desenvolvida ao longo do século XIX para confrontar-se com os defensores das ideias humanitárias da Revolução Francesa, voltadas para a tutela do indivíduo em face dos abusos do Estado, propondo um sistema penal mais rígido, em defesa da sociedade”. (MORAES, 2010, p. 106-155).

Destaca-se os esforços do Positivismo Jurídico contra o Princípio da Presunção de Inocência. Além disso Vincenzo Manzini, um dos maiores expoentes da Escola Técnico-Jurídica na Itália, foi também um dos críticos à época, de tal princípio, argumentando não passar de uma mera ficção jurídica (MANZINI, 1996, p. 255). Para o autor, o investigado seria culpado, ou

seria “não culpado”, nunca, inocente de modo que a investigação preliminar era uma triagem de provas de acusação, e o processo penal tinha um escopo punitivo voltado para confirmar a culpa do investigado. Se ao final do processo, o Estado não tivesse sucesso na comprovação da culpa, o réu deveria ser absolvido.

As influências ideológicas da presunção de inocência delinearão a inquisitorialidade da fase de persecução penal preliminar e revelaram o caráter eminentemente punitivo do processo penal italiano então vigente.

A opção de investigação preliminar adotada, ante a construção teórica de que o inquérito policial consiste na instrução provisória que antecede a ação penal e, por isso, hasteia como garante “contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão do conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas, atribuindo ao inquérito policial a função preservadora da inocência a evitar acusações infundadas (SAAD, 2004, p. 26).

As regras processuais da fase da persecução penal prévia ditavam a sua característica inquisitória e repudiavam a atribuição de qualquer garantia aos investigados, sendo o procedimento sigiloso, escrito e não abria espaço para o exercício de defesa. (MORAES, 2010, p. 160).

De acordo com a redação original do Código de Processo Penal em seu artigo 312 previa que os crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a doze anos, impunha-se a prisão preventiva no curso do inquérito, tão logo fossem constatados elementos informativos a respeito da autoria, sem a necessidade de apontar qualquer motivo cautelar, restando claro que a fase preliminar não fora construída com base no princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, o investigado era visto como mero objeto da investigação destinada a formação de culpa, e devia aguardar inerte o curso do procedimento, de preferência preso, para não atrapalhar a apuração dos vestígios em seu desfavor.

Muitos doutrinadores que acompanharam a chamada fase de consolidação do Código de Processo Penal, de certa forma, vinculados a uma interpretação sistêmica e conforme a Constituição de 1937, tenderam a defender que a investigação criminal teria por finalidade servir como base para a acusação, destinada, portanto, ao Ministério Público (FARIA, 1942, p. 65).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi consolidado um regime garantista, “o modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judiciário, enquanto condiciona a validade das decisões à verdade empírica e logicamente controlável, das suas motivações”. (FERRAJOLI, 2006, p. 16). Assim o juiz assume a função de garantidor dos direitos inseridos na Constituição Federal, devendo, de acordo com o seu artigo 37 obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, garantindo ao investigado não mais ser tratado como mero objeto, mas sim como sujeito de direitos e garantias.

1.3 Atuais Modelos de Investigação Criminal Preliminar no Brasil

A persecução penal prévia é a atividade investigativa estatal exercida com imparcialidade e em grau de cognição sumária, logo após a notícia da ocorrência de um fato penalmente relevante. Quando não colhe elementos de informação suficientes para alcançar um juízo de probabilidade positivo, impede a imputação formal desse fato a determinada pessoa; quando esses elementos são colhidos, dá-se seguimento à fase acusatória da persecução penal.

Desde que a apuração se desenvolva sobre o fato em tese típico que constitua seu objeto, com vistas a apurar a ocorrência de um crime e identificar seu autor, mantida a função de instrumentalidade garantista e evitar uma futura acusação sem justa causa, essa atividade pode ser exercida sob ritos diversos, por diferentes órgãos. Em suma, uma investigação será considerada fase preliminar da persecução penal quando identificados seu objeto, sua finalidade e sua função, independentemente do órgão que a conduza.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 144, §§1º e 4º, atribui à Polícia Federal e à Polícia Civil a função de Polícia Judiciária destinada a apuração de infrações penais, exceto a militares. Há quem defenda que pretendeu o modelo constitucional pátrio atribuir à polícia a exclusividade na condução das investigações preliminares, argumento usualmente utilizado por aqueles que refutam a legitimidade do Ministério Público a exercer semelhante função. Apesar dos esforços despendidos nesse propósito argumentativo e independentemente da controvérsia em questão, alguns fatos que a relacionam são inquestionáveis: (i) por força do Código de Processo Penal, o inquérito policial de titularidade da Polícia Judiciária é o principal modelo de

investigação no Brasil; (ii) a Constituição Federal não atribui à polícia judiciária a exclusividade do poder investigatório e (iii) a ausência de exclusividade da polícia não implica automaticamente na outorga de poderes investigatórios ao Ministério Público.

Além dos tradicionais modelos de investigação preliminar que orbitam entre a Polícia, Ministério Público e Magistrado, há quem defenda que a Constituição Federal de 1988 outorgou ao Poder Legislativo o poder de conduzir uma investigação criminal preliminar, por comissões parlamentares de inquérito (CPI), que podem recair sobre fatos penalmente relevantes. (GIACOMOLLI, 2014, p. 39).

Estudos a respeito da investigação criminal no Brasil têm lembrado que as autoridades administrativas detêm competência para apurar fatos criminalmente relevantes, “desde que as respectivas investigações estejam relacionadas com o exercício regular de suas atribuições legais, no campo, portanto, da constatação, *ex officio*, da ilicitude administrativa, fiscal, tributária, previdenciária ou disciplinar” (GIACOMOLLI, 2014, p. 37).

Importante mencionar ainda a importância da polícia como instituição de direito público destinada a manter e recobrar junto a sociedade e na medida de recursos que dispõe, a paz pública ou a segurança individual.

De acordo com Lima, (2017, p. 108) são atribuídas duas funções: polícia administrativa e polícia judiciária.

A polícia administrativa trata-se de atividade de cunho preventivo, ligada a segurança, visando impedir a prática de atos lesivos a sociedade.

A polícia judiciária atua em caráter repressivo, auxiliando o Poder Judiciário. Sua atuação ocorre após a prática de uma infração penal e tem como objetivo colher elementos de informação relativos a materialidade e autoria do delito, propiciando que o titular da ação penal, possa dar início a persecução penal em juízo.

Dispões o artigo 4º “caput” do CPP, que a polícia judiciária será exercida, pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por finalidade a apuração de infrações penais e sua autoria.

Para Lima, (2017, p. 109), as funções de polícia judiciária se divergem com as funções de polícia investigativa, sendo que o artigo 144, §1º, incisos I e II diferencia tais funções. Enquanto os incisos I e II do artigo 144 da Carta Magna outorgam à polícia federal atribuições para apurar infrações penais contra ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras

infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, bem como prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e descaminho, o inciso IV estabelece que a polícia federal destina-se a exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

O artigo 144, §4º da Constituição, prevê que a polícia civil tem funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais. A própria Constituição estabelece uma distinção entre função de polícia judiciária e função de polícia investigativa. Assim as funções de polícia investigativa devem ser compreendidas como atribuições ligadas a colheitas de informações quanto a autoria e materialidade das infrações penais. Logo, a expressão polícia judiciária está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas a execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas, entre outros, sendo que a Constituição por ser norma suprema, deve prevalecer.

1.3 Conceito e Características Elementares do Inquérito Policial – Modelo Adotado pelo Código de Processo Penal.

O Inquérito Policial pode ser conceituado como:

“procedimento administrativo inquisitivo e preparatório, presidido pela autoridade policial que consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informações quanto a autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”. (LIMA, 2017, p. 105).

Para o autor, cometida uma infração penal, tudo aquilo que possa servir para a sua elucidação pode ser conceituada como fonte de prova. Derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são anteriores ao processo, sendo que sua introdução no inquérito policial se dá através dos elementos de informação.

Além disso, o autor afirma que tal procedimento, possui natureza instrumental, sendo que se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal, possuindo dupla função:

“*preservadora*, ou seja, a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a

liberdade do inocente e evitando custos necessários para o Estado e *preparatória*, que por sua vez, fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo”. (LIMA, 2017, p. 105).

Ainda, é possível definir a investigação criminal como:

“O conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento”. (LOPES JUNIOR, 2013, p.36).

Alguns autores incluem em seu conceito algumas de suas características formais, definindo-o como procedimento escrito e sigiloso, características típicas da investigação regida pelo sistema inquisitório. Suas características são circunstanciais e podem variar de acordo com o sistema processual vigente, já as elementares, não. (SAAD, 2004, p. 139).

Tendo em vista as finalidades do inquérito, não se concebe a existência de uma investigação verbal. Por isso, todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade, de acordo com o descrito no artigo 9 do Código de Processo Penal.

Além disso, o inquérito policial é sigiloso, sendo que a autoridade assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (CPP, art. 20). O direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurado no art. 5, XXXIII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, como salienta o próprio texto normativo. O sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária. No caso do advogado, pode consultar os autos de inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais (Lei n. 8.906/94, art. 7, XIII a XV, e § 1o – Estatuto da OAB). (CAPEZ, 2016, p. 145).

Importante mencionar, que nas hipóteses em que é decretado o sigilo do inquérito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a sua oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria garantia constitucional do acusado (CF, art. 5, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do 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” (CAPEZ, 2016, p. 145).

A oficialidade, como característica é uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido, o que não se confunde com oficiosidade que significa que a atividade das autoridades policiais independe de qualquer espécie de provocação, sendo a instauração do inquérito obrigatória diante da notícia de uma infração penal (CPP, art. 5, I), ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (CPP, art. 5, §§ 4 e 5). (CAPEZ, 2016, p. 146).

Com relação a Exigência expressa do Texto Constitucional (CF, art. 144, § 4o); o inquérito é presidido por uma autoridade pública, no caso, a autoridade policial (delegado de polícia de carreira), sendo a autoritariedade outra característica importante.

Após sua instauração, o inquérito não pode ser arquivado pela autoridade policial (CPP, art. 17). Por isso se torna indisponível. Diante da notícia de uma infração penal, o Delegado de Polícia não está obrigado a instaurar o inquérito, devendo antes, verificar a procedência das informações, assim como aferir a tipicidade da conduta noticiada. Uma vez, determinada a instauração do inquérito policial, o arquivamento dos autos somente será possível a partir do pedido formulado pelo titular da ação penal, com ulterior apreciação pela autoridade judiciária competente. (LIMA, 2017, p. 126).

Por fim, o inquérito tem como característica a inquisitorialidade. Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria. (CAPEZ, 2016, p. 146).

Diante disso, elege-se para análise do inquérito policial as características elementares de (i) procedimento preliminar e (ii) condução pela polícia judiciária, portanto, de natureza administrativa e finalidade judiciária.

A natureza de procedimento preliminar do inquérito policial é atribuída e razão de ser formado por um conjunto de atos de investigação sediados na fase preliminar da persecução penal.

O procedimento é uma sequência de normas reguladoras de atos sucessivos e precedente e pressuposto da seguinte. A série procedimental cria uma relação funcional entre

os atos do processo e nisso se justifica a sua unidade. Nessa teoria unitária, o procedimento realizado no processo penal não comporta espaço para a fase de investigação, uma vez que seus atos não possuem uma relação funcional com os atos processuais, pois recaem sobre objeto diverso e movem-se por finalidade diversa. Assim, a fase preliminar da persecução penal apenas precede eventual processo, deste não fazendo parte. (FERNANDES, 2005, p. 32-36).

Definido que o inquérito policial não é movido pelo mesmo procedimento desenvolvido no processo, resta aferir se esse instrumento de investigação policial, tal como regulamentado no Brasil, consiste em um procedimento em si mesmo, autônomo, em relação ao processo.

O inquérito policial, inicia-se tão logo quando se tem a notícia da prática de um fato enquadrável, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Penal. Tal notícia pode ser conhecida pela autoridade policial (artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal) ou pode ser levada ao conhecimento pelo Juiz, Ministério Público, pelo Ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo (artigo 5º, inciso II, do Código de processo Penal). Se o crime em questão for de ação pública dependente de representação ou crime de ação penal privada. As investigações apenas poderão ter início a requerimento de quem tenha legitimidade para intentá-la, conforme o disposto no artigo 5º, §§ 4º e 5º do mesmo diploma legal. Em todos os casos, o inquérito policial apenas pode ser instaurado por decisão e ato da autoridade policial, por meio de portaria. (OLIVEIRA, 2008, p. 58).

Instaurado o Inquérito Policial, o artigo 6º do Código de processo Penal, apresenta um rol exemplificativo de modalidades que podem ser empreendidas pela autoridade policial após o fato enquadrável:

“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 e do Título VII, deste livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes, IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer

outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter”.

Tais atos descritos no artigo, além de não serem taxativos não é necessário que sejam cumpridos na ordem que estão listados. A lei não predetermina uma ordem que estabeleça que um ato seja consequência do precedente e pressuposto do seguinte.

A autoridade policial, no exercício de sua competência discricionário, tem certa margem de liberdade para avaliar, no caso concreto, quais medidas de investigação previstas no rol devem tomadas e em que ordem devem ocorrer para uma reconstrução mais aproximada do fato naturalístico. A ordem discricionária, jamais arbitrária, devendo ter-se sempre em foco a imparcialidade necessária e os limites próprios dos atos administrativos. (MELLO, 2009, p. 424).

A despeito da discricionariedade na condução do Inquérito Policial, o seu início é disciplinado em lei e assim também, a sua conclusão. As diligências realizadas devem ser reduzidas a termo, conforme dispõe o artigo 9º do Código de Processo Penal e, finalizadas devem ser minuciosamente relatadas pela autoridade policial (artigo 10, §1º, do Código de Processo Penal). Isso porque os elementos colhidos e relatados são submetidos à análise do titular do poder-dever de iniciar a ação penal, que a partir deles decide (i) se é necessária diligência investigatória complementar, (ii) se é possível formalizar uma acusação em face de determinada pessoa; ou (ii) se é caso de requerer o arquivamento do feito e encerramento de persecução penal.

Pode se dizer que o Inquérito Policial é uma entidade jurídica de formação sucessiva, para qual são previstos começo, meio e fim. No entanto, a considerar com rigor a teoria unitária do procedimento, e tendo em vista que não existe um ligação funcional entre os atos de investigação, tampouco uma ordem preestabelecida, o inquérito policial não poderia ser considerado um procedimento. (FERNANDES, 2005, p. 35).

Superada a controversa, o Inquérito Policial é presidido pela Polícia Federal ou pela Polícia Civil, órgãos a quem a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 144, §§ 1º e 4º, atribui a função de polícia judiciária.

A polícia reveste-se *prima facie*, do manto de guardião da segurança pública. Sua razão de ser é a “manutenção da ordem e a preservação da segurança e da tranquilidade pública”. (DIAS, 2004, p. 397).

Cabe a polícia tutelar bens jurídicos sociais e concorrer para a preservação criminal. É nesse espírito que a Constituição Federal, em seu artigo 144, prevê que a segurança pública, dever do Estado, seja exercida por meio de órgãos policiais, quais sejam, polícia federal, polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiro militar.

No que diz respeito a função de auxílio ao Poder Judiciário, a Polícia Judiciária tem autonomia e estrutura hierárquica própria. Ainda que o representante do Judiciário possa requisitar a instauração do inquérito policial, a autoridade policial tem autonomia para presidi-lo. A polícia Judiciária serve à justiça, mas é órgão da administração pública vinculado ao poder Executivo.

1.4 Atuação do Magistrado e do Ministério Público no Inquérito Policial

O membro do ministério Público também atua nesse modelo de investigação preliminar de titularidade da polícia judiciária. Por conta do artigo 129, incisos VII e VIII da Constituição Federal, o órgão acusatório pode requisitar a instauração de inquérito policial, bem como determinar de modo subsidiário a realização de diligências investigatórias, além de exercer o controle externo da atividade policial, incluída a polícia judiciária a coibir abusos que eventualmente sejam cometidos nos curso das investigações, assim como descreve a lei orgânica do Ministério Público.

O controle da atividade policial pelo ministério Público exercido no curso do inquérito policial é significantemente relevante no que tange à fiscalização do cumprimento de um prazo razoável de duração, garantia prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No entanto, o próprio legislador permite a possibilidade de eventuais prorrogações.

O artigo 10 do Código de Processo Penal, estabelece o prazo de 10 dias caso o investigado esteja preso, ou o prazo de 30 dias se estiver solto. Diferentemente, as leis especiais podem prever prazos diferentes, justificados pela compreensão de que o prazo previsto no Código de Processo Penal é curto para a conclusão das diligências que devem ser realizadas, necessitando a autoridade policial de maior tempo para a realização de diligências imprescindíveis para as suas investigações. (RANGEL, 2012, p. 100).

Por força do artigo 66 da lei 5.010/66, que organiza a justiça Federal, foi concedido o prazo de 15 dias para a conclusão do inquérito policial conduzido pela polícia federal nos casos em que o investigado esteja preso, podendo ser prorrogado por igual período, a pedido fundamentado da autoridade policial federal e deferido pelo juiz federal competente.

A lei 11.343/06 que prevê um procedimento especial para a persecução dos crimes antidrogas, em seu artigo 51, concede à autoridade policial, o prazo de 30 dias para concluir suas investigações, se o investigado estiver preso e de 90 dias, quando estiver solto. Também é prevista a possibilidade de requerimento justificado de prorrogação do prazo, que deve ser decidido pelo juiz depois de manifestação do Ministério público.

Seja por previsão do Código de processo Penal, que define o prazo razoável de duração do inquérito, seja por cada lei especial que altere esse prazo em situações específicas, é sempre facultado ao juiz decidir, motivadamente, pela sua prorrogação, caso necessário.

Na prática forense, a despeito de contrariar as previsões legais supracitadas, o Ministério Público tem assumido a função de decidir sobre o pedido de prorrogação de prazo. Essa prerrogativa foi regulamentada em âmbito federal pelo Conselho de Justiça Federal através da Resolução nº 63 de 26 junho de 2009, considerando que o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal pública, é o destinatário final das investigações iniciadas no inquérito policial e também aquele a quem cabe o exercício do controle externo da atividade policial. Considera-se, ainda, que não há exercício jurisdicional no deferimento de prorrogação de prazo e que conferir esse controle ao juiz apenas cria uma burocracia desnecessária. Apoiada em tais premissas, o Conselho de Justiça Federal incumbe ao Ministério Público decidir sobre pedido de prorrogação de prazo formulado pela autoridade policial federal.

A Resolução supra citada, foi impugnada por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. Sua tramitação, através do nº 4.305 tramita no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e não há previsão de julgamento, estando os autos conclusos ao relator desde o dia 29 de maio de 2017. Certamente a decisão em questão repercutirá no âmbito dos estados, os quais, por meio de portarias editadas pelas respectivas corregedorias dos tribunais de justiça, também vêm delegando ao ministério Público a prerrogativa de decidir sobre os pedidos de prorrogação de prazo para a continuidade das investigações policiais.

Sem adentrar no mérito da constitucionalidade, destaca-se a pertinência do controle do prazo das investigações pelo Ministério Público no exercício da sua função de fiscalização da

polícia judiciária. Submetido o inquérito à sua apuração com pedido de prazo, o órgão ministerial pode indeferir-lo e evitar prorrogações desnecessárias, se entender que os elementos indiciários colacionados são suficientes para emitirem juízo de valor e decidir pelo arquivamento do feito ou pela propositura da ação penal. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 264).

Há que se ter muita cautela com a questão, pois aliada a prerrogativa de controlar os prazos, há sobretudo, uma responsabilidade que não pode ser negligenciada, não se pode permitir que o órgão acusatório se volte injustificadamente em desfavor da garantia da duração razoável da fase investigatória. O órgão ministerial deve sempre ter em vista que a investigação preliminar não é instrumento vinculado à preparação de uma acusação. Assim, não encontrados pela autoridade policial elementos de informação acerca da ocorrência do crime e de sua autoria no curso de um prazo razoável, não deve permitir a protelação das investigações, a submeter alguém a uma investigação criminal por prazo indeterminado.

Seja pela insistência dos órgãos da persecução penal em levantar elementos suficientes para embasar uma acusação ou simplesmente pelo assoberbamento de trabalho da polícia, quase nunca uma investigação é concluída em prazo razoável. Alguns inquéritos enfrentam anos em delegacias.

Enfim, se o órgão acusatório cumprisse sua função de controle da polícia judiciária de forma imparcial e eficiente em cada inquérito policial, as investigações seriam rápidas e eficientes, sem excessos, nem abusos e nem ilegalidades. (MORAES, 2010, p. 25).

1.4.1 Investigação Criminal Conduzida pelo Ministério Público e a Controvérsia Acerca de sua Legitimidade

O inquérito policial é um modelo presidido exclusivamente pela polícia judiciária, o que não impede a possibilidade de o Ministério Público requisitar a sua instauração ou a realização de determinadas diligências investigatórias, acompanhar o seu cumprimento e receber, por fim, os autos para a formação de sua *opinio delicti*. No entanto, acompanhar não significa conduzir, atribuição esta exclusiva da Polícia, no que tange ao Inquérito Policial.

É possível observar que uma tendência nos países europeus em delegar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, e em adotar esse modelo em substituição ao juizado de instrução.

“O que se vê hoje na Europa, é uma tendência no sentido de se atribuírem as funções que antes eram do juizado de instrução ao Ministério Público, com adoção de uma etapa investigativa semelhante ao nosso inquérito policial, mas sendo o Ministério Público, o titular dessa fase preparatória”. (SAAD, 2004, p. 190/191).

A transição foi fruto dos inúmeros questionamentos à inquisitorialidade da condução da investigação preliminar pelo juiz, optando-se, portanto, por delega-lo àquele órgão de persecução. A Alemanha, pioneira, enfrentou essa reforma em 1974, pela qual abriu mão do juizado de instrução e delegou ao Ministério Público a condução das investigações criminais e, a partir disso, outros países realizaram modificações legislativas nessa mesma direção, com maior ou menor intensidade, como a Itália em 1988 e Portugal em 1995. (RODRIGUES, 2002, p. 10-15).

É comum nos países que adotam esse modelo de investigação, que o Ministério Público esteja constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário e tenha as mesmas garantias da magistratura, como é o caso da Itália e de Portugal.

Para Lopes Junior 2013, p. 34, o respectivo procedimento será judicial, mas não jurisdicional, cumprindo ao juiz da instrução (o que não se confunde com juiz instrutor) apreciar as medidas restritivas de direitos, como as medidas cautelares pessoais, as buscas domiciliares e os meios de obtenção de provas como a interceptação telefônica entre outros e decidir sobre elas.

No Brasil, o Ministério Público é órgão da Administração Pública, vinculado ao Poder Executivo, a despeito da independência funcional prevista no artigo 127, §1º da Constituição Federal de 1988, regulamentada por sua Lei Orgânica Nacional (artigo 22). Em relação à possibilidade desse órgão autônomo do Poder Executivo, não vinculado ao Judiciário, conduzir a fase preliminar da persecução penal. Não há previsão expressa da Constituição, e a doutrina está longe de chegar a um consenso. Faz-se pertinente expor os principais argumentos favoráveis e também o contrários ao promotor investigador.

A legitimidade desse poder de investigação é defendida pelo Ministério Público com fulcro nas disposições constitucionais dos incisos I, IV, VII e VIII do artigo 129, além do parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(...)

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

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

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

Art. 4º 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.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Além disso, sustenta-se que o artigo 144 da Constituição Federal outorga à polícia judiciária a exclusividade na condução do inquérito policial, o que não impede que existam outros modelos de investigação sob a condução de autoridades administrativas extrapoliciais (parágrafo único, artigo 4º do Código de Processo Civil), inclusive os representantes do Ministério Público.

A autorização constitucional conferida ao promotor investigador seria extraída do poder de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, na forma da respectiva lei complementar (art. 129, VI, da Constituição Federal). (OLIVEIRA, 2008, p. 85).

O autor ainda menciona que o promotor pode requisitar diligências investigatórias (art. 129, III da Constituição Federal), assim como dispensá-la e oferecer a denúncia sem a prévia instauração de inquérito policial. Logo, depreende-se que poderia diretamente proceder às investigações.

Assim, considerando que o Ministério Público é o titular da ação pública (art. 129, I da Constituição Federal) argumenta-se que a investigação preliminar é uma atividade preparatória que lhe é destinada para a formação de sua *opinio delicti*. Dessa forma, seria razoável a condução das investigações pelo próprio órgão que delas se valerá para decidir pela denúncia ou pelo arquivamento.

Essas são basicamente as premissas das quais se lança mão para invocar a aplicação do princípio hermenêutico dos poderes implícitos. Entende-se que quem pode o mais (acusar judicialmente), pode o menos (investigar para verificar se é possível acusar) no mesmo diapasão, se a atividade fim do Ministério Público é a promoção da ação penal pública, seria inconcebível que não lhe fosse oportunizado o meio, colheita de prova, para tanto. Ademais, o

Parquet pode requisitar diligências investigatórias e até mesmo dispensá-las. “Quando a Constituição Federal concede meios, dá os fins”; é o entendimento encampado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, em voto pela Ministra Ellen Gracie, que denegou a ordem do Habeas Corpus de n 91.661¹ e que tem sido citado como precedente pela 2ª Turma.

Em mais recente decisão, o Supremo Tribunal Federal ainda admitindo a possibilidade de o Ministério Público promover por autoridade própria, investigações de natureza penal, porém ressaltou que essa investigação deverá respeitar alguns parâmetros a seguir listados: (i) devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados; (ii) os atos investigatórios devem ser necessariamente documentados e praticados por membros do Ministério Público; (iii) devem ser observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, ou seja, determinadas diligências somente podem ser autorizadas pelo Poder Judiciário nos casos em que a Constituição Federal assim exigir; (iv) devem ser respeitadas as prerrogativas profissionais asseguradas por lei aos advogados; (v) deve ser assegurada a garantia prevista na Súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal (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 e defesa); (vi) a investigação deve ser realizada dentro do prazo razoável; (vii) os atos de investigação conduzidos pelo Ministério Público estão sujeitos ao permanente controle do Poder Judiciário².

¹HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC n° 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. Decisão: A Turma, à unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 10.03.2009.

² Habeas corpus. 2. Formação de cartel, tráfico de influência, corrupção ativa e quadrilha ou bando. Pedido de declaração de inépcia da denúncia. 3. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável.

Desde o mês de junho de 2007, até março de 2015 restou pendente de julgamento pelo Plenário o *Habeas Corpus* nº 84.548/SP, que suscitou o debate da constitucionalidade da investigação por parte do Ministério Público. No ano de 2009, o Ministro César Peluso, instado nos autos do Recurso Extraordinário nº 593.729-5/MG, reconheceu que a decisão a ser emanada no referido *habeas corpus* produziria inevitável repercussão geral, uma vez que a discussão sobre a constitucionalidade do procedimentos investigatórios dirigidos pelo Ministério Público interessa ao bem jurídico fundamental da liberdade e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa.

Enquanto pendente de julgamento o *habeas corpus* nº 84.548/SP, a jurisprudência se dividia. Não obstante, mesmo os colegiados que estavam se manifestando pela legitimidade das investigações ministeriais, dentre os quais se destaca a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ressaltam limites intransponíveis.

Para o órgão colegiado em comento, há garantias legais e constitucionais que deveriam ser respeitadas no curso da fase preliminar da persecução penal, especialmente a imparcialidade, no que tange à presidência pelo órgão acusatório. Os ministros da Corte não poderiam entender diferente, pois a despeito da inarredável posição de parte processual, o promotor de justiça jamais poderia conduzir uma investigação voltada para produzir provas de acusação.

Não somente o Poder Judiciário que dirigia sua preocupação ao caso em tela.

No ano de 2011, foi apresentada Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, ou PEC 37 à Câmara dos Deputados, com redação de autoria do Deputado Federal Lourival Mendes (PT do B do Maranhão), propondo a atribuição pela Constituição Federal de exclusividade a polícia federal e à polícia civil dos Estados e do Distrito Federal para a apurar as infrações penais.

Nota-se que no texto em suas entrelinhas o propósito de não atribuir a exclusividade das investigações à polícia judiciária, mas de proibir que fossem encabeçadas pelo Ministério Público.

O discurso sobre a PEC ganhou as ruas na guarida de movimentos populares que implodiram no Brasil em meados de 2013. A partir de reivindicações de abusos no aumento das

Precário atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP. 4. Violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Precedentes. 5. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal instaurada contra o paciente. (STF - HC: 113386 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-103 DIVULG 31-05-2013 PUBLIC 03-06-2013).

passagens de ônibus em São Paulo, o originariamente denominado “movimento passe livre” ganhou proporção nacional e se desbordou em diversas outras discussões de interesse público. Foi nesse bojo que a PEC 37 foi promovida a “PEC da impunidade”, pois se buscou incutir na opinião popular a ideia de que impedir o Ministério Público de conduzir suas investigações resultaria na impunidade de criminosos, sobretudo de corruptores e políticos corruptos.

O Ministério Público passou a divulgar que suas investigações eram fundamentais à proteção dos direitos da Sociedade e que sem essa prerrogativa, os criminosos ficariam impunes. Levantou, pois, a bandeira do que chamou de PEC da impunidade, e ganhou o amparo dos manifestantes e simpatizantes e de parte dos juristas nacionais.

Em sentido diverso, além da Polícia Judiciária, a Ordem dos Advogados do Brasil, militantes do direito, juristas e parte dos doutrinadores passaram a se manifestar sobre a PEC 37, a esclarecer porque o Ministério Público não tem autorização constitucional para conduzir investigações e porque essa diretiva não implicaria em impunidade.

No embalo dos movimentos populares contra a corrupção, da distorcida imagem de impunidade que se projetou sobre a PEC 37, além de invisíveis pressões políticas mais institucionais do que populares, o projeto foi rejeitado pela Câmara do Deputados.³

Rejeitada a PEC 37, não há previsão de exclusividade da polícia judiciária na condução das investigações, também não há previsão legal de que essa atividade deve ser compartilhada necessariamente com o Ministério Público.

Além disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão do dia 04 de março de 2015, o julgamento do Habeas Corpus (HC) 84548, impetrado pela defesa de Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, denunciado pelo homicídio do então prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel. O julgamento foi concluído com os votos dos ministros Ricardo Lewandowski (presidente) e Rosa Weber. Ambos votaram pela revogação do decreto de prisão preventiva, mas mantiveram a integridade da denúncia apresentada pelo Ministério Público. Esta foi a decisão que, por maioria de votos, prevaleceu, vencidos parcialmente os ministros Cezar Peluso (aposentado), Cármen Lúcia e Ayres Britto (aposentado), além do relator do HC, ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem em maior extensão.

O argumento da defesa de que a denúncia seria insubsistente, porque teria se baseado exclusivamente em investigação promovida pelo próprio Ministério Público, foi rejeitado pelo

³ José afonso da Silva. Consulta disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-jose-afonso-silva-pec-37.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2017.

ministro Lewandowski. Segundo ele, o Ministério Público, não se baseou exclusivamente em investigações próprias, mas também em provas produzidas na investigação policial e dados resultantes de quebra do sigilo telefônico de Sérgio Gomes da Silva. A ministra Rosa Weber votou no mesmo sentido.

Portanto, em que pese todas as observações acerca de sua legitimidade, a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público será um modelo existente no Brasil.

1.5 Crime de Competência Originária e Investigação pelos Tribunais

A figura do juiz instrutor é histórica e visceralmente ligada ao sistema inquisitorial do autoritário Império Romano. A origem e a evolução histórica do procedimento inquisitivo é deveras rica, mas sua exposição no presente item fugiria aos escopo de seu tema. Entretanto, imprescindível destacar, em síntese, que o juiz inquisidor do Império Romano atuava como parte e concentrava em si todos os atos da persecução penal, deflagrava de ofício o início da persecução penal, conduzia as investigações, fazia as vezes da acusação, colhia as provas e decidia a causa. (MORAES, 2010, p. 19).

O procedimento costumava a ser escrito, secreto e não contraditório. Confundidas as atividades do juiz e do acusador, resultavam claros prejuízos ao sujeito passivo, que se convertia em mero objeto da acusação.

Na França, no século XIX, sob os auspícios de Napoleão Bonaparte, criou-se um sistema processual denominado misto, expandido às suas colônias e a outros países da Europa Continental, que preservou a ideia de que a investigação preliminar deveria ser dirigida pela juizado de instrução e manter-se inquisitória e secreta, ao passo que retirou do juiz a função acusatória na fase processual. (LOPES JUNIOR, 2013, p 63).

Alterado o panorama e retirada a sua função acusatória, o juiz deixou de figurar como puro inquisidor, passando a mero instrutor. O juiz instrutor é o protagonista da persecução penal desde a sua fase inicial, responsável pela inauguração, seu impulso e direção oficial; detém todos os poderes para realizar as diligências que entender necessárias para aportar elementos de informação que possam servir de base para uma acusação. No entanto, o Ministério Público passa assumir a titularidade da acusação, dividida com particulares, conforme a particularidade de cada país. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 63).

Ainda que destituído de sua função acusatória, o juiz instrutor concentra as funções de buscar elementos de informação que serão utilizados para reconstruir a notícia de um fato típico e imputá-lo a alguém e, posteriormente, julgar o imputado, em estrutura típica do sistema inquisitivo. A respeito desse modelo de investigação, o autor supra citado pondera que outorgar funções tão diversas como investigar e julgar a um mesmo homem é sempre problemático, pois na prática, a alma do homem é frágil.

Ao final do século XX, a medida que o sistema acusatório foi se consolidando, a maioria dos países europeus que então adotavam o modelo do juizado de instrução o substituíram pelo modelo de investigação a cargo do Ministério Público, como Alemanha, Itália e Portugal. (RODRIGUES, 2002, p. 39).

Há atualmente países que mantêm suas investigações nas mãos dos juízes instrutores, como é o caso da Espanha e França. Em ambos os países, há, no mínimo, grande preocupação em não permitir que o juiz instrutor se confunda com o parcial juiz inquisidor. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 67).

Na França, especialmente, há cada vez mais adeptos a favor de abandonar esse modelo de investigação, pois, apenas assim, iria garantir não somente a imparcialidade de seu julgador, mas também a função de garante. (RODRIGUES, 2002, p. 179).

De mais a mais, são mesmo incompatíveis as funções de investigar e, concomitantemente, garantir respeito aos direitos do investigado, uma vez que fica comprometida a “eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração da justiça” (LOPES JUNIOR, 2013, p.67).

No Brasil, os debates que antecedem a elaboração do atual Código de Processo Penal de 1941, chegou-se a cogitar a substituição do inquérito policial pelo juizado de instrução, por influência, notadamente, do sistema processual fascista de Mussolini. A ideia não vingou e o inquérito policial foi mantido como modelo ideal para apurar as infrações penais.

Ainda que alguns traços inquisitoriais próprios do modelo de investigação conduzido pelo juiz sejam incompatíveis com o nosso sistema constitucional atual, não é possível afirmar a inexistência desse modelo. Com a revogação do Decreto-Lei 7.661/45 (Lei de Falências), previa a possibilidade de instauração do inquérito para a apuração de determinados crimes falimentares por juiz instrutor, este modelo de investigação não mais existe no Brasil. (OLIVEIRA, 2008, p. 92). Sem embargo, ainda que extinto o inquérito judicial falimentar, ainda existem investigações conduzidas por juízes.

É muito importante deixar claro que se está tratando de modelo de investigação conduzida pelo juiz instrutor e não hipóteses em que o ordenamento jurídico faculte ao juiz praticar atos investigatórios no bojo de investigação preliminar conduzida por órgão diverso.

Fato é que a fase preliminar da persecução penal de crimes cujo investigado tem prerrogativa de foro é presidida pelo Tribunal competente e não somente eventual processo que dela decorra.

A Lei 8.038 de 28 de maio de 1990, estabelece que as normas procedimentais para os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sendo que, por força do disposto no artigo 1º da lei 8.658, de 26 de maio de 1993, essas normas também se aplicam às ações penais de competência originária dos Tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais.

Apesar de a Lei 8038/90 não regulamentar a fase persecução penal que antecede os processos originários, o artigo 2º menciona que o relator, escolhido na forma regimental atua como juiz da instrução e deve se proceder conforme o regimento interno. (TEIXEIRA, 2005, p. 105).

Significa dizer que as normas do procedimento a ser seguido pelo juiz instrutor podem ser encontradas nos respectivos regulamentos internos de cada Tribunal (art. 2º da Lei 8038/90 c/c o artigo 1º da Lei 8.658/93).

No Supremo Tribunal Federal, essas normas são encontradas os artigos 230-A a 232 do seu Regimento Interno. Neste modelo de investigação o relator preside o procedimento, ou seja, é ele quem decide quais são as diligências investigatórias necessárias para surgir elementos de informação a respeito do fato em tese típico noticiado, mas delega à polícia judiciária o cumprimento das diligências (RODRIGUES, 2002, p. 22).

Ao Procurador-Geral da República cabe requerer ao Presidente das investigações a realização de diligências complementares, e não requisitá-las à polícia, como ocorre no inquérito policial.

Antes mesmo de a Lei 8038/90 estabelecer a competência dos tribunais para processar e investigar aqueles que possuem prerrogativa de foro, preexistia norma que atribuía aos tribunais a específica prerrogativa de investigar seus membros, em outras palavras, realizar a investigação *interna corporis*. O parágrafo único do artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura nacional (Lei complementar n. 35/79) estabelece:

“[...] quando, no curso de investigações, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que se prossiga na investigação”.

Na prática, a investigação *interna corporis* da magistratura é reforçada pelo artigo 2º da Lei 8.038/90. Isso porque os membros do Judiciário têm prerrogativa de foro e, também por isso, devem ser investigados pelo Tribunal competente segundo disposição constitucional. (TEIXEIRA, 2005, p. 104).

De modo que o Supremo Tribunal Federal investiga a notícia de crime praticado por seus próprios Ministros (art. 102, I, b, Constituição Federal) e pelos Ministros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, c da Constituição Federal); o Superior Tribunal de Justiça investiga os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 105, I, a, da Constituição Federal); os Tribunais Regionais Federais investigam os juízes federais da sua área de jurisdição, incluídos os da Justiça investigam crimes em tese praticados por juízes do Distrito Federal e dos Territórios e por juízes estaduais (art. 96, III, da Constituição Federal).

Por fim, importante mencionar, que o delegado de polícia não pode indiciar, de ofício, parlamentar. Ele só pode fazê-lo mediante autorização prévia, conforme decisão do Supremo Tribunal.⁴

⁴ 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada “Operação Sanguessuga”. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente notícia criminis, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ no 149/DF, rel. ministro Rafael Mayer, Pleno, DJ 27/10/1983; INQ (AgR) n.º 1.793/DF, rel. ministra Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14/6/2002; PET – AgR – ED n.º 1.104/DF, rel. ministro Sydney Sanches, Pleno, DJ 23/5/2003; PET n.º 1.954/DF, rel. ministro Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1.º/8/2003; PET (AgR) n.º 2.805/DF, rel. ministro Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27/2/2004; PET no 3.248/DF, rel. ministra Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23/11/2004; INQ n.º 2.285/DF, rel. ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13/3/2006 e PET (AgR) n.º 2.998/MG, Segunda Turma, unânime, DJ 6/11/2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, B), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, b c/c Lei n.º 8.038/1990, art. 2.º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.

1.6 Possibilidade de as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) Presidirem Investigações Criminais Preliminares.

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) vinculam-se ao Poder legislativo e têm acesso constitucional (art. 58, §3º, da Constituição Federal). Não há regulamentação de um iter procedimental, mas normas gerais são encontradas nas Leis 1.579/52 e 10.001/00, com aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (arts. 3º e 6º da lei 1.572/52) e, ainda, nos regimentos internos das Casas. (TUCCI, 1994, p. 174).

Para o autor a Comissão Parlamentar de Inquérito é constituída para a apuração de um fato determinado de qualquer natureza, respeitante a condução e a atividade administrativa do governo, sobretudo para perquiri-lo e, se for o caso, preservar-lhe a transparência, a normalidade e a moralidade.

Comissão Parlamentar de Inquérito, pode ser definida como “procedimento jurídico constitucional exercido pelo Poder Legislativo com a finalidade investigativa dos fatos de interesse público. (SIQUEIRA JUNIOR., 2007, p. 27).

A Constituição orienta que se for constatada pela CPI a existência de responsabilidade civil ou responsabilidade penal, suas conclusões sejam encaminhadas ao Ministério Público para que tome as providências cabíveis (artigo 58, §3º). Em último caso, a CPI poderá fornecer ao Ministério Público os elementos de informação necessários para a dedução de uma pretensão acusatória. Por isso se tem defendido que a CPI, quando investiga fatos com relevância penal, consiste em uma investigação penal preliminar. (GIACOMOLLI, 2014, p. 37).

É inegável que os elementos colhidos na investigação parlamentar podem ser utilizados pelo Ministério Público para o direito direto oferecimento da denúncia, dispensando ulteriores investigações; mas essa possibilidade não implica necessariamente em considerar que esse instrumento seja uma espécie de investigação penal preliminar.

Assim como mencionado anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, a autonomia do processo em fase preliminar da persecução penal seja oferecida a partir da peça de informação da qual se possa extrair, de pronto, os elementos de informação que indiquem a ocorrência do crime e sua autoria.

Para identificar se os inquéritos parlamentares realizam investigações criminais é necessário analisar se possuem a natureza jurídica, o objeto, a finalidade, e a função próprias da fase preliminar de persecução penal.

A natureza jurídica, como visto anteriormente, consiste nas propriedades essenciais de um instituto. No caso da investigação criminal, é definida pela condição de atividade investigatória e pelo órgão constitucionalmente autorizado a conduzi-la.

Porquanto a Constituição Federal encarrega a CPI aos membros do Poder legislativo e limita a sua atividade investigatória aos fatos de relevância política, possível sustentar que sua natureza jurídica é de investigação político-administrativa. (TUCCI, 1994, p. 174-175).

É certo que a investigação parlamentar não integra os tradicionais modelos de investigação que orbitam entre a polícia, o promotor e o juiz, o que inibe sua natureza investigatória graças à previsão constitucional. Mais do que isso, os poderes investigatórios conferidos às CPIs no §3º, artigo 58 da Constituição Federal são amplos, próprios das autoridades judiciais. (FERNANDES, 2005 p. 76-83).

A extensão dos poderes de investigação é prevista no artigo 1º da lei 1.579, diploma o qual dispõe, acerca de regras gerais sobre Comissões parlamentares de Inquérito e ratificada no art. 148 do Regimento Interno do Senado Federal, prevendo que:

“[...] é facultada a realização de diligências que julgar necessárias, podendo convocar ministros de Estado, tomar depoimento de qualquer autoridade, inquirir testemunhas sob compromisso, ouvir indiciados, requisitar de órgão público informações ou documentos de qualquer natureza, bem como requerer ao Tribunal de Contas da União a realização de inspeção e auditoria que entender necessárias”.

Nesse ponto específico, é necessário depender maior atenção, sem fugir à questão acima proposta. É que a equiparação dos poderes de investigação da CPI aos das autoridades judiciais é um tema que dá ensejo a uma série de controvérsias, ainda que não devesse. A redação do texto constitucional não deixa dúvidas de que os poderes conferidos aos parlamentares são aqueles próprios da atividade investigativa, os quais não se confundem com a atividade jurisdicional.

A divisão de tarefas entre os órgãos que exercem as funções estatais é limitada da atuação da CPI, uma vez que a impede de se intrometer no núcleo das atividades atribuídas exclusivamente aos Poderes do Executivo e do judiciário. Nessa linha de ideia, a CPI é impedida de exercer os atos jurisdicionais, exclusivos do Poder judiciário, ou seja, atos acobertados pela reserva de jurisdição absoluta (VILARES, 2012, p. 173).

Os atos jurisdicionais praticados pelos magistrados na fase de persecução penal preliminar consistem exatamente na limitação dos poderes investigatórios, a tutelar medidas que restrinjam direitos e garantias individuais, garantindo o seu caráter excepcional e em conformidade com as regras constitucionais. De modo que os atos jurisdicionais prévios a eventual processo criminal são contingentes e limitados e ocorrerem apenas quando está em jogo a aplicação de uma medida cautelar *latu sensu*. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 34).

Excluídos os atos de natureza jurisdicional, restam às autoridades judiciais, no âmbito de uma investigação, todos os atos que a impulsionam. É nesse sentido que o Regimento Interno do Senado, a exemplificar os poderes investigatórios da CPI que seriam próprios das autoridades judiciais, aponta a faculdade de diligenciar diretamente determinados meios de prova, como ouvir autoridades, colher o depoimento de testemunhas e realizar inspeções e auditorias que entendem necessárias (art. 148).

Necessária apenas a ressalva de que os exemplos citados no Regimento Interno do Senado devem passar pelo filtro de aprovação legal. A título de ilustração, a menção de prerrogativa da CPI de ouvir indiciados cria falsa ilusão de que lhe incumbe promover o indiciamento. Sem embargo, nem ao juiz instrutor, portanto, nem à Comissão Parlamentar de Inquérito, cabe promover este ato, exclusivo das autoridades da polícia judiciária. (GIACOMOLLI, 2014, p. 39).

Nessa mesma linha hermenêutica e, nos limites da questão ora suscitada, é possível concluir pela inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, que permite ao Banco do Brasil, à Comissão de Valores Imobiliários e às instituições financeiras oferecer informações e documentos sigilosos às CPIs. Ao passo que o Poder Judiciário é reservado o poder de decidir acerca da restrição da intimidade e da vida privada em um determinado caso concreto, ato de natureza jurisdicional, a outorga dessa prerrogativa a qualquer outra autoridade não tem aderência constitucional.

Os parâmetros são estes: as diligências realizadas pela CPI para ampla apuração dos fatos não podem extrapolar as incumbências da própria autoridade judicial (juiz instrutor) na condução de suas investigações, nas quais não se praticam atos jurisdicionais, mas tão somente atos judiciais. (TUCCI, 1994, p. 180).

A natureza investigatória político-administrativa da CPI é clara. Não obstante, para se identificar se as investigações realizadas no bojo dos inquéritos parlamentares são de natureza criminal, é necessário ainda analisar seu objeto, sua finalidade e sua função.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 58, §3º, que as CPIs devem ser criadas para a apuração de fato determinado. A matéria a ser investigada, deve, portanto, limitar-se ao fato que lhe origem. Determinado fato, por sua vez, deve necessariamente versar sobre assunto de interesse público, mormente para fiscalização, no plano político, dos órgãos públicos. Não é legítima a investigação de negócios particulares que não tenham relação com as atribuições legislativas.

A apuração levada a cabo pela CPI deve, nesses limites, recair sobre fato atinente ao interesse público, independentemente de seus efeitos, o qual constituirá seu objeto. Nesse âmbito, é possível que esse mesmo fato, enquanto acontecimento histórico concreto, revele uma ilicitude cível, administrativa ou criminal, que possa gerar efeitos simultâneos nessas respectivas áreas independentemente de a investigação ser de natureza legislativa. (BADARÓ, 2013, p. 101).

Ainda para o autor, não há dúvidas de que o objeto da CPI pode, eventualmente, consubstanciar-se em fato penalmente relevante, mesmo objeto de uma investigação criminal preliminar.

A finalidade da CPI, reside em apurar o seu objeto, “em exercício de prerrogativa diretamente ligada ao papel político do Congresso Nacional no acompanhamento dos assuntos nacionais” (GONÇALVES, 2001. p. 40-41). Ou seja, investigação deve ser atrelada aos próprios fins da representação parlamentar, notadamente a fiscalização, no plano político, dos órgãos públicos, dos atos do poder Executivo e da produção legislativa. Assim, a CPI encarrega-se de investigar irregularidades, abusos e distorções ou debater o aperfeiçoamento da legislação.

Trata-se de uma finalidade meramente investigatória, ou seja, dados e informações sobre fatos de interesse nacional. Concluídas as investigações, suas atribuições são exauridas e não é permitida a imposição de medidas decorrentes de suas conclusões, pois não há poder jurisdicional envolvido. (TUCCI, 1994. p. 176).

“Frequentemente, o único efeito esperado dos atos investigatórios e instrutórios de uma CPI é solucionar a suspeita do cometimento de irregularidades no âmbito do Poder Executivo, embasar uma decisão política, ou fundamental a elaboração de um novo texto de lei”. (VILARES, 2012. p. 199).

Quando recai sobre os fatos noticiados que possuam relevância criminal, a investigação iniciada pela CPI não se resume a identificar a autoria e a materialidade a conduta,

nem seus eventuais reflexos criminais. Eventuais informações sobre a ocorrência de um crime e esclarecimentos a respeito da sua autoria poderão ser obtidos de forma incidental e posteriormente encaminhados ao Ministério Público. (GONÇALVES, 2001. p. 41).

A título de exemplo, diante da notícia de que um senador recebeu um dinheiro para praticar determinado ato, não se instaura uma CPI para apurar a prática de corrupção tipificada no art. 37 do Código Penal, mas para investigar a existência de um problema sistêmico que esteja possibilitando a prática dessa conduta por parlamentares.

De forma diversa, a fase preliminar da persecução penal, além de recair sobre fatos em tese típicos, volta-se a verificar se ocorreu ou não um crime e, no primeiro caso, é possível apontar, em grau de probabilidade, seu autor. Apuram-se os eventuais reflexos criminais da conduta noticiada. De mais a mais, conforme já sustentado, a investigação criminal não tem por fim a aplicação da lei penal, mas é por ela balizada, uma vez que busca perquirir se o fato noticiado é típico e culpável, ou se há causa excludente de ilicitude, de culpabilidade ou até mesmo de punibilidade. Distintas, pois as finalidades da fase preliminar da persecução penal e da parlamentar.

Uma vez que, a investigação parlamentar não tenha os parâmetros traçados pela lei penal, porque não se preocupa diretamente com os efeitos criminais de uma determinada conduta, ainda que hipoteticamente típica, não se identifica na CPI a função de servir como instrumento garantista especificamente voltado a evitar acusações criminais infundadas contra inocentes.

A função de uma investigação parlamentar é preservar a moralidade do governo, aprimorar a democracia e, com isso, alcançar o bem comum da sociedade. Atendida essa função, os elementos indiciários resultantes da apuração poderão, subsidiariamente, legitimar a instauração de uma ação penal, ou esclarecer a desnecessidade de iniciar-se uma persecução penal e dispensar, inclusive, a submissão desses mesmos fatos a uma investigação criminal (TUCCI, 1994. p. 174).

Ao concluir, ainda que a CPI tenha inegável natureza investigatória, mesmo quando recaia, de modo eventual, sobre um fato penalmente relevante, não é possível ela identificar a finalidade e a função próprias da fase preliminar da persecução penal. Não pode, portanto, ser considerada uma investigação criminal própria.

Não obstante, impende-se repisar que os elementos apurados pela CPI podem ser utilizados pelo órgão acusatório, e por isso faz-se imperioso que receba um tratamento

semelhante ao da fase preliminar da instrução penal, sobretudo no que diz respeito aos limites de sua atuação. (VILARES, 2012. p. 193).

Assim, para que suas conclusões sejam legitimamente utilizadas pelo Ministério Público, impende-se que a investigação por ela iniciada tenha sido realizada de modo imparcial e com cognição sumária. Ademais, os elementos por ela colhidos não poderão ser considerados como prova, ato produzido exclusivamente perante um membro do Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional.

Na prática, é comum que as investigações parlamentares sejam conduzidas com parcialidade e movidas por interesses de uma determinada legenda partidária. É, portanto, positivo que os inquéritos parlamentares não dispensam a instauração policial para apuração dos mesmos fatos. No entanto, a apuração policial paralela nem sempre afasta o risco da contaminação de um eventual e futuro processo por elementos de informação colhidos com parcialidade no bojo de uma CPI movida por interesses partidários, vez que podem, ainda assim ser utilizados pelo órgão acusatório.⁵

1.7 A Competência dos Órgãos Administrativos para Apurar Fatos com Relevância Penal: Investigação que não se Confunde com a Fase Preliminar da Persecução Penal.

O Código de Processo Penal brasileiro ressalva que o modelo de investigação preliminar conduzido pela polícia judiciária, inquérito policial, elegido como modelo principal e disciplinado no Título II do diploma, não é exclusivo, e confere às autoridades administrativas a mesma prerrogativa de investigação penal, desde que sob previsão legal (parágrafo único, art. 4º do CPP).

Nos termos do dispositivo legal supracitado, tem-se defendido que órgãos administrativos detém competência para conduzir investigações criminais, haja vista poderem oferecer ao Ministério Público elementos de informação, com base nos quais poderá o órgão acusatório propor, diretamente, uma denúncia (LOPES JUNIOR, 2013. p. 281).

⁵ Parecer de José Afonso da Silva, através do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Para que se perfaça uma análise desse postulado, importa, inicialmente, compreender em que contexto os órgãos administrativos podem obter elementos de informações que importem ao órgão acusatório.

A Administração Pública direta e indireta, no âmbito dos três Poderes, Executivo Legislativo e Judiciário, com supedâneo nos princípios constitucionais norteadores (art. 37 e seguintes da CF/88), abraça a função de controle dos atos de agentes públicos e dos particulares que possam afetar o interesse administrativo. (GIACOMOLLI, 2014. p. 49).

Esse controle é exercido por cada órgão da administração, os quais, no âmbito de suas respectivas atribuições legais, são legitimadas a apurar e sancionar a prática de infrações administrativas correspondentes ao descumprimento de uma norma administrativa, seja ela fiscal, previdenciária, ambiental, financeira, disciplinar ou quaisquer editadas no âmbito da Administração Pública (MELLO, 2009. p. 840-841).

O autor conceitua infração administrativa como o “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa”.

A Lei 8.112/90, em seu artigo 116, enumera um conjunto de deveres do servidor e, no artigo 117, arrola uma série de proibições. A transgressão dessas normas dá margem à responsabilidade administrativa. Eventuais suspeitas de que um ato de infração funcional tenha sido cometido por servidores ou funcionários públicos legitimam a apuração de fatos e eventualmente a punição dos envolvidos pela Administração Pública, por meio de um processo administrativo disciplinar, regulamentado pela Lei 8.112/90 e no art. 143 e seguintes. (MELLO, 2009. p. 318-319).

No bojo desse processo administrativo, há a imputação de um determinado ato ilícito em fase de um servidor ou funcionário público, visando sua responsabilização. No procedimento, são assegurados ao acusado as garantias individuais constitucionais, por força do inciso LV do artigo 5º, preceito que prevê também à esfera administrativa a incidência do princípio do contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

À semelhança do processo penal no qual a pretensão acusatória pode ser precedida de um instrumento de investigação preliminar, a Administração Pública pode se valer de uma sindicância, procedimento prévio, sumário, para a apuração dos elementos de informação que indiquem a ocorrência do ato infracional e sua autoria, os quais, se confirmados, subsidiarão a acusação e conseqüente instauração do processo administrativo. O artigo 154 da Lei 8.112/90

menciona que os autos da sindicância servem como peça informativa a instruir eventual processo administrativo disciplinar (MELLO, 2009. p. 322).

É comum que o mesmo fato que revele uma ilicitude infracional reflita, também, uma ilicitude no âmbito criminal. Nesse caso, se ao final dessa sindicância restar concluído que a infração investigada aponta a ocorrência de um crime, além de ensejar a instauração de um processo administrativo disciplinar, deve a autoridade competente encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público (art. 148 da lei nº 8.112/90). Por sua vez, o órgão acusatório pode entender que as informações obtidas são bastantes para oferecer uma denúncia, ou suficientes para se convencer de que não há razão para iniciar a persecução penal, e, então, requerer o arquivamento. (MELLO, 2009. p. 324).

A mesma orientação é conferida aos órgãos da Administração, tais como o Tribunal de Contas da União, a Controladoria-Geral da União, a Receita Federal, o INSS, o Banco Central, o IBAMA, o COAF, dentre tantos outros que editam normas administrativas no âmbito de suas respectivas atribuições. Desse modo, na hipótese de investigação administrativa de um fato com relevância criminal, ao se apurar indícios de ocorrência de um crime, deve-se encaminhar os respectivos elementos de informação ao Ministério Público. (OLIVEIRA, 2008. p. 91).

Na mesma linha de reflexão realizada acerca das CPI's, impende-se aferir se as cópias de sindicâncias compartilhadas pelos órgãos administrativos consistiriam em uma peça de informação, com a qual poderia o Ministério Público dispensar uma investigação preliminar, ou se a investigação realizada serviria como fase preliminar da persecução penal. Também na mesma ordem de ideias seguidas em relação às CPI's, cumpre, nesse mister, analisar a natureza jurídica, o objeto, a finalidade e a função próprias das investigações realizadas pelos órgãos administrativos.

A natureza das investigações ora em questão pode ser extraída do que já foi exposto a respeito do tema. À semelhança do principal modelo de investigação criminal no Brasil, trata-se de atividades investigatórias conduzidas com imparcialidade e em grau de cognição sumária, iniciadas logo após a notícia de ocorrência de um ilícito administrativo. A competência de um determinado órgão da administração pública direta e indireta para conduzir investigações decorre da sua função de controle dos atos de agentes públicos e dos particulares que possam afetar o interesse administrativo. (GIACOMOLLI, 2014. p. 49).

Ademais, em relação ao objeto, as investigações conduzidas por autoridades administrativas recaem sobre um fato que supostamente revela o descumprimento de uma norma administrativa, seja ela fiscal, previdenciária, ambiental, financeira, disciplinar ou qualquer outra editada no âmbito da administração pública. Repise-se que um mesmo fato pode revelar uma ilicitude administrativa e uma ilicitude criminal, de modo que o objeto da investigação por um órgão administrativo pode, de modo eventual, consubstancia-se em objeto também próprio de uma investigação preliminar.

A finalidade das investigações em análise é apurar a notícia de fatos que apontam o descumprimento de uma norma administrativa, para, se possível, aferir a viabilidade de instauração de um processo administrativo. Ainda, no mister de apuração dos fatos, deve cumprir a função de resguardar a Administração Pública, quanto à sua probidade e decoro e, ainda, de evitar a perseguição política de funcionários públicos com acusações infundadas de descumprimento de normas administrativas.

Os órgãos administrativos em referência, não se preocupam em elucidar os efeitos criminais do fato sob investigação, nem são balizados por uma norma penal, mas devem estar atentos em esclarecer os fatos do ponto de vista de norma administrativa. Por isso, ao se depararem com suspeita de ocorrência de um crime, devem noticiar o Ministério Público que tome providências cabíveis no âmbito penal.

Sendo, portanto diversas na finalidade e na função, as investigações de ilícitos administrativos, ainda que recaiam sobre fatos com relevância penal, e que possam servir de peças de informação ao Ministério Público, não podem ser confundidas com a fase preliminar de persecução penal.

A distinção é fundamental. A investigação criminal serve para apurar e esclarecer a ocorrência de fatos que, em tese, implicam na violação dos bens jurídicos mais caros para a sociedade. Em razão dessa importância, por determinação constitucional, há medidas cautelares ou meios de obtenção de provas mais “agressivos”, dos quais apenas é possível lançar mão o bojo da persecução penal, ainda que em sua fase preliminar. Dos exemplos podem ser apontados no artigo 5º da Constituição Federal. O inciso XII determina que as comunicações telefônicas são invioláveis, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelece para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. No mesmo artigo citado, encontra-se no inciso LXI a orientação de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Por sua vez, o Código de Processo

Penal, no artigo 311, explica que a prisão preventiva será cabível “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal”.

Dessa forma, uma investigação conduzida por órgãos administrativos que apure um ilícito administrativo cujo fato subsuma-se também a um tipo penal, poderá reunir elementos de informação importantes a respeito dos reflexos criminais do fato investigado. Esse material serve como peça de informação ao Ministério Público, mas não se confunde com uma investigação criminal. Diante dele, o órgão acusatório pode assumir três posturas: (i) encontrar nos elementos de informações a provável ocorrência de um crime e sua autoria e exercer a ação penal; (ii) entender que os elementos ainda devem ser esclarecidos, sobretudo à luz dos reflexos criminais e determinar seja iniciada a persecução penal em sua fase preliminar e investigatória (iii) convencer-se de que não há elementos mínimos que indiquem a ocorrência de um crime, condição elementar para que haja iniciada a persecução penal e, pleitear o seu arquivamento ao juiz competente.

CAPÍTULO 2 - CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

A incidência do contraditório no processo penal brasileiro é um “fato”, assim considerado em seu sentido filosófico. Não é possível discutir com a Lei Magna, notadamente em seu artigo 5º, inciso LV, que garante aos acusados em geral, o contraditório. Noutra giro, o exercício do contraditório na fase preliminar da persecução penal não passa de uma “teoria”, sob a ótica de um conceito científico. Há aqueles que defendem e aqueles que o rejeitam em absoluto.

2.1 Dialética como Característica Fundante do Contraditório.

“O direito de uma pessoa termina quando começa o de outra”. O ditado popular é ontológico: é da essência humana perseguir seus próprios interesses, e, no convívio em sociedade, é natural que o interesse de um seja oposto ao interesse do outro. Não há sociedade sem oposições, divergências, choques, conflitos. (BADARÓ, 2013. p. 200-201).

O estudo filosófico da dialética surgiu da necessidade de conciliar os opostos. Existem quatro doutrinas que mais influenciam o significado desse termo, mais precisamente a platônica, a aristotélica, a estoica e a hegeliana, cada uma imprimindo a dialética um significado fundamental. Na busca de uma definição genérica da dialética que de algum modo resuma as outras, sintetiza Nicola Abbagnano (1998):

“A dialética é um processo em que há um adversário a ser combatido e uma tese a ser refutada e que supõe, portanto, dois protagonistas ou duas teses em conflito; ou então que é um processo resultante do conflito ou da oposição entre dois princípios, dois momentos ou duas atividades quaisquer”

De outro modo, Hegel, defende que a realidade move-se dialeticamente em relação tríade entre tese, antítese e síntese, na qual a “antítese representa a negação o oposto ou o outro da tese e a síntese constitui a unidade e, ao mesmo tempo a certificação de ambas. Basicamente, no método dialético hegeliano, a verdade, ou síntese, é alcançada pelo confronto de ideias opostas.

A definição hegeliana, segundo a qual a dialética é tida como a “síntese dos opostos”, é especialmente propícia para o estudo, na área jurídica, da “reunião (síntese) de indivíduos (opostos)”, melhor dizendo, dos conflitos gerados a partir de relacionamentos entre indivíduos que convivem em sociedade.

A compreensão da inevitável existência de conflitos sociais pressupõe admitir concepção (ontológica) de que ser individual é movido por interesses próprios. Neste aspecto, entenda-se por “interesse” o conceito atribuído por Carnelutti, (1958, p. 3), para quem se trata não de um juízo subjetivo, mas de uma situação favorável à satisfação de uma necessidade. No entanto, os bens aptos a satisfazer as necessidades são limitados, e nisso se justifica o direito. O direito exerce uma função ordenadora, isto é “de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social” (BADARÓ, 2013, p. 200).

Não obstante, a existência do direito ordenador da cooperação entre as pessoas não é suficiente para eliminar conflitos que possam surgir a respeito dos direitos individuais e dos bens que lhe são atribuídos. Esses conflitos podem surgir nas situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não possa obtê-lo, seja porque alguém que poderia satisfazer seu interesse, resista, seja porque o próprio direito proíba a satisfação voluntária de sua pretensão. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 26).

O autores explicam que nas fases primitivas da civilização dos povos, existiam duas formas de resolução dos conflitos: o sistema da autotutela e o sistema da autocomposição. Pelo primeiro, uma parte impunha sua vontade a outra, em um regime de vingança privada e, vencia o mais forte. Pelo segundo, uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do seu interesse ou parte dele, em prol de uma convivência pacífica. Dependia de uma predisposição das partes envolvidas na busca pelo consenso.

Na medida em que o Estado foi afirmando-se e impondo-se aos particulares “nasceu também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos”.

Portanto, o Estado moderno assume o dever de dirimir conflitos de interesses nas relações interpessoais e exerce seu poder para isso. Esse dever de dirimir as pretensões e impor decisões é chamado de tutela jurisdicional, a qual é atribuída ao Estado na figura do Juiz. (LOPES JUNIOR, 2013. p. 07).

De volta a perspectiva de Hegel, um Estado moderno, justo, é um Estado de direito; aquele que soluciona os conflitos, realizando os direitos subjetivos fundamentais, como o

direito à liberdade “direito polar”, o direito ao trabalho, à educação, à moradia, à saúde. A realização da justiça pelo Estado-Juiz se dá impondo-se uma ordem racional para que os homens convivam livremente em sociedade e resolvam seus conflitos, tendo sempre em vista os direitos fundamentais. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 30).

No âmbito de um processo, em que duas partes se apresentam a um juiz para que ele decida sobre um conflito de interesses, o juiz deve seguir o método de dialética hegeliana para chegar a uma decisão, por meio da síntese entre uma tese apresentada pelo autor e sua antítese apresentada pelo autor e sua antítese pelo réu, compondo opostos.

No método hegeliano, a dialética interpessoal é identificada “entre o direito de um e o direito do outro ou a negação do direito do indivíduo pelo próprio dever que ele contém em si e correlato do direito do outro, ou seja, a dialética do direito do indivíduo necessariamente”. (SALGADO, 1996, p. 355).

Transpondo sua máxima ao processo judicial, conclui-se ser necessária a existência de uma relação jurídico-processual entre duas partes com interesses opostos e, para garantir o caráter dialético desse processo, insere-se nessa relação o Estado-Juiz, que deve garantir que essas partes sejam colocadas em condição de se contrariarem. (GRINOVER, 2004, p. 16).

Assim pode-se conceituar o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. (ALMEIDA, 1959, p. 110).

O contraditório como interação dialética foi ponto determinante na formação da teoria de Elio Falazzari (2006, p. 27-28), sobre a natureza do processo, alçado a elemento fundamental e condicionante da própria existência do processo. A partir de seu estudo, é possível compreender porque não existe processo sem contraditório.

Se teve a oportunidade de se esclarecer que o processo é um esquema unitário por causa do procedimento, este, responsável por enfeixar os atos que formam aquele. O procedimento é uma sequência de atividades que precede um provimento e se conclui com ele. Em abstrato, o procedimento contempla posições subjetivas de faculdades, de poderes e de deveres. Essas posições resultam coligadas de modo que haverá posição de poder de um sujeito processual quando um dever for exercido por outro sujeito e, por sua vez, o exercício daquele poder constituirá o pressuposto para o surgimento de uma nova posição de faculdade, poder ou dever. As faculdades, poderes e deveres dos sujeitos processuais surgem da estrutura procedimental que forma o processo. (FAZZALARI, 2006, p. 28).

Para o autor, o processo é uma espécie do gênero procedimento. Em uma concepção publicística, o procedimento se caracteriza como uma série de atos praticados por um único sujeito, responsável pela elaboração do ato final, que observa um interesse próprio.

Por sua vez, no processo participam sujeitos diversos daquele do qual emana o ato final, que agem orientados “não pelo interesse do autor do ato, mas pelos interesses dos destinatários do ato” (HARTMANN, 2009, p. 171).

É nesse ponto que entra em cena um elemento essencial, sem o qual o procedimento não forma um processo. No processo, os sujeitos processuais (autor e réu) são destinatários do provimento final exarado pelo juiz e, portanto, os principais interessados nesse provimento. Por isso, devem participar da formação dos atos que desencadearão o ato final. No entanto, não basta que haja participação desses sujeitos: é necessário que essa participação de autor e réu nos atos que irão preparar o provimento final, agindo os sujeitos em condições igualitárias, permitindo que façam escolhas, reajam e possam controlar um ao outro, tudo sob a regência do magistrado. (FAZZALARI, 2006, p. 29).

Em síntese, o processo se caracteriza por um procedimento em contraditório, o que se leva a concluir que o contraditório é a garantia de que o Estado, na figura do Juiz, instado a dirimir um conflito de interesses, apenas formará seu convencimento e imporá uma solução jurídica válida por meio de um processo, pelo qual será garantido que cada ação de uma parte, seja possibilitada a oportunidade de reação a parte contrária.

Não existe contraditório sem estrutura dialética. Não existe processo sem contraditório.

2.2 Conceito, Natureza Jurídica e sua Relação com Outras Garantias

A partir da compreensão de que a estrutura dialética é essencial ao exercício do contraditório, depreende-se a descrição conceitual desta garantia. Afinal, o movimento pendular exigido pela dialética para a composição de opostos. No contexto do direito processual, pressupõe uma relação jurídica entre duas partes com interesses antagônicos e entre elas, a atuação de um juiz, a quem a controvérsia é dirigida. Não restam dúvidas de que essa estrutura é perfeitamente conceituada como visto anteriormente como “*a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”. (ALMEIDA, 1959, p.110).

De acordo com o artigo 5º, inciso LV 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 de prova e recursos a ela inerentes”.

De acordo com o conceito acima descrito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes e, não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo, sendo dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação, sendo assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.

Para Fernandes (2005, p. 58) o contraditório deve ser pleno e efetivo: pleno, porque deve ser observado durante toda a relação jurídico-processual, até o seu final; efetivo, porque devem ser proporcionados à parte meios reais de contrariar os atos de seu oponente.

Com relação a natureza jurídica do contraditório, é muito comum encontrar na doutrina vozes que defendam ser o contraditório um direito e vozes que anunciam como garantia, sendo que uníssono o entendimento de que se trata de um princípio. (GIACOMOLLI, 2014, p. 148).

O pressuposto de existência de dois sujeitos processuais para a composição de opostos explica porque o contraditório é um direito fundamental tanto do autor quanto do réu. Tanto que a Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV, o assegura não somente aos acusados, mas aos litigantes. Esse preceito constitucional, além de se consagrar a natureza jurídica do contraditório como direito fundamental, reforça também sua natureza de garantia, porquanto assegura seu caráter de instrumento das partes em face do próprio Estado. Às partes cabe exigir do Estado, a figura do juiz, que garanta a participação bilateral nos atos processuais. (SILVA, 2015, p. 360).

Nessa concepção garantista, chama atenção o fato de que o juiz não somente deve assegurar a estrutura dialética do processo, mas garantir às partes condições igualitárias de debaterem. E essas condições são propiciadas ao se atrelar o contraditório a um princípio que decorre da garantia da igualdade, denominado *pro conditio*.

Também interessa notar que o contraditório está indissolúvelmente relacionado à ampla defesa, não por menos previstos no mesmo preceito constitucional (art.5º, inciso LV). Apesar de consistirem garantias autônomas e de ser possível a incidência isolada da ampla defesa em relação ao contraditório, ele é uma garantia do direito à ampla defesa, no sentido de concretizá-la. (MALAN, 2009, p. 100).

O contraditório, é portanto, uma garantia cuja eficiência é otimizada pela *par conditio*. Já a ampla defesa é uma garantia cuja eficiência é otimizada pelo contraditório.

2.2.1 Contraditório Real e Contraditório Diferido ou Postergado

O contraditório real, ou seja, “para a prova”, demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova (LIMA, 2017, p. 53).

O contraditório diferido ou postergado, ou seja, “sobre a prova”, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado de se defender, de no curso do processo contestar a providência cautelar ou combater a prova pericial feita no curso do inquérito. É o que acontece como, por exemplo, em uma interceptação telefônica judicialmente autorizada no curso das investigações. (LIMA, 2017, p. 53). Nesta hipótese não faz o menor sentido querer intimar previamente o investigado para acompanhar aos atos investigatórios. Enquanto a interceptação estiver em curso não há que se falar em contraditório real.

Porém, uma vez, finda a diligência e juntados o laudo de degravação e resumo das operações realizadas, de acordo com a Lei nº 9.296/96, art. 6º⁶, deles se dará vista a defesa, a fim de que tenha ciência das informações obtidas através do referido procedimento investigatório, preservando-se assim, o contraditório e a ampla defesa.

⁶ Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

2.2.2 Ampla defesa e sua Relação com o contraditório e sua Autonomia

A Constituição Federal de 1988 assegura no mesmo dispositivo (art. 5º, inciso LV), as garantias do contraditório e da ampla defesa, relacionando-se claramente. Por isso, é comum que sejam invocadas em conjunto e, para que o valor de cada um não se perca em simbiose, é importante distingui-las.

A atual estudo da inter-relação entre contraditório e ampla defesa seria incompleto se não fosse delimitado pela doutrina de Grinover (1990, p. 16-17). A autora deixa bem claro que os dois princípios interagem, mas não se confundem: o contraditório encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte); ampla defesa traduz-se na expressão *nemo inauditus dominar potest* (ninguém pode ser julgado sem ser ouvido).

Antes de explorar a relação entre os dois princípios, seria necessário evidenciar as suas peculiaridades. Tendo em vista já se ter abordado o conceito e a natureza jurídica do contraditório, garantia sintetizada no binômio informação e reação, impende-se voltar, neste tópico, a atenção à ampla defesa. (GRINOVER, 2004, p. 18).

No processo penal, a ampla defesa tem posição pré-definida: é um direito exclusivo do acusado, em oposição ao acusador, que é titular da ação penal. A ampla defesa garante, ao acusado, uma tríplice perspectiva: o direito à informação, direito à audiência e direito à prova. Na prática, o exercício da defesa garante que o acusado tenha pleno acesso aos autos da persecução penal, que acompanhe os atos instrutórios, de ser interrogado e que se mantenha em silêncio caso queira e que tenha juízo admitida as provas legalmente produzidas, isso tudo acompanhado de defensor. (SAAD, 2004, p. 215).

A ampla defesa, de acordo com o sujeito que a exerce, abrange a autodefesa e a defesa técnica. Assim, a autodefesa é aquela praticada pelo próprio acusado e a defesa técnica é exercida pelo profissional habilitado.

Válida a remissão ao Pacto São José da Costa Rica, promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, que teve a preocupação de distinguir, na garantia à ampla defesa, a proteção tanto da autodefesa quanto da defesa técnica (art. 8º).

Justamente em função dessa linha de ideias, de que a garantia à defesa técnica transborda os interesses do acusado e atinge status de pressuposto de legitimidade processual. Com efeito, no Brasil a defesa técnica é irrenunciável. Com fulcro no artigo 261 do Código de

Processo Penal, é obrigatória a participação de um defensor técnico em todos os atos do processo.

Com relação à outra vertente da ampla defesa, a autodefesa, implica facultar ao acusado a intervenção pessoal e direta no processo. A autodefesa manifesta-se por meios de atos do acusado em prol de seus interesses, e por isso mesmo lhe garante, também, ser assistido tecnicamente no exercício de sua defesa.

Em que pese esta inegável característica de complementariedade das duas facetas da ampla defesa, é certo que a autodefesa, exclusivamente, é renunciável. Encontra-se no *“âmbito da disponibilidade do réu, isto é, cabe a ele o juízo de oportunidade e conveniência do exercício de tal direito”*. Nesse diapasão, pode o acusado, se preferir, optar pelo silêncio ou abrir mão de participar das audiências. Essa prerrogativa sobretudo a de calar-se, guarda relação, por óbvio, com o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII, CF/88).

A autodefesa se desdobra, no processo penal, em direito de audiência e direito de presença. O primeiro manifesta-se no direito do acusado de influenciar a convicção do juiz mediante o interrogatório. O segundo garante ao acusado manifestar-se a qualquer tempo a respeito de todas as provas produzidas pela acusação e de todas as alegações lançadas. (GRINOVER, 2004, p. 10).

O direito de presença, uma das vertentes da ampla defesa, impõe, para que seja efetivado, a obrigatoriedade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Por sua vez, somente a ciência de todos os atos processuais é possível efetivar o contraditório. (GRINOVER, 2004, p. 17).

O contraditório, conforme já explorado nos tópicos anteriores, desdobra-se em dois momentos: a informação e a possibilidade de reação. E o conhecimento, ínsito ao contraditório, é pressuposto para o exercício da ampla defesa. A se concluir que a defesa se manifesta pelo contraditório e é por ele garantida.

Antes mesmo de a garantia da ampla defesa ter sido objeto da Súmula Vinculante 14, pelo Supremo Tribunal Federal, sua incidência na fase de investigação criminal já era assunto pacífico pela doutrina pátria majoritária, precedida por abordagem inédita de Saad (2004, p. 219).

Para autora a defesa tem lugar a qualquer “tempo e estado da causa” e deve, pois, ser assegurada ao investigado. Por seu turno, a pressupor que não existiria, segundo doutrina majoritária, acusação e muito menos parte e contraparte na fase investigatória, o contraditório

não seria instalado. Assim, concluiu que a defesa pode ser exercida de modo autônomo, limitada ao resguardo do interesses do suspeito. De fato, inegável a possibilidade de o imputado exercer defesa, mesmo em um procedimento desacompanhado de contraditório. (SAAD, 2004, p. 219).

A despeito da autonomia de incidência da ampla defesa e do contraditório e, considerando a íntima relação que guardam as duas garantias, é certo que mesmo na fase preliminar da persecução penal, o já garantido exercício da ampla defesa, apenas seria, de fato, amplo se correlacionado com o contraditório.

2.3 A Incidência do Contraditório como Critério para Distinguir um Sistema Processual Penal.

A incidência do contraditório na persecução penal esteve ligada à distinção entre dois sistemas processuais básicos: inquisitivo e acusatório. A definição desses sistemas e seus critérios variaram em diversos momentos e em diversos locais, mas é possível destacar duas fases históricas, nas quais esteve em voga, respectivamente, uma determinada concepção para distinguir os sistemas processuais. Uma vez definido se o sistema era inquisitório ou acusatório, era possível decretar se existia ou não a incidência do contraditório.

A primeira fase caracteriza-se pelo critério de concentração de funções: no sistema inquisitório, as funções de acusar e julgar reúnem-se apenas no inquisidor, que deve proceder de ofício; já o sistema acusatório, tais funções são atribuídas a órgãos distintos. (GRINOVER, 2013, p. 3-10).

Já na Antiguidade, mais especificamente em Roma, é possível identificar sob esse enfoque esses dois sistemas embrionários. Em primeiro momento, os romanos adotaram nos seus procedimentos criminais o sistema denominado *cognitio*, baseado na *inquisitio*, em que a persecução penal era realizada pelo estado Romano, delegando-se ao magistrado, na condição de representante do Rei, a concentração de amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação.

Na Roma republicana, sem seguida à *cognitio*, surgiu o sistema da *accusatio* considerado acusatório. Na *accusatio*, se fez mercante a distribuição de funções. O procedimento criminal era instaurado por meio da iniciativa de um sujeito acusador, seja o ofendido ou um representante do interesse público da sociedade. Sob a égide do contraditório,

cumpria ao acusador e ao acusado produzirem as provas das suas alegações, submetidas à valoração e decisão do juiz. (PRADO, 2001, p. 75).

É com esteio no pressuposto da cumulação de funções que se identifica na História a época marcada pelo sistema inquisitivo. Como amplamente conhecido, foi longa a vigência do sistema inquisitivo na Idade Média, representado pela obstinada busca do juiz-acusador pela verdade real, chegando a justificar, inclusive, a obtenção de provas mediante tortura e o segredo da fase instrutória em oposição ao próprio acusado. Neste sistema, portanto a cumulação de poderes na mão do juiz propiciou que o acusado fosse relegado a condição de objeto de investigação inerte no processo penal para que não obstaculizasse o surgimento da verdade. (LOPES, 2009, p. 77).

O sistema inquisitório, ao menos na Europa Ocidental começou a enfrentar o seu declínio a partir do século XIX.

Por fim, é em torno da premissa da distribuição de funções que foi identificada a existência de um terceiro sistema, conhecido por sistema misto, com origem na França de Napoleão Bonaparte. Da França, o sistema misto, passou a prevalecer na maioria dos países europeus, como a Espanha, Itália e, por influência, suas colônias. Ao contrário do que algumas doutrinas divulgam, o sistema misto não consiste em uma mistura de características dos sistemas inquisitivo e acusatório, mas em uma divisão de persecução penal em duas fases, nas quais vigoram inicialmente o primeiro sistema e, sem sequência, o segundo. No sistema misto a formatação dessas duas fases varia, mas importa que existam, cada qual com as principais características de cada sistema. (FERNANDES, 2005, p. 10).

Com relação ao que aqui interessa, destaca-se que com o desenvolvimento da democracia, em especial a partir da segunda metade do século XX, a concepção da separação ou concentração de funções deixou de ser suficiente para a distinção dos sistemas inquisitório e acusatório. A insuficiência desse critério em muito se deveu ao reconhecimento do acusado como sujeito de direitos e garantias processuais, o que, como visto, só encontra guarida no sistema acusatório. Assim, nesse sistema garantista, haveria incidência dos princípios do contraditório e da imparcialidade. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 32).

A luz desses princípios, torna-se imprescindível que, no bojo do sistema acusatório, o juiz não somente se afaste da função de acusar, como também se mantenha inerte em relação à produção de provas e assegure ao acusado, sujeito de direito, o direito de produzir provas aptas a demonstrar sua própria versão. Em sua antítese, o sistema no qual é facultado ao juiz a

iniciativa probatória, deve ser considerado inquisitório. A discussão passa a girar em torno da gestão da prova. (LOPES JR, 2013. p. 32).

Surge, portanto, uma nova fase no que tange aos critérios para distinguir os sistemas processuais. Nas palavras de Lopes Junior. (2013, p. 32) “na medida em que o núcleo fundante do processo é a gestão da prova, tudo gira em torno da prova, enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz”.

Nessa linha de ideia, Prado, (2011, p. 104), sustenta que a análise puramente objetiva do ato de gestão da prova e do ato de acusação nada dizem se não olharmos quem (que sujeitos históricos) realiza estes atos. O foco portanto, recai sobre o sujeito a quem incumbe a gestão de prova de modo que tal questão é erigida à “espinha dorsal do processo penal”, norteando a distinção dos dois antagônicos sistemas processuais: acusatório e inquisitório. Neste último, o juiz é livre para atuar na atividade probatória. No primeiro, a gestão das provas é atividade exclusiva das partes, atuando o juiz tão somente como destinatário das provas e julgador do caso.

Não obstante, não tardou para que a concepção da gestão da prova também fosse colocada à prova. Para a maioria dos sistemas processuais hodiernos já está clara a importância da separação de funções entre acusar, defender e julgar. Diante disso, as partes tem reconhecido o seu direito a produção de prova. Não podendo esquecer que o juiz, em alguns sistemas passou a determinar de ofício a produção antecipada de provas e sem que isso fosse visto como um retrocesso ao sistema inquisitório. (BADARÓ, 2013, p. 51).

Nesse passo, a iniciativa probatória do juiz não implica na automática transmutação do sistema acusatório em inquisitivo, desde que alguns requisitos sejam respeitados. (ANDRADE, 2010, p. 141).

O juiz jamais pode revestir-se da função de inquisidor ou de acusador resguardando-se a função de um isento julgador. Para que não atue como um investigador a culpa do réu, o juiz deve respeitar o princípio da presunção de inocência. Isso implica na seguinte regra: a iniciativa probatória do juiz deve ocorrer de modo excepcional e jamais na fase preliminar da persecução penal. (PRADO, 2011, p. 111).

Na prática, a excepcionalidade da atuação probatória de ofício do juiz deve perseguir o seguinte norte: se o juiz tiver algumas dúvidas a respeito de fatos alegados pelo acusado em sua defesa, pode determinar a produção de prova para que entenda capacitado a analisá-la; no

entanto, se o magistrado tiver dúvida acerca da versão acusatória, ou seja, da prática do crime pelo acusado, deve absolvê-lo.

Assim, é possível concluir que o respeito a garantias constitucionais, tal como a presunção de inocência que distingue os sistemas acusatório e inquisitório, e não o contrário (no sentido de utilização de outra concepção, como a de gestão de prova, para distinguir dos sistemas, e então avaliar a incidência de garantias constitucionais). Partindo do mesmo raciocínio, para Lopes Junior, 2013, (p. 33). Há uma terceira fase na “concepção de critérios” para a identificação do sistema processual, no qual mais importante que a distinção entre acusatório versus inquisitório é a distinção entre um sistema processual penal democrático versus sistema processual penal antidemocrático.

Em concordância, acrescenta-se apenas que seria leviano dispensar toda discussão teórica que prestou suporte a evolução das fases ora perpassadas. Dessa lição, devemos extrair a distinção entre o sistema processual no qual o acusado é tratado como objeto (inquisitório) daquele em que é tratado como um sujeito de direitos (acusatório). A partir dessa premissa, sem desprezar a importância histórica das primeiras suas fases, o silogismo é perfeito.

No sistema processual no qual o acusado é sujeito de direitos, apenas há espaço para um processo penal democrático, no qual impõe-se a máxima eficácia das garantias constitucionais, dentre elas, sobretudo, a incidência do contraditório, o qual assegura o tratamento igualitário entre as partes e afasta o juiz do ativismo judicial para garantir sua imparcialidade. (LOPES JUNIOR, 2013, p.33).

O autor supra citado ao defender a concepção de um sistema processual penal democrático, conferiu destaque, dentre as demais garantias constitucionais, ao “amor ao contraditório”, no sentido de critério de distinção daquele sistema em face dos demais. Para o autor o sistema onde se encontram, em lados opostos, sujeitos processuais (partes interessadas) com instrumentos próprios para participar e intervir no convencimento do juiz, na forma de um embate dialético, só poderá ser democrático e contar com a incidências de outras garantias (e não mais acusatório ou inquisitivo, ou mesmo misto).

Não mais pode passar despercebido que a incidência do contraditório, aqueles que debruçam sobre o sistema acusatório, já vinha sendo apontada como uma de suas características mais importantes. Disso, o postulado de que o sistema acusatório é essencialmente, um processo de partes postas em confronto. (BADARÓ, 2013, p. 49).

No entanto, por toda evolução de concepções narradas, deduz-se que mais importante do que distinguir o sistema acusatório, do inquisitório e até mesmo do misto para daí se inferir que o contraditório incidirá naquele sistema classificado como acusatório, é identificar, de pronto, se o sistema processual é regido pelo contraditório. Assim, este será um sistema democrático, em oposição daquele sistema antidemocrático e resistente ao contraditório.

2.3.1 Classificação dos Sistemas Processuais Brasileiros

A definição dos sistema processual encontrado no Brasil é na verdade, uma “indefinição”. Muito é dito que a Constituição Federal de 1998 impôs ao Direito Processual Penal pátrio a adoção do sistema acusatório, mas há pouco consenso a respeito das características desse sistema no Brasil.

O sistema Inquisitivo foi adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial, posteriormente se propagou por toda a Europa, tendo como características principais as funções de acusar, defender e julgar, concentradas em uma única pessoa, que assume as vestes de um juiz acusador, chamado de “Juiz inquisidor”. Não havendo contraditório, ausência de imparcialidade do juiz, tendo este liberdade para determinar de ofício a colheita de provas no curso das investigações e no Processo Penal. Ainda neste sistema o acusado é tratado como mero objeto, não sendo sujeito de direitos.

Nas palavras de Lima, (2017, p. 39):

“Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há que se falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo e, não sujeito de direitos.”

Com relação ao sistema acusatório, atualmente adotado pelo Código de Processo Penal, o autor diz que neste sistema há uma separação das funções de acusar, defender e julgar, caracterizando o processo como legítimo *actum trium personarum*, prevalecendo as características da oralidade e publicidade, aplicando-se o princípio da presunção de inocência.

Brasileiro de lima (2017, p. 40), sustenta que:

“Pelo sistema acusatório de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e conquanto não retire do juízo poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público”.

Por fim, quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, o sistema que vigorava era o misto, sendo a fusão dos dois sistemas anteriores, ou seja, em sua primeira fase inquisitivo, não prevendo o contraditório e em sua segunda fase acusatório, separando as funções de acusar, defender e julgar. Com o advento da Constituição Federal de 1988, prevendo a separação das funções de acusar, defender e julgar e assegurando o contraditório e ampla defesa, o sistema passou a ser o acusatório. (LIMA, 2017, p. 41).

Importante frisar que os que adotam a concepção da separação de funções de acusar e julgar defendem ser o sistema brasileiro acusatório, haja vista ser certo que, pelo ordenamento pátrio, é o Ministério Público, nos casos de ações penais públicas, e a vítima nos casos de ações penais privadas, os titulares da acusação, cabendo ao juiz a função de julgar. (GRECO FILHO, 2012, p. 58).

Aos que adotam a concepção da gestão da prova, acredita-se que a identificação do sistema brasileiro com o acusatório depende de uma interpretação corrigida do artigo 156 do Código de Processo Penal.

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem fizer, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II- determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”

Esse dispositivo legal faculta ao juiz ordenar de ofício na primeira fase da persecução penal, a produção antecipada de provas urgentes ou cautelares, ou determinar de ofício, no curso da instrução, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre o ponto relevante.

Nesse sentido Dezem (2008, p. 103), “cremos que o artigo 156 deva ser lido a partir da ideia de sistema acusatório e do princípio da presunção de inocência”. Nesse passo, advoga-se que a iniciativa instrutória do juiz não pode se transformar em iniciativa inquisidora, sob pena de revelar nuances de um sistema inquisitivo. Para tanto, a atuação do juiz deve-se restringir a situações excepcionais, a partir da existência de dúvida razoável de ponto relevante, para esclarecimentos ou integração da prova produzida pela defensiva, e nunca de forma supletiva ou subsidiária da atuação do órgão acusatório. Essa seria a interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal, conforme a Constituição da República.

Em que pese os esforços de certa parte da doutrina de atribuir ao sistema pátrio a roupagem de acusatório com fulcro na Constituição Federal, há ainda aqueles que ressalvam o fato de que, na prática, não existe esse sistema puro no País. (COUTINHO, 2001, p. 11-13). É o entendimento de Coutinho (2001, p. 11-13), é um dos primeiros críticos a destacar que o sistema acusatório imposto pela nossa Constituição não é alinhado com o Código de Processo Penal de 1941, este marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da persecução penal.

De fato, não há como negar razão a quem defenda que a fase preliminar da persecução penal seja marcada pelo sistema inquisitório. A investigação preliminar é regida pelo sigilo, é escrita, pode ser iniciada por requisição do juiz e muito se discute a respeito da incidência do contraditório. Por isso a afirmação de que o sistema acusatório no Brasil tem “laivos de inquisitivo” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 118).

Muito em razão dos vestígios inquisitivos da investigação preliminar, encontra-se uma terceira corrente doutrinária capitaneada por aqueles que defendem que o sistema encontrado no Brasil é misto, sendo que a primeira fase da persecução penal marcadamente inquisitória e, a segunda acusatória. (NUCCI, 2007, p. 104-105).

Ainda que com tantas dissidências, há uma luz no fim do túnel, desde que se rompa com antigos paradigmas. É quase impossível ser taxativo quanto ao sistema processual adotado no Brasil e o “querer ser” da Constituição Federal está longe do “ser” do ainda vigente Código de Processo Penal. No entanto, como visto anteriormente não importa mais que a definição de um processo penal democrático, no bojo do qual refletem todas as garantias e direitos fundamentais. E este sistema é identificado pela incidência do contraditório, afinal, como visto é garantia que assegura o tratamento igualitário entre as partes e afasta o juiz do ativismo judicial para garantir sua imparcialidade. Nessa ordem de ideias, é irrelevante ser taxativo a

respeito do sistema processual encontrado no Brasil, uma vez que a nossa Constituição assegura o contraditório.

2.4 Requisito de Incidência do Contraditório

Requisito é a condição exigida para a validade de um ato, é aquilo que é exigido para a obtenção de um determinado fim. Isso em vista, para se aferir qual requisito para a incidência do contraditório, importa inicialmente depreender a sua finalidade, ou seja, o que se pretende cumprir com a incidência dessa garantia

Por muito tempo a doutrina ateve-se a convicção de que a busca da verdade real pelo juiz seria um escopo ao qual ele deve se ater para se comprometer com uma decisão justa e legítima. No entanto, a verdade real ou material, é uma utopia no processo penal, porquanto inalcançável. (BADARÓ, 2013, p.25).

O contraditório serve ao correto exercício da função jurisdicional e guarda a finalidade de legitimar a decisão judicial. Nesse sentido, sua incidência na apuração de elementos fáticos será necessária (requisito) sempre que tais elementos servirem de base para decisões judiciais.

2.4.1 A Busca da Verdade Processual como Garantia de Justiça

O contraditório se justifica como metodologia para que o juiz apure os fatos objeto da imputação penal e, com isso, profira uma decisão justa. (GOMES FILHO, 2011, p.39).

A noção instintiva que surge é que uma decisão justa é aquela fundada em premissas verdadeiras. Afinal, apurar os fatos seria equivalente a conhecer a verdade dos fatos. Não obstante, a ideia de verdade não encontra consenso na doutrina. (BADARÓ, 2013, p.20).

A ideia de uma verdade real ou absoluta é, nos tempos atuais majoritariamente rechaçada. Não sem motivo. Historicamente a “verdade” no contexto do processo penal já foi inúmeras vezes utilizadas para justificar a condenação do acusado a qualquer custo. A “buscar patológica da verdade” marcou o sistema inquisitório da Idade Média. A verdade, tida como fim, justificava qualquer meio, inclusive a tortura, para que fosse arrancada do acusado. (KHALED JR. 2013, p. 49).

Não é que a era moderna tivesse iluminado essa obstinação pela verdade real. No último século e ainda no atual, mesmo com o reconhecimento do acusado como um sujeito de direitos, e ainda que postulado a presunção de inocência, a ideia de que o processo penal é norteado pela busca da verdade real, pura, absoluta justificou o afastamento de direitos e garantias, de modo “excepcional”, desde que “necessário” para a comprovação de sua culpa. De modo que a busca da verdade pelo juiz *“legítima um poder que não conhece freios e que acaba quase que invariavelmente sendo utilizado de forma arbitrária”* (KHALED JUNIOR, 2013, p. 172).

A título de exemplo cabe mencionar o Código de Processo Penal, forjado estruturalmente com base na concepção de que o acusado é presumido culpado e deve ser tratado como um inimigo a ser perseguido e punido. (MORAES, 2010, p. 159).

É possível notar que julgados dos tribunais superiores ainda insistem em sopesar direitos e garantias individuais e o valor da apuração da verdade real, a afastar e sacrificar aqueles, em determinados casos concretos, em favor deste. Nessa esteira, há decisões que justificam a aplicação da prisão preventiva, com restrição do direito constitucional à liberdade de ir e vir, para fins de apuração da verdade real, ou defendem a iniciativa instrutória do magistrado, em detrimento do princípio acusatório, por lhe conferir a instrumentação útil em busca de uma verdade real, ou, até mesmo, elencam a busca da verdade real como finalidade primordial do processo, a nortear a fixação da competência territorial.⁷

Quem dera fosse possível (e garantido) que o juiz pudesse, no processo, retratar com absoluta exatidão os fatos objeto de sua decisão, alcançando a verdade real. E assim, quem sabe, a busca da verdade real justificasse eventual necessidade de afastamento de direitos individuais, sempre dosada, e espaço para o exercício arbitrário do poder punitivo do juiz.

Para Ferrajoli (2006, p. 26). “Se uma justiça Penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade”. Sem abrir mão da busca da verdade no processo penal, muitos autores passaram a defender a substituição da verdade real pela verdade processual, entendendo-se por esta como

⁷ HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO À REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR EXCESSO DE PRAZO – INFORMAÇÕES SOBRE SUPERVENIENTE PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PERDA DE OBJETO. As informações dando conta da prolação da sentença de pronúncia pelo Juízo de Primeira Instância faz prejudicado o pedido de ordem de habeas corpus, a teor do que dispõe o artigo 659 do Código de Processo Penal. ORDEM PREJUDICADA. (TJ-SP - HC: 00012501520168260000 SP 0001250-15.2016.8.26.0000, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 17/03/2016, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/03/2016)

verdade relativa, passível de ser alcançada no processo, sem desrespeito aos direitos e garantias constitucionais, mas apta a conferir ao juízo do julgador. (DINAMARCO, 2013, p. 236).

A busca da verdade processual pelo juiz é apresentada como meio de obter a reconstrução dos fatos de forma mais aproximada possível, possibilitando-lhe alcançar o maior grau de certeza possível e, somente assim, garantindo às partes uma decisão justa. A certeza do juiz é equiparada à verdade do processo. Assim, o seu comprometimento com a verdade processual configurar-se-ia o fator de legitimação da decisão judicial. (BADARÓ, 2013, p. 31).

O processo Penal se reveste da finalidade de reconstrução dos fatos típicos supostamente ocorridos, a proporcionar ao juiz um grau de certeza que lhe permite proferir uma sentença justa. O que não concordamos é a atribuição à verdade, ainda que processual, como o melhor método epistemológico pra reconstrução dos fatos e atingimentos dessa certeza e, disso, como pressuposto de justiça de sua decisão. Há que se reconhecer que a busca de uma verdade pelo magistrado, a justificar o juízo de certeza seria sempre subjetiva, dificultando a apreensão de uma metodologia e abrindo guarda para abusos e arbitrariedades. (KHALED JUNIOR, 2013, p. 374-375).

Não se pode esquecer que no Processo Penal, há várias decisões incumbidas ao juiz que prescindem de grau de certeza, tais como o recebimento da denúncia ou apreciação de medidas cautelares pessoais ou reais. E, nem por isso significa que o juiz não deveria “buscar a verdade”, ou que sua decisão “incerta”, não seria justa. Ou seja a busca da verdade processual não deve ser relacionada à certeza, ainda que aproximada, e certeza não deve ser comparada à justiça. (KHALED JUNIOR, 2013, p. 398).

Não se pode descartar o seu significado axiológico e sua importância, sendo que são importantes os valores éticos e morais do juiz, assim é seu comprometimento para com a busca da verdade.

2.4.2 O Contraditório e sua Finalidade

Acusador e acusado submetem-se a um processo ao final do qual serão destinatários de um provimento final pelo juiz e, portanto, são dessa decisão os seus principais interessados. A estrutura dialética do contraditório permite e fomenta a participação dos seus sujeitos processuais, de forma equilibrada, dos atos que irão preparar o provimento final. Por isso, temos que contraditório é, basicamente garantia de que o Estado-juiz apenas formará seu

convencimento após assegurar às partes oportunidade de influenciar sua decisão. (GOMES FILHO, 2011, p. 40).

Para melhor compreensão da participação que deve ser garantida aos sujeitos processuais, se faz necessário retomar as lições de Fazzalari (2006, p. 27-28), que enxerga no processo uma sequência de atividades, ou de posições subjetivas de faculdades, poderes e deveres que se alternam entre as partes, de modo que haverá posição de poder de um sujeito processual quando um dever tiver exercido por outro sujeito e, por sua vez, o exercício daquele poder constitui o pressuposto para o surgimento de uma nova posição, de faculdade, poder ou dever. Por seu turno Gomes Filho (2011, p. 41), depreende que são essas atividades exercidas pelas partes, direcionadas por cada uma à obtenção de um resultado que lhe seja favorável, que se relacionam com a prova, uma vez que é por meio delas que os sujeitos processuais demonstrarão ao juiz os fatos que fundamentam suas respectivas pretensões.

É em sua notória noção de demonstração que a prova se relaciona com o contraditório. Encontra-se, no milenar pensamento de Aristóteles, a concepção de que a prova é uma espécie de demonstração e, em que pesem as várias outras acepções e conceitos que o mesmo termo “prova” possui, mesmo no restrito âmbito processual, a do filósofo pode muito bem se emoldurar aos fins de estudo aqui proposto. Pelo menos é o que será adotado neste trabalho. Por tratar-se, portanto, dos elementos de informação idôneos que interessem a decisão judicial ou nessa esteira, dos “*elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza*” do magistrado sobre a ocorrência dos fatos discutidos no processo, afim de proferir uma sentença. É muito importante que fique claro que a certeza procurada pelo juiz para decidir sobre a pretensão acusatória, não é ontologicamente absoluta, posto que inatingível. (GOMES FILHO, 2011, p.306).

Ao passo que a prova trata da demonstração dos fatos ao juiz, e o contraditório garante às partes essa demonstração, extrai-se que o direito a prova decorre do próprio contraditório, consubstanciado no direito de contradizer provando. O direito à prova não só implica no dever do juiz de admitir a iniciativa probatória das partes, mas de garantir que essa produção seja realizada de forma dialética.

Dezem (2008, p. 90), com respaldo nas doutrinas italianas e espanholas, encampa a ideia de que o contraditório é as duas almas do direito à prova: em seu aspecto objetivo, impõe à prova a submissão à confrontação dialética; em seu aspecto subjetivo, garante ao acusado o direito de confrontar testemunhas ou quaisquer que deponham no processo em seu desfavor.

Isto posto, tem-se que o contraditório se apresenta como uma condição de validade das provas, ao passo que o juiz apenas poderá formar seu convencimento em cima daquelas colhidas com a efetiva presença e participação dos interessados. A prova, no curso da ação penal, que não for formulada em contraditório, sem a presença das partes e sem a presença do juiz, é inválida. Essa condição de validade é uma das principais características das provas, a distinguí-la de elementos de informação colhidos na fase preliminar de persecução penal. Por ora, importa destacar que a prova é qualificada pelo contraditório, para que possa influir no juízo de convicção de uma decisão final do juiz. (GRINOVER, 2004, p. 218-220).

Com propriedade Gomes filho defende que o contraditório possui “*valor heurístico, constituindo a mais adequada metodologia para a completa apuração dos fatos*” levados a Juízo. Ninguém melhor que os próprios sujeitos processuais para retratar ao juiz os fatos objeto da pretensão ou mesmo confrontar as provas trazidas por seu adversário. A partir dessa participação dialética, os horizontes da cognição judicial são ampliados e o juiz passa a ter uma visão mais completa (e mais crítica) da realidade. Como resultado, diminui-se a possibilidade de erro judiciário. De modo que, mais que condição de validade das provas e até mesmo com consequência, a estrutura dialética reflete sobre a qualidade da decisão judicial. Por essa razão que se defende que o contraditório, e não a busca da verdade real, é o melhor método em busca de uma decisão judicial justa (GOMES FILHO, 2011, p.41).

Interessante notar que a legítima decisão judicial instruída pelo contraditório terá maior aceitação social. Ao ter submetido ao Estado o poder (e dever) de decidir acerca de sua liberdade, a sociedade aceita com maior resignação uma decisão judicial quando sabe que, caso frequente o banco dos réus, terá chances reais de influenciar seu convencimento.

Para Choukr (2001, p.131), a garantia do contraditório não é um fim em si mesmo e somente tem sentido enquanto sirva para influenciar o espírito de quem decide, por meio da produção de atos instrutórios, argumentos ou contestação de argumentos. Em suas palavras “caso contraditório, de nada adiantaria a sua existência”. Assim, a incidência do contraditório adquire uma *ratio* metodologia quando destinada à persecução de um terceiro imparcial, no caso, o juiz, de modo que este apenas poderá formar seu convencimento com fulcro em elementos de informação produzidos no bojo da estrutura dialética. Portanto, o contraditório é um direito subjetivo do acusado que pode ser invocado em face do Estado, mas pode-se dizer que sua finalidade é garantir a correta jurisdição estatal, enquanto método de legitimação da decisão judicial.

Se o contraditório serve ao juiz e ao correto exercício da função estatal, é possível concluir que deve ser aplicado todas as vezes em que o poder jurisdicional é exercido. Partindo da concepção de que requisito do contraditório é a condição necessária para a sua incidência, pode-se dizer, portanto, que seu requisito reside na necessidade de o juiz proferir uma decisão legítima. Assim, ao ser instado a decidir, o juiz deve assegurar que o faça com amparo em elementos de informações colhidos em contraditório.

A considerar que o contraditório legitima a decisão judicial (finalidade), deve incidir na produção de elementos fáticos sempre que (requisito) houver a necessidade do exercício da função jurisdicional.

2.5 Leis Restritivas e Dignidade da Pessoa Humana

Muito se tem recusa limitações implícitas aos direitos, sendo assim, sua previsão deve constar expressamente na Constituição Federal.

A restrição pode ocorrer de forma expressa como, por exemplo, o artigo 5º, inciso XVI, que prevê que todos podem se reunir “pacificamente e sem armas”, ou mediante possibilidade de limitação por lei, (BORNHOLDT, 2005, p. 94).

As autorizações para a edição de leis restritivas têm como objetivo restrições amplas ou limitadas. Como ensina Mendes (1998, p. 34) “na esteira de um formado consenso doutrinário e jurisprudencial do direito alemão, haverá reservas legais simples ou qualificadas”.

Aquelas serão amplas, dispondo o legislador de maior liberdade de conformação. Ocorrerão quando o constituinte reclame a simples intervenção legal, sem maiores exigências. Exemplo dessa hipótese se encontra no artigo 5º, inciso XIII, que ao garantir a liberdade de profissão, sujeita-se às exigências previstas na lei. Já as reservas qualificadas, além e preverem a restrição por meio de lei, estabelecem ainda fins a serem perseguidos e/ou os meios a serem utilizados. Assim, se passa, por exemplo, com a possibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII da CF), autorizada unicamente quando determinada pelo Poder Judiciário, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (BORNHOLDT, 2005, p. 95).

Isso não significa que nas reservas da lei simples, esteja o legislador livre para impor quaisquer restrições, ao contrário, embora escolha fins e meios, as restrições eventualmente

impostas estarão sujeitas à observância, dentre outros, do princípio da proporcionalidade. Já na reserva de lei qualificada, o legislador deverá ter em conta os fins e/ou os meios e a matéria previamente definida pelo constituinte.

CAPÍTULO 3 - INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NA PERSECUÇÃO PENAL PRELIMINAR

Há muitos autores que defendam que a investigação criminal é inquisitiva (SAAD, 2004, p.154) e não há como negar alguns fatos que são carreados para subsidiar tal afirmação. Afinal a investigação preliminar é regida pelo sigilo, é escrita e pode ser iniciada por requisição do juiz. Demais disso, observa-se que na prática, o investigado acaba sendo tratado como objeto da investigação, passivo aos atos da autoridade encarregada pela investigação. Mas a prática não pode balizar a interpretação da nossa Constituição, e sim o contrário, e a Carta Magna promulgada em 1988 consagrou a condição do investigado como sujeito de direitos. (RANGEL, 2012, p. 53).

Há ainda autores que reconhecem o investigado como sujeito de direitos, destinatário de garantias constitucionais fundamentais, mas excepcionam o exercício do contraditório. Segundo aduz, essa garantia, prevista no inciso LV, art. 5º da Constituição Federal, é destinada aos litigantes em processo judicial administrativo e aos acusados em geral. Todavia, acredita-se que o acusado na fase preliminar da persecução penal, (a qual tampouco se trataria de processo, mas de procedimento). Interessante notar que o mencionado preceito constitucional é o mesmo que prevê a incidência da ampla defesa. Porém, quanto a extensão desta garantia ao investigado, não encontramos voz divergente. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 63).

No entanto, há de se discordar da tese de que o contraditório não incide na fase preliminar da persecução sob as justificativas supra citadas. Conforme o explorado acima, o que define a incidência ou não do contraditório no direito processual penal é a identificação de seu pressuposto (imputação penal e seu requisito (necessidade de exercício da função jurisdicional).

3.1 Investigação Criminal Preliminar

A incidência do contraditório pressupõe um conflito de interesse. No processo penal, foi visto que esse conflito existe entre o autor da acusação (Ministério Público ou vítima) e o réu. O primeiro tem interesse em ver o réu sujeito a uma ação penal, para que seja apurado o

crime que acredita ter sido por ele cometido (ainda que ao final da instrução, vá de encontro à pretensão inicial) O segundo, réu, mesmo não resistindo à imputação, tem interesse no seu “*ius libertatis*”.

Na peça vestibular na qual propõe o início da ação penal, o seu autor aponta a um sujeito determinado a pratica de um crime e pede ao juiz a sua condenação às penas cominadas pelo legislador. Essa é a manifestação de seu interesse contrário ao réu. No entanto, atenta análise dessa premissa revela o fato de que a atribuição a alguém da prática de determinada infração penal pode ocorrer antes mesmo do oferecimento de uma denúncia ou queixa, na fase preliminar das persecução penal, obviamente desacompanhada de um pedido punitivo. (FERNANDES, 2005, p. 100).

O autor supracitado esclarece que essa atribuição não é um ato específico mas trata-se de um juízo de valor que é externado por meio de um ato qualquer, ao qual denomina imputação penal. Imputar pressupõe um juízo pelo qual se vincula alguém à prática delituosa, como seu provável autor.

Nessa ordem de ideias, concebida como juízo pela qual se atribui a alguém a pratica de fato penalmente relevante, não vinculada a um ato específico ou taxativo, a imputação “*existe desde a fase de investigação, não ficando circunscrita ao momento em quem é formulada a acusação e se instaura o processo*” (FERNANDES, 2005, p. 102).

A imputação pode muito bem ocorrer na fase prévia da persecução penal, no momento em que se entrevê o indivíduo como provável autor do delito porque, contra ele, reuniram-se indícios suficientes de culpabilidade, ou em outras palavras elementos de informação que indicam a autoria do crime objeto de investigação.

Assim, antes mesmo de oferecer a denúncia, é possível que o órgão estatal identifique um determinado sujeito como praticante de um crime, externando a imputação penal, ainda que o juízo de atribuição não seja preciso ou robusto (a ponto de justificar a proposta de uma ação penal). Por seu lado, o imputado, aquele em face de quem recai essa atribuição terá de forma imediata ou mediata, um interesse contrário: a preservação do seu *ius libertatis*. Nesse momento, independentemente do ato pelo qual esse juízo é externado e de quem o pratique, instaura-se um conflito de interesses entre o órgão estatal que veicula essa imputação e o imputado. (FERNANDES, 2005, p. 103).

É crucial que fique clara a diferença entre a imputação penal e a acusação penal. A primeira não vinculada a um ato específico ou taxativo, mas implica um “*juízo de atribuição a*

alguém da prática de determinada infração penal”. (FERNANDES, 2005, p. 101). Nesse momento, independentemente do ato pelo qual esse juízo é externado e de quem o pratique, instaura-se um conflito de interesses entre o órgão estatal que veicula essa imputação e o imputado.

É crucial que fique clara a diferença entre a imputação penal e a acusação penal. A primeira não é vinculada a um ato específico ou taxativo, mas implica um juízo de atribuição a alguém da prática de determinada infração penal, ainda que se trate de um juízo ainda não definitivo. Trata-se de uma imputação em sentido amplo e pode ocorrer já na fase investigatória. Por seu turno, a acusação formal marca necessariamente a passagem da primeira para a segunda fase da persecução penal, dando início à ação penal. Este ato também implica em uma imputação, em sentido estrito, que, por seu turno, deve ser mais “precisa, determinada, lastreada em elementos fortes de convicção razoável, suspeita em torno da pessoa imputada”. (FERNANDES, 2005, p. 103).

Isso porque a acusação contém não somente a imputação, como também um pedido de condenação do acusado e de aplicação de pena. Assim, a formulação material da acusação é vinculada a um ato específico, tal como incumbe a um órgão específico: a denúncia, formulada exclusivamente pelo Ministério Público, ou queixa, pelo ofendido ou seu representante legal.

Em sentido amplo ou estrito, a imputação penal instala um conflito de interesses entre quem imputa e o imputado. Em teoria, portanto, é perfeitamente possível a incidência do pressuposto do exercício contraditório na fase preliminar da persecução penal.

3.1.1 Indiciamento

Na obra *Reação Defensiva à imputação* que fundamenta a presente pesquisa acerca da imputação penal, o autor sustenta que esta não é atrelada a um ato específico. No entanto, a ideia mais comum que se tem no direito brasileiro a respeito do ato pelo qual é atribuída a alguém a prática de um crime, na fase de investigação, é a do indiciamento. (FERNANDES, 2005, p. 101)

Interessante notar que o termo indiciado é mencionado várias vezes no Código de Processo Penal, com destaque ao inciso V, do artigo 6º, do qual infere-se a semelhança de status entre o indiciado e o réu, quando disciplina o seu depoimento perante a autoridade policial de forma análoga ao depoimento no interrogatório judicial.

A doutrina, por seu turno, não satisfeita com as interferências, já há muito conceitua o indiciamento como o ato pelo qual a autoridade policial aponta a alguém a prática de um crime, o que neste presente trabalho se entende por imputação penal.

Nesse sentido é ensinamento de Pitombo (1998, p. 9-19), *“o indiciamento há de ostentar-se como ato do procedimento, que resulta do encontro de um feixe de indícios convergentes que apontam o suposto autor do crime”*. Diante desse conceito explica o autor que *“o suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não deve ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito”*.

No ano de 2013 sobreveio a Lei de nº 12.830, com a proposta de discorrer sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia e, nesse diapasão, conferiu ai indiciamento uma pretensa regulamentação legal. Nos termos ao artigo 2º, §6º, *“o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indiciar a autoria, materialidade e suas circunstancias”*.

Sabe-se pela lei que a autoridade policial deve indicar o suspeito contra quem tenham colhido elementos de informação que apontem a autoria pela prática de um crime. A condição de indiciado poderá ser atribuída, já no auto de prisão em flagrante ou até no relatório final feito pelo delegado de polícia. Logo, uma vez recebida a peça acusatória, não será mais possível o indiciamento, já que se trata de ato próprio da fase investigatória. Os Tribunais Superiores tem considerado que o indiciamento formal após o recebimento da denúncia é causa de ilegal e desnecessário constrangimento à liberdade de locomoção, visto que não se justifica mais tal procedimento, próprio da fase inquisitorial. (LIMA, 2016, p. 151). Diante desse cenário, há quem defenda que o indiciamento não guarda função endoprocedimental, a despeito da sua inegável repercussão social. Quanto a este último aspecto, de fato, é inegável o importante papel do indiciamento nas mídias sociais, que pode fazer com que a maioria dos cidadãos, ao ver uma matéria jornalística a esse respeito de um sujeito indiciado pela polícia, confunda-o com condenado em trânsito em julgado. (CHOUKR, 2001, p.166).

Há ainda aqueles que advogam por um importante efeito endoprocedimental e prático decorrente do indiciamento. Trata-se da tese de que este ato, privativo da autoridade policial, deve ser visto como um marco a partir do qual uma série de deveres e direitos, notadamente o direito de defesa, pode e deve ser exercida, dado que o juízo que o encerra é de ser o sujeito provável autor do crime. (SAAD, 2004, p. 261).

A partir do indiciamento, além de todos os direitos constitucionais, deveriam ser assegurados ao indiciado e seu advogado a participação e o acompanhamento de diligências tais como; a oitiva de testemunhas, acareação, realização de perícias não urgentes, que permitem aos suspeitos apresentar quesitos. (FERNANDES, 2005, p. 330).

Diante de todas as observações, no presente trabalho se defende que o indiciamento é o marco de um efeito endoprocudimental de extrema importância. Enquanto ao de imputação penal, estabelece um conflito de interesses entre oponentes na investigação penal: de um lado, o interesse do persecutor dirigido a determinada pessoa, externado pela imputação penal, que nada mais é que a externalização de um juízo de valor, do outro, o interesse do imputado em preservar seu *ius libertatis*.

3.1.2 Outros Atos de Imputação Penal Existentes

Por força da lei 12.830/2013, o indiciamento foi definido como ato de atribuição exclusiva da autoridade policial em face de determinada pessoa contra quem são apurados elementos de informação que apontam o *fumus commissi delicti*. O citado diploma legal, na mesma esteira do Código de Processo Penal, não regulamenta o ato em si, notadamente não discorre sobre os efeitos que ele impulsiona. Por outro lado, no presente estudo se aponta a doutrina que defende que é a partir do indiciamento que o investigado passa a ter garantido o exercício de direitos constitucionais como o da ampla defesa.

A importância do instituto do indiciamento exsurge com clareza. Exatamente por isso, nota-se a gravidade se não ser devidamente regulamentado no ordenamento pátrio. Afinal, se este é o marco para incidência de direitos individuais fundamentais, ficaria o suspeito, a respeito de quem já foram colhidos elementos de informação quanto a autoria e a materialidade de um crime, ao alvitre da formalização do indiciamento pela autoridade policial para usufruir de seus direitos? Pior que isso, uma vez que o indiciamento é ato exclusivo do delegado de polícia, o investigado sujeito a outras formas de investigação criminal que não o inquérito policial ficaria impedido de exercer seus direitos constitucionais? Certamente que não. (FERNANDES, 2005, p. 328-330).

Importa repisar que o indiciamento é um ato que externaliza o juízo de imputação penal. Esta, por seu turno, não é vinculada a um ato determinado. De modo que é possível que o autor da investigação criminal, delegado de polícia, promotor de justiça ou quem for por esta

encarregado, externe seu juízo a respeito de determinada pessoa e do *fumus commissi delicti*, passando a tratá-la como imputada, a qual passará a sofrer os efeitos da atribuição do fato à sua pessoa. Há muito a depender, portanto, da forma de tratamento do investigado. (SAAD, 2004, p. 261)

Com isso, temos que o indiciamento é apenas um dos atos pelos quais o investigado pode se tornar imputado. Por certo, há outros atos pelos quais a autoridade responsável pela persecução criminal preliminar credita a determinado sujeito a prática de um fato penal, e há leis processuais penais que cuidam disso. Todos os institutos do direito processual penal que exigem, por pressuposto, a demonstração de elementos mínimos de informação que apontem a autoria do sujeito pela prática de um determinado crime, o *fumus commissi delicti*, implicam, pois, um juízo de imputação. E não invariavelmente podem incidir na fase preliminar da persecução penal. São exemplos as medidas cautelares reais, medidas cautelares pessoais e a prisão temporária, além dos meios de investigação, tais como a interceptação telefônica.

Todos os institutos supracitados implicam a restrição de direitos em face de quem são aplicados. Assim, antes mesmo que se analise se são necessários e adequados, deve ser perquirido se o sujeito contra quem são pleiteados merece ser tratado como um provável autor de crime. Essa forma de tratamento pressupõe a imputação que será formalizada por meio do respectivo ao restritivo.

3.1.3 Necessidade de Apuração de Elementos Fáticos na Fase Preliminar da Persecução Penal que Servirão de Base a uma Decisão Judicial

Identificado que o antecedente necessário para a formação da estrutura dialética que é a imputação penal em sentido amplo, pode ocorrer já na fase preliminar da persecução criminal, tem-se fundamental verificar se a incidência do contraditório se faz necessária ainda na fase, requisito para admiti-la antes mesmo de eventual processo.

Anteriormente, conclui-se que o contraditório, que é um direito individual do sujeito, encampa a finalidade de garantir o correto exercício da função do Estado-Juiz. Em sucintos termos, a função jurisdicional do magistrado é decidir conflitos de interesses. Nesse propósito, foi demonstrado que a formação da estrutura dialética para a reprodução dos fatos subjacentes ao conflito, que serão a base de convencimento do juiz, é metodologia mais adequada para garantir-lhe o maior grau de convicção em sua decisão. (GRINOVER, 2004. p.66).

Inicialmente opta-se por abordar a decisão que é cerne da função jurisdicional: a sentença. Neste caso, depara-se com o preceito legal no artigo 155, do Código de Processo Penal, o qual prevê que “*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação de 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*”. os elementos de informação colhidos na investigação criminal não podem servir com exclusividade à sentença, a não ser aqueles que configurem elementos de prova. As apontadas provas cautelares irrepetíveis e antecipadas.

No curso da segunda fase da persecução que se inicia a partir do oferecimento da denúncia, há ainda uma série de decisões judiciais interlocutórias que, por lógica, podem ser fundamentadas em elementos de informação colhidos no inquérito. Como por exemplo, aquela prevista no artigo 397, do Código de Processo Penal. Recebida a denúncia pelo juiz cumpre-se determinar a citação do acusado para que este ofereça uma resposta. Apresentada a defesa em face da acusação, nos termos do artigo 397, do Código de Processo Penal, o juiz deverá decidir pela absolvição sumária do acusado ou pelo recebimento da acusação. Esta e outras hipóteses de decisões no curso da ação penal fogem ao escopo do presente trabalho, visto tratarem da inegável incidência do contraditório no curso do processo.

3.1.4 Necessidade de produção probatória na fase preliminar da persecução penal.

Um dos temas mais controversos é o das provas cautelares não repetíveis e antecipadas, mencionadas no Código de Processo Penal, notadamente em seu artigo 155. De acordo com este preceito legal, o juiz deve formar sua convicção pela apreciação das provas produzidas em contraditório judicial, mas não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de informação colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Da norma em comento infere-se a possibilidade de que um ato de prova seja realizado durante a fase de investigação. Não obstante, a doutrina processual costuma tratar apenas da produção instrutória endoprocessual. A questão problemática é que há grande resistência em admitir a formação de uma prova em a estrutura dialética e, ao mesmo tempo, em reconhecer a

necessidade de incidência do contraditório quando esta atividade ocorrer fora do processo. (GOMES FILHO, 2011, p. 306).

Diante disso, importante distingui atos de provas e atos de investigação. Para que seja possível analisar a produção probatória na fase da investigação preliminar, tal como previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal.

3.2 Conceito e Distinção entre Atos de Prova e Atos de Investigação

No presente trabalho, ao tratarmos da prova como fator de legitimação da decisão judicial, partimos do entendimento de que “prova” são elementos de informação idôneos capazes de autorizar um determinado grau de certeza do magistrado sobre a ocorrência dos fatos discutidos no processo a fim de proferir a sentença. (GOMES FILHO, 2011, p. 82).

Os atos de prova ou a atividade probatória, são sempre vinculados a demonstração mais possível dos fatos objeto da persecução penal, para que o juiz possa atingir o grau de certeza suficiente para resolver de modo definitivo o conflito de interesses instalado no processo, a partir do exercício da ação penal. Ou seja, são sempre destinados ao embasamento de um provimento final. Exatamente por isto, tende-se a acreditar que a produção probatória somente deve ocorrer na fase processual. (BADARÓ, 2013, p.82).

Ademais, para que possa influenciar o juízo de convicção e orientar uma decisão judicial definitiva, a prova deve necessariamente ser colhida em contraditório, tendo em vista a função heurística dessa garantia. Toda prova é, por essência, constituída em contraditório, independentemente de sua forma de incidência.

Assim, o juiz apenas pode proferir uma sentença com suporte em elementos válidos pois colhidos em contraditório. A priori, este é o motivo que inspirou o legislador na edição da lei 11.690/08, que alterou o artigo 155 do Código de Processo Penal, para prever que “o juiz formará sua convicção pela livre decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipados”. Interessante notar que, na Exposição de Motivos do Anteprojeto que deu ensejo a lei 11.690/08, foi exarado o entendimento de que os elementos colhidos na fase investigatória não são submetidos ao contraditório, por isso não são considerados provas e, conseqüentemente, não poderiam servir à formação do convencimento judicial.

Dessa forma, entende-se que a convicção de que os elementos de informação colhidos na fase investigatória e não submetidos ao contraditório, não podem se justificar, sobretudo de modo isolado, em um provimento final. Ademais, o juiz deve formar seu convencimento com fulcro nos elementos de prova, produzidos em contraditório. No entanto, não se entende que o que difere os elementos de prova dos elementos de investigação seja simplesmente a ausência do contraditório. Já delineados os elementos de prova, a distinção sugerida propõe que sejam esclarecidos, afinal, os elementos de investigação.

Sabe-se que a investigação criminal é a atividade estatal desenvolvida na fase preliminar da persecução penal, a partir da notícia de ocorrência de um crime, com imparcialidade e em grau de cognição sumária. A investigação criminal volta-se à apuração dos reflexos criminais do fato noticiado e, para tanto, implica no levantamento dos elementos informativos que tenham relação com as elementares que compõe o tipo penal em questão. Em síntese, atos de investigação são atos de apuração sumária de um suposto fato típico.

É possível que o titular da fase preliminar da persecução penal, inicie a investigação a partir da notícia de ocorrência de um crime, com base na sua materialidade, mas sem nenhuma ideia de quem seja seu autor. Neste caso, o titular da investigação traça uma estratégia destinada a levantar elementos de informação que possam esclarecer a autoria do suposto crime. A partir de então, sonda testemunhas, busca vestígios da infração, rastreia informações. Os atos de investigação em questão desenvolvem-se sem nenhum opositor ou imputado, logo, sem nenhum conflito de interesses. (SAAD, 2004, p. 166).

A partir de um determinado avanço, é possível que o condutor da investigação criminal depare com elementos informativos que apontem, em grau de probabilidade, o autor do crime e as elementares que constituem o fato típico (*fumus comissi delicti*).

Suponha-se que o órgão acusatório não entenda suficientes os elementos de informação levantados para fins de exercer a ação penal e represente ao juiz que acompanha a investigação pela necessidade de algum meio de investigação de prova, como a interceptação telefônica. Neste ponto, a medida restritiva será antecedida pela imputação penal em sentido amplo, existirá um imputado e estará instalado um conflito de interesses, em que pese não esteja em curso uma eventual e futura ação penal.

Suponha-se ainda, que os atos investigatórios prossigam. No entanto, e isto é regra, a partir do momento em que colhidos elementos informativos passíveis de formar um juízo de probabilidade positivo a respeito da ocorrência do crime e de sua autoria, com todas as

circunstancias elementares, esgota-se o objeto da apuração preliminar, devendo ser encerrada a fase inicial e instaurado o processo.

Dos rumos da investigação ilustrada, pode-se presumir que independentemente de ocorrer uma imputação penal na fase preliminar da persecução, todos os atos de investigação *stricto sensu* têm uma característica elementar, são sempre atrelados a um grau de cognição sumária. Como procedimento prévio, os atos de investigação, buscam, no máximo, um juízo de probabilidade acerca dos fatos objeto de apuração, ou seja, que esclareçam no máximo, o *fumus commissi delicti*. Qualquer ato de investigação que extrapole a cognição sumária mitiga a garantia da presunção de inocência. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 92).

Os elementos de investigação colhidos não se destinam ao convencimento do juiz mas a uma apuração imparcial de fatos, a qual pode servir tanto ao órgão acusatório quanto ao investigado. Isso porque a investigação se volta ao esclarecimento da hipótese criminosa. Os elementos colhidos em seu bojo são levado à apreciação do Ministério Público para que se manifeste a respeito de seu arquivamento ou para que exerça a ação penal.

É certa a possibilidade de que sobrevenha, ainda na fase de investigação, uma representação por medidas restritivas de direitos fulcradas em elementos de investigação e destinada à decisão judicial. Isso não significa que a investigação que preceda o requerimento encampava a finalidade de embasá-lo, sendo um de seus possíveis resultados. Por isso, os atos de investigação não destinados ao juiz, tal como são os atos de prova.

Com tudo isso, a estabelecer o que essencialmente distingue os atos de prova dos atos de investigação, importante mencionar a explanação de Gomes Filho (2011, p.250):

“São, com efeito, conceitos que não se confundem, até porque constituem resultado de atividades com finalidades diversas: os atos de prova objetivam a introdução de dados probatórios (elementos de prova) no processo, que servem à formulação de um juízo de certeza próprio da sentença; os atos de investigação visam à obtenção de informações que levam a um juízo de probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação”.

Nota-se que a regra é básica, atos de investigação são uma atividade de cognição sumária e atos de prova são uma atividade de cognição ampla.

Com relação a distinção de ambos, os atos de prova, ou atividade probatória, exigem sempre uma cognição ampla, porque destinam-se a possibilitar um juízo de certeza. Desse modo, o objeto da produção probatória é a demonstração dos fatos, da forma mais fidedigna

possível. As provas são sempre destinadas ao juiz, aquele a quem é atribuída a função de atingir esse juízo de convicção, para que possa dirimir um conflito de interesses de modo definitivo por meio de sentença.

Ainda a respeito dos atos de prova, restou claro que sua validade é condicionada à incidência do contraditório, para que possa influenciar o juízo de convicção do juiz e embasar uma decisão definitiva. Condição está necessária e obrigatória porquanto, diante da magnitude de uma decisão final sobre a liberdade de um sujeito, é a metodologia imposta pelo contraditório que amplia os limites de conhecimento do juiz acerca dos fatos submetidos à prova e diminui a possibilidade de erro de diagnóstico. (BADARÓ, 2013, p. 83).

Os atos de investigação, ou atividade investigatória, exigem sempre uma cognição sumária, porque destinam-se a possibilitar, no máximo, um juízo de probabilidade, positiva ou negativa, acerca do fato típico investigado, no primeiro caso, o *fumus commissi delicti*. Assim, a investigação não se volta à demonstração dos fatos, mas ao seu esclarecimento.

Não existe, na apuração imparcial e destituída de uma imputação contra determinada pessoa, um conflito de interesses. Portanto, sobretudo pela ausência do pressuposto necessário, não há que se falar na incidência do contraditório na produção de elementos de investigação *stricto sensu*. Demais disso, não há dúvidas que, diferentemente dos atos de prova, os atos em questão não são necessariamente destinados ao convencimento judicial. Nesse sentido, a ausência do contraditório é uma das principais características a distinguir o ato de investigação do ato de prova. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 92).

Mas é necessário lembrar que a fase preliminar da persecução penal pode não se exaurir nos atos de investigação *stricto sensu*. Trata-se das hipóteses em que, em seu curso, restam angariados elementos suficientes que apontem provável autoria e materialidade de um crime, ocorrendo a imputação penal em desfavor de determinada pessoa e, inobstante ainda sejam necessárias medidas mais invasivas para preparar uma eventual acusação.

Há também hipóteses em que é necessária verdadeira produção probatória, de natureza cautelar, no curso do contraditório, ainda na fase preliminar da persecução penal.

3.2.1 Provas Cautelares, Não Repetíveis e Antecipadas

Não obstante, há uma premissa já abordada no presente trabalho que é inafastável, mesmo diante da previsão legal de produção probatória na fase de investigação: todo ato de

prova implica em atividade de cognição ampla, que visa um conhecimento profundo dos fatos e, destina-se a um juízo de convicção do juiz; por isso, para que seja legítimo, deve ser sempre norteado pelo contraditório. Pelo silogismo, resulta que as provas mencionadas no art. 155 do Código de Processo Penal, mesmo na fase preliminar da persecução penal, diferem dos atos de investigação pelo âmbito de cognição, além e serem obrigatoriamente submetidas ao contraditório.

Há que se destacar que essas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas não foram sequer conceituadas legislador, quanto mais regulamentadas. Exatamente por isso, há diversas classificações doutrinárias, ainda que não se possa dizer que há uma correta e outras erradas. (BRENTTEL, 2012, p. 12).

As provas cautelares são caracterizadas pelo risco de que, caso, sobrevenha a instauração de um processo, o que seriam as eventuais fontes de prova dos fatos já sob apuração na persecução penal, já não mais existam, sejam elas pessoas (testemunhas, vítimas, investigados, etc.) ou coisas. Por se tratar do âmbito da investigação preliminar, não é admissível externar uma certeza acerca dos elementos que indicam a autoria e materialidade de um crime, portanto, em regra, faz-se necessária uma apuração sumária dos fatos. No entanto, é possível que determinados elementos que retratam os fatos em apuração devam ser amplamente conhecidos ainda nesse estágio, para que, posteriormente, sobre eles recaia um juízo de convicção. Neste caso das provas cautelares, trata-se do risco de que as fontes que deles decorrem são subsistam *a posteriori*. (GOMES FILHO, 2011, p. 252).

A necessidade de conhecimento amplo dos fatos a investigação criminal pode decorrer da natureza urgente da medida, ou seja, do risco de procedimento de uma eventual fonte de prova. Nesse sentido, faz-se necessário que determinado elemento fático seja retratado de modo mais fidedigno possível pois, se eventualmente vier a ser instaurado um processo e, não existir mais a fonte do qual o elemento poderia ser confirmado, deve estar em condições pragmáticas de servir ao provimento jurisdicional principal. (GOMES FILHO, 2011, p. 252).

Tem-se uma situação de máxima urgência em casos nos quais a prova deve ser realizada imediatamente, como p. ex. uma prova pericial incidente sobre um elemento, pessoa, ou coisa, perecível, ou mesmo cujas características se alterem com o passar do tempo (p. ex. exame necroscópico ou perícia no caso de lesões corporais). Noutro giro, há também, casos de urgência não imediata, que decorrem do risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou mesmo da grande dificuldade em produzi-lo no momento procedimental adequado,

como p. ex. a necessidade de oitiva de testemunha presencial de uma pessoa muito idosa, de um suposto crime. Nessa hipótese, ainda, que não se trate de máxima urgência, não é possível aguardar o término do inquérito policial, o oferecimento da denúncia, a citação e a resposta do acusado e, por fim, a designação da audiência de instrução e julgamento para só então, ouvi-la. Isto em face de uma eventual possibilidade de que seja apresentada, futuramente, uma ação penal. (BADARÓ, 2013, p. 84).

Em todo caso, as provas cautelares pressupõem a identificação do *periculum in mora* (caracterizado pelo risco de que, ao tempo da instrução, a fonte de prova não mais exista ou não possa trazer as informações que interessa ao processo) típico de uma tutela cautelar. (GOMES FILHO, 2011, p. 252).

Também é possível que a apuração de um determinado elemento fático, ainda na inicial fase de investigação criminal, dependa de uma metodologia de obtenção que indique por sua natureza em um verdadeiro meio de prova, em face de sua indissociável amplitude de cognição. Trata-se de provas periciais que, mesmo não se fazendo urgentes em face do risco de perecimento da fonte, implicam em métodos científicos que não se limitam a um conhecimento supérfluo do fato. Por consequência, produzem elementos de prova, com verdadeiras condições de influenciou o convencimento do juiz em grau de certeza, portanto, podem servir a uma eventual sentença, em eventual ação penal. (GOMES FILHO, 2011, p.253).

Nesta ordem de ideias, observamos que é possível que uma prova colhida no bojo de uma investigação penal seja justificada tanto pela necessidade de antecipação quanto pela natureza cautelar. Por exemplo uma prova pericial de exame necroscópico. Se não realizada de modo imediato, é possível que o objeto do exame se deteriore. E se eventualmente sobrevier uma acusação criminal de homicídio, crime material, a prova pericial para a a formação de convencimento do juízo nesse caso seria essencial. Por isso, trata-se de prova cautelar. Ao mesmo passo, naquele momento de investigação preliminar, trata-se de uma apuração imprescindível de materialidade, mesmo que com finalidade de esclarecimentos em grau de probabilidade, cuja realização, por meio de métodos científicos cada vez mais avançados, gera verdadeiros elementos de prova.

Por fim, há aquelas provas irrepetíveis, que diferem das cautelares por um importante detalhe: estas são colhidas na fase de investigação, sob o risco de perecimento de uma eventual fonte de prova, aquelas correspondentes a elementos sumariamente colhidos na fase de investigação, mas que, sobrevindo uma ação penal, não podem sujeitar-se à instrução probatória

em decorrência de fatos e circunstâncias imprevisíveis. Exatamente por isso, Badaró, 2013, (p. 85), defende que não se trata de atos probatórios. Desse modo, essas provas diferentemente das demais, não se destinam ao convencimento do juiz, mas podem, apenas por força legal, servir ao provimento final.

As provas cautelares, antecipadas e não repetíveis podem ser produzidas na fase preliminar da persecução penal. No entanto, qualquer juízo de convicção que sobre elas recaia deve ser externado pelo juiz no momento de uma eventual sentença, sob pena de, conforme sobejamente demonstrado, ferir o princípio da presunção de inocência. Trata-se não somente de interpretação conforme a Constituição federal como exegese do art. 155 do Código de Processo Penal.

3.2.2 Demanda, na Fase Investigatória, de Imediata Submissão de Elementos de Informação à Análise Judicial, para Servir de Base à sua Decisão

Fosse a sentença a única hipótese de decisão judicial em todo o curso da persecução penal, certamente se defenderia que os elementos de prova em regra colhidos na fase processual seriam os únicos destinados à cognição do juízo.

No entanto, é inegável a existência de questões afetadas à decisão do juiz no curso da persecução, inclusive em sua fase preliminar. O levantamento sistemático de hipóteses de atuação judicial na fase de investigação criminal pressupõe, por sua vez, a análise do seu papel nesta fase, ou seja, sua função jurisdicional.

3.2.3 Função Jurisdicional na Fase Preliminar da Investigação Penal.

Por ordem constitucional, cumpre ao juiz a função exclusiva de julgar ou de exercer a função jurisdicional, consubstanciada e resolver os conflitos de interesses. Lopes Jr. ensina, ainda que a tutela jurisdicional no direito processual penal também pressupõe dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 150).

Na fase processual, a função jurisdicional do magistrado implica em (i) garantir que os direitos constitucionais sejam respeitados ao longo do processo e (ii) decidir a respeito do conflito (acusação) veiculado pelo órgão acusatório de forma definitiva. Este provimento final é realizado por meio da sentença. No que tange à fase investigatória, uma vez que não cabe ao

juiz a função de investigar nem de imputar, não havendo sentença a proferir, resta avaliar se há função jurisdicional a cumprir. (LOPES JUNIOR, 2013, p.150).

Não há dúvidas de que o juiz atua como garantidor de direitos fundamentais não apenas no processo penal, mas também na fase de investigação criminal. Segundo os ensinamentos de Moraes (2010, p.320) a imposição da presença constante de órgão constitucional ao longo de toda a persecução penal tem lastro constitucional, notadamente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito” e no artigo 5º, inciso LIII, também da Constituição Federal ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. (MORAES, 2010, p.320).

Tem-se a partir da orientação constitucional, que o juiz não exerce sua função jurisdicional apenas quando provocado a uma decisão definitiva a respeito do conflito de interesses instalado por meio de acusação (imputação penal somada a pedido de condenação), mas sempre que instado a respeito de um ato que interfira na esfera dos direitos fundamentais do sujeito, o que pode ocorrer não somente a fase processual, mas também naquela que a antecede. Nesses casos assim como menciona Moraes (2010, p. 320-321) “o julgador deverá analisar os fatos e o direito, interpretando-os e aplicando-os, em cada instante da persecução, não apenas no momento de decisão do mérito da causa”. Por isso, a julga a qualquer momento da persecução penal.

Essa função atribuída ao juiz (e exclusivamente a ele pela reserva de jurisdição) na fase investigativa tem íntima relação com o sistema acusatório. Tanto que, na maioria dos países que abraçam esse sistema, notadamente da Europa Continental e América Latina, foi atribuída ao magistrado, e regulamentada, a condição de juiz de garantia durante a fase preliminar da persecução. (FERNANDES, 2005, p. 322).

Na Europa Continental, à medida que o sistema acusatório foi se consolidando, a maioria dos países europeus, que então adotavam o modelo do juizado de instrução o substituíram pelo modelo de investigação a cargo do Ministério Público, como Alemanha, Itália e Portugal. Destes conferimos destaque ao ordenamento italiano a título de ilustração. Naquele país, a partir da vigência do Código de Processo Penal, em 24 de outubro de 1989, o juiz de instrução cedeu espaço ao juiz das investigações preliminares que não tem poderes de investigação. A este juiz de garantia cabe conduzir qualquer incidente probatório realizado na fase preliminar da persecução (produção antecipada de provas), além de decidir acerca de todas

as medidas cautelares que implicam na restrição de direitos e garantias fundamentais. (ALONZI, 2011, p. 147-149).

Em sintonia, encontram-se os países que adotaram o Código de Processo Penal, modelo para a Ibero-América, como Uruguai e os países da América Central. Nestes, o juiz também passou a atuar como juiz de garantia ou juiz das liberdades. (FERNANDES, 2005, p. 321).

O Brasil sinalizou a intenção de regulamentar o papel do magistrado na fase investigatória. O projeto de reforma do Código de Processo Penal, PLS 156/2009, aprovado pelo Senado Federal, e remetida à Câmara dos Deputados, como *status* atual, dedicou-se a tratar do juiz de garantias, apontando-lhe, no caput do artigo 14, a responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tinha sido reservada à autorização prévia do Poder judiciário. Há dezessete incisos no artigo 14 do anteprojeto destinados a elencar taxativamente o que cumpre ao juiz de garantias, sendo certo que não se poderia deixar de prever a atribuição de decidir sobre todas as medidas restritivas de direitos às quais for provocado no curso da investigação.

“Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: 5 a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o

inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”.

Chama atenção no Projeto de Reforma regra ainda não vislumbrada na legislação pátria atinente ao assunto em questão, segundo o qual o juiz de garantias que tiver atuado na fase preliminar da persecução penal, ficará impossibilitado de ser o juiz da causa em eventual e futura ação penal. De acordo com o PLS 156/2009, o juiz da investigação passa a atuar a partir do momento em que ela se inicia, encerrando suas funções com o oferecimento da acusação pelo órgão público ou privado. O juiz de garantias fica prevento pela investigação, o que exclui sua competência para assumir eventual e futura ação penal. Trata-se, com isso, de importante preocupação com a imparcialidade do juiz do processo que assumirá a causa e julgará o destino do réu quanto à sua liberdade. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 248).

O atual Código Penal, de 1941, já há muito se encontra obsoleto em relação à omissão da previsão expressa do juiz de garantias, ao rol de suas atribuições no curso da investigação e, sobretudo, à sua incompetência para julgar o processo em cuja fase preliminar tenha atuado. Não obstante, não é necessário aguardar a promulgação de um novo Código para que seja possível afirmar que o juiz já se veste do papel de controlador da legalidade da investigação e garantidor do direitos individuais, e por força da Constituição Federal de 1988 e em decorrência da sua função jurisdicional. (LOPES JUNIOR, 2011, p.152).

3.2.4 Decisões Subordinadas ao Juiz na Fase Preliminar da Persecução Penal

Incumbido da função jurisdicional atribuída pela Constituição Federal de 1988, o juiz atua na fase preliminar da persecução penal tutelando os direitos fundamentais individuais (p. ex. o de liberdade, o patrimonial, intimidade, privacidade). Isso significa que, se a autoridade responsável pela investigação criminal entender necessária a realização de um ato de investigação que implique na restrição de qualquer um dos direitos fundamentais, ou se entender imprescindível a aplicação de uma medida cautelar de caráter igualmente restritivo,

deve necessariamente representar à autoridade judicial competente para que decida por deferir ou não essas medidas. (MORAES, 2010, p. 320).

Diferentemente dos excepcionais atos probatórios sediados em uma investigação mas destinados à cognição do juiz quando sobrevier a fase de sentença (a qual apenas ocorrerá caso sobrevenha, futuramente, uma ação penal), estes atos de investigação *latu sensu* que implicam na constrição de direitos individuais garantidos pela Constituição Federal, devem ser submetidos à imediata e prévia decisão do juiz na própria fase preliminar. Trata-se, de meios de investigação e de medidas cautelares. Neste caso, a admissão e produção de tais atos na fase investigativa demandam um mero juízo de probabilidade, uma cognição sumária, dependente de prévia constatação do *fumus commissi delicti*. Ainda assim, a admissão desses atos restritivos a uma decisão na fase de investigação (MORAES, 2010, p. 320).

3.2.5 Meios de Investigação Realizados na Fase Preliminar e Garantia da sua Eficácia

A Investigação Criminal é voltada ao esclarecimento de um fato penalmente relevante. Ambientados na fase preliminar da persecução penal, os atos de investigação buscam, no máximo, um juízo de probabilidade acerca dos fatos objeto de apuração, daí a necessária sumariedade de cognição.

Em determinado momento, é possível que se tenha colhido elementos suficientes que apontem em grau de probabilidade a autoria de um suspeito pela prática de um crime, mas em circunstâncias ainda não suficientes para a apresentação de uma denúncia (seja pela necessidade de esclarecimento de outras elementares do crime em questão, ou pela suspeita de que existem outros partícipes ainda não identificados, etc.). Disto é possível que surja a necessidade de lançar mão de outro tipo de medida investigatória, mais eficiente que os atos de investigação *stricto sensu*, denominada meio de investigação e que são previstos pelo legislador para situações em que os atos de investigação *stricto sensu*, como a oitiva de pessoas, não sejam suficientes para esclarecer determinados fatos típicos em determinadas situações. Por serem mais agressivas (a ponto de otimizar a eficiência da investigação), são medidas que restringem direitos individuais fundamentais e, por isso, revestem-se do caráter de excepcionalidade. (GOMES FILHO, 2011, p. 309).

Justamente por implicar a restrição de direitos fundamentais, é que os meios de investigação são afetos à reserva de jurisdição. Não significa, com isso, que o juiz assumiria um papel de juiz instrutor, a ponto de intervir na estratégia da autoridade investigadora. Pelo contrário, o juiz deve reservar-se à função de garante do direitos constitucionais e cuidar para que tais meios de investigação apenas ocorram quando realmente necessário, sem abrir mão de sua imparcialidade. (VILARES, 2012, p.203).

São usualmente citados como exemplo de meios de investigação a interceptação telefônica e a busca e apreensão. No afã de ressaltar o caráter investigatório dessas medidas, quando ambientadas na fase preliminar da persecução penal, toma-se por referência a lei 9.296 de 1996, que disciplina a interceptação de conversas telefônicas, notadamente em seus dois primeiros artigos. É possível se concluir que se trata de medida da qual é possível lançar mão tanto na fase de investigação criminal quanto no curso da ação penal. Na primeira hipótese, é admitida para fins de investigação de um fato supostamente criminoso, desde que haja indícios razoáveis de autoria e que outras técnicas de investigação mais tradicionais não tenham sido exitosas. Ainda, por implicar em restrição do direito fundamental à privacidade e intimidade, é reservada apenas de crimes mais graves (apenados com reclusão). (GRECO FILHO, 2012, p. 48).

Vale ressaltar que este meio de investigação, tal como os demais, quando ambientado na fase preliminar da persecução penal, será sempre uma atividade investigatória (e não probatória). Afinal, se já existem em determinado procedimento preliminar os elementos de informação capazes de gerar um juízo de probabilidade acerca da autoria e da materialidade do hipotético crime, resta ao órgão acusatório apresentar sua denúncia e a interceptação telefônica não seria de modo algum necessária nem cabível. Assim, a medida em questão pressupõe a existência de elementos que apontem a autoria de um crime (art. 2º, inciso I, lei 9.296/96), mas que reste ainda a necessidade de continuação das investigações (apuração sumária), para levantamento de outros elementos informativos a respeito do fato típico, sua extensão e a identificação de outros partícipes. (FERNANDES, 2005, p. 180).

Geralmente os meios de prova são realizados na fase preliminar da persecução penal e é muito importante distingui-los dos meios de prova, atividade probatória endoprocessual. Meios de prova são instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo. São em síntese, os canais de informação de que se serve

o juiz, citando-se, a título de exemplo, os testemunhos, as perícias e os documentos. (GOMES FILHO, 2011, p. 308-309).

Além da relevante diferença quanto ao momento em que se realiza (repisa-se geralmente na fase de investigação criminal), há ainda outra crucial. Os meios de prova são atividades probatórias e por isso implicam em ampla cognição, pois deles são extraídos verdadeiros elementos de prova destinados ao convencimento do juiz para exarar sua decisão definitiva (sentença).

Por sua vez, os meios de investigação não são atos probatórios, mas atos de investigação propriamente ditos, que se destinam propriamente à busca de elementos de informação em sentido amplo. É certo que previstos na hipótese em que os atos de investigação *strito sensu* não seja suficiente para o esclarecimento de determinados crimes e situações e demande técnicas mais agressivas. A despeito disso (aspecto construtivo de elementos deles extraídos são limitados a um juízo de probabilidade, negativa ou positiva. Não raro, no curso desses procedimentos, também é possível apurar fontes de prova, mas devido à natureza sumária da medida, a colheita de elementos probatórios não é sua finalidade. (GOMES FILHO, 2011, p.308-309).

É comum que os meios de investigação, além de ampliarem a restrição de direitos fundamentais, dependam do elemento surpresa para ter garantida sua eficácia. No entanto, a condição de sigilo para admissão e realização da medida não é essencial, tampouco regra. É certo que, quanto aos exemplos já citados, da interceptação telefônica e da busca e apreensão, o sigilo faz-se imprescindível. Necessário acrescentar ainda, outro exemplo mais moderno de meio de investigação e que também deve ser sigiloso para que atinja seu objetivo, como a ação controlada prevista na lei nº 11.343/2006, (lei de drogas) em seu artigo 53:

“Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

(...)

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores”.

Tal meio de investigação também é possível ser observado na Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), em seu artigo 4º B:

“Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Incluído pela Lei nº 12.683/2012)”.

Por fim, a Ação Controlada Também encontra amparo na Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), em seu artigo 8º:

“Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”.

Não obstante, há outros meios de prova cujo elemento surpresa em nada interfere em sua eficácia, como a infiltração de agentes, prevista na Lei nº 12.850/2013 e também na Lei nº 11.343/2006, a quebra de sigilo fiscal e a quebra de sigilo bancário. (VILARES, 2012, p. 141-142).

Mesmo implicando no afastamento dos direitos fundamentais de privacidade e imunidade, não há maiores dificuldades em depreender que o resultado dessas medidas em nada seria alterado caso o destinatário fosse previamente informado de que elas seriam pleiteadas ao juiz. Não há como interferir nas movimentações bancárias pretéritas, tampouco nas declarações de imposto de renda já apresentadas à Receita Federal do Brasil.

Definitivamente, o elemento surpresa não é uma característica elementar dos meios de investigação.

Em síntese, os meio de investigação servem à própria investigação, e não à produção de elementos de prova que visam aparelhar o juiz para uma eventual e futura sentença (ainda que conduzam à descoberta de possíveis fontes de prova), Entretanto, diferentemente dos demais atos de investigação, implicam na restrição de direitos fundamentais e, por isso, são afetos à função jurisdicional ainda na fase preliminar da persecução penal.

3.2.5 Medidas Cautelares, o *Fumus Commissi Delicti* e o *Periculum in Mora*⁸

No direito processual penal, não há processo cautelar autônomo em relação ao processo principal. O que não significa que não exista, neste ramo do direito, uma função jurisdicional cautelar, exercida de forma permanente pelo magistrado no curso da persecução penal, desde sua fase inicial. A tutela cautelar neste caso é exercida por meio de medidas incidentais mediante requerimento, sem a necessidade de uma petição inicial e da correspondente decisão terminativa que é a sentença. (SAAD, 2004, p. 36).

A finalidade de medidas cautelares no direito processual é eliminar ou amenizar eventos que podem surgir ao longo da persecução penal e que podem afetar a eficácia ou utilidade da principal função jurisdicional, que é a decisão definitiva. Sua tutela será sempre provisória e não pode ser confundida com a antecipação de efeitos de eventual sentença condenatória (tal como a tutela antecipada prevista no processo civil), haja vista o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, é necessário lembrar que se tutela um provimento final e não um provimento condenatório. (SAAD, 2004, p. 37-38).

A tutela cautelar pressupõe, portanto, a existência de um perigo concreto de insatisfação de um dos interesses do processo em face da demora na prestação jurisdicional definitiva. Assim, qualquer medida cautelar, independentemente de previsão legal expressa, pressupõe a constatação do *periculum in mora*, consistente na probabilidade de que no transcurso do tempo necessário à duração do processo, ocorra um evento natural ou voluntário, que suprima ou restrinja os interesses, tornando-os impossíveis de serem satisfeitos ou limitando sua realização pelos órgãos jurisdicionais. (SAAD, 2004, p. 46).

A constatação do *periculum in mora* garante que as medidas cautelares se atenham à sua finalidade essencial de amenização ou eliminação de riscos processuais, sempre provisória, sem que se confunda com uma tutela definitiva.

Naturalmente que os riscos processuais só poderão ser amainados com medidas que implicam na restrição de direitos fundamentais (conforme veremos, seja da liberdade, seja do patrimônio ou mesmo de outros direitos). E a garantia de que os direitos constitucionais do imputado serão restringidos apenas de modo absolutamente excepcional é atrelada ao princípio,

⁸ *Fumus Commissi Delicti*, termo em latim que significa Fumaça do delito cometido. *Periculum in mora*, termo em latim que significa Perigo da demora.

também constitucional, da presunção de inocência. Disso, a importância de critérios objetivos limitadores dessas medidas restritivas de direitos. (PRADO, 2011, p.311-318).

Considerando a importância de assegurar a excepcionalidade das medidas cautelares e seus inevitáveis efeitos restritivos suportados por aqueles que a sofrem, mas que deveriam ser tratados como inocentes, exige-se que estas sejam impostas apenas contra quem restaram colhidos elementos informativos que apontem a provável prática de determinado crime que se encontra em apuração. Trata-se de aferição do já mencionado *fumus commissi delicti* (ou seja, dos elementos informativos a respeito do fato enquadrava e do suposto agente que a tenha praticado). (PRADO, 2011, p. 311-318).

Assim, tal como o *periculum in mora*, o *fumus commissi delicti* é pressuposto necessário de qualquer medida cautelar e guarda evidente função limitadora dessas medidas excepcionais. É o juiz, a quem cabe a tutela das liberdades individuais (reserva de jurisdição), que faz esse controle, verificando e apontando esses dois pressupostos. (PRADO, 2011, p. 311-318).

Ainda, os riscos passíveis de tutela cautelar demandam sempre atuação urgente, uma providência imediata, ainda que provisória, do juiz. Deste modo, as medidas cautelares devem ser analisadas e eventualmente decretadas tanto na fase preliminar da persecução penal quanto na fase de acusação, ou seja, assim que surjam riscos processuais passíveis de tutela. A rapidez, ou urgência, deve presidir a sua adoção. (SAAD, 2004, p. 82).

Naturalmente, a atividade cognitiva do juiz a respeito de sua admissão é sumária, não somente em face da urgência com a qual deve decidir, mas também pelo fato de que, pelo menos na fase de investigação, não há outro grau de cognição cabível. O juiz decide com base no *fumus commissi delicti*, que implica em um juízo de probabilidade. Destarte, é consensual que a tutela cautelar não é prestada com base em um juízo de certeza. (BADARÓ, 2013, p. 418).

Ainda no que tange aos aspectos gerais, necessário destacar, além de elementar urgência das medidas cautelares, é muito comum que sua eficácia dependa do elemento surpresa. Clássico exemplo é a necessidade de prisão processual para tutelar o risco de fuga do acusado. É intuitivo o necessário sigilo antecedente á análise judicial da medida, sob pena de afetar a sua eficácia, caso venha a ser deferida. Noutra giro, a análise da medida cautelar prevista no inciso VI, do artigo 319 do Código de Processo Penal, consistente na suspensão do exercício da função pública, diante de situação na qual suspeita-se que o investigado a utilize para a prática de infrações penais. Em que pese a necessária urgência para que seja apreciada,

é certo que em nada afetaria sua eficácia se o funcionário público em questão tivesse prévia ciência de que tal medida estaria sob análise judicial.

Sigilosas ou não, as medidas cautelares são sempre urgentes. De modo que, se necessário for, a tutela jurisdicional cautelar pode e deve ser exercida na fase preliminar da persecução penal.

É possível classificar as medidas cautelares tendo em vista o objeto da tutela pretendida. Temos, com isso, as medidas pessoais (incidem sobre o investigado ou acusado), as reais (incidem sobre o patrimônio) e as probatórias (incidem sobre as provas, conforme aqui já tratado).

As medidas cautelares reais, ou patrimoniais, são aquelas destinadas a evitar riscos concretos de que eventual decisão condenatória transitada em julgado seja infrutífera no que tange aos efeitos patrimoniais, notadamente o efeito automático de tornar certa a obrigação de reparar o dano. Ou seja, ocorrem diante de fatos que apontam o risco de dilapidação ou desaparecimento dos bens que serviriam para eventual reparação de danos. A cumprir seus objetivos, as medidas cautelares patrimoniais acarretam restrição de direitos constitucionalmente assegurados, notadamente a plena fruição da propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal). (SAAD, 2004, p. 97-177).

São três medidas cautelares pessoais quem implicam na necessidade de restrição da liberdade e outros direitos do investigado, ou acusado, para fins de resguardar o processo (e não do direito material). De acordo com o artigo 282, do Código de Processo Penal, estas medidas podem encampar a finalidade de acautelar a (i) aplicação da lei penal, (ii) a investigação ou instrução criminal e (iii) a ordem pública e econômica.

A necessidade de resguardar a aplicação da lei penal pressupõe o perigo real de fuga do imputado tendente a furtar-se dos efeitos de uma pena advinda de eventual condenação criminal. (NUCCI, 2011, p.66).

A tutela da investigação ou da instrução criminal surge ante a suspeita concreta de que o investigado ou acusado esteja prejudicando a apuração dos fatos, seja na fase preliminar ou na fase processual, Ilustra Oliveira (2012, p. 548), que se faz necessária, nesta hipótese, a tutela processual *“em razão da perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou próprio ofendido”*.

Por seu turno, a tutela da ordem pública e da ordem econômica é alvo de constantes críticas pela doutrina. Em razão da vagueza desses conceitos, é comum relacioná-los à ideia de que sua tutela visa amainar o clamor público e abalo social causados pela notícia de ocorrência de um determinado crime, seja em função de sua gravidade (abalo da ordem pública) ou da magnitude da lesão econômica supostamente gerada (abalo da ordem econômica). Justificar-se-ia, com isso, a segregação do imputado ao convívio social. Trata-se, portanto, de uma prisão provisória por motivos materiais não imbuída de finalidade cautelar, assemelhando-se a uma verdadeira antecipação da pena (o que, como visto, fere frontalmente o princípio da presunção de inocência). (MORAES, 2010, p 390).

Até que sobreviesse a Lei nº 12.403 de 2011, a tutela cautelar pessoal no Brasil sempre esteve bastante centrada na prisão processual. O mencionado diploma legal trouxe significativas alterações ao Código de Processo Penal, pela adoção de medidas alternativas à prisão provisória que, tal como este instituto, surtem efeito cautelar menos agressivo ao direito constitucional de liberdade, mas que apresentam graus variados de restrição a esse direito. Nos termos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, são medidas cautelares alternativas à prisão: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com a pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca, sem aviso prévio ao juízo; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado; fiança; monitoração eletrônica e proibição de ausentar-se do país. (BADARÓ, 2013, p. 218-295).

Em resumo, tanto as medidas cautelares reais quanto as pessoais, sejam quais forem as circunstâncias especiais de riscos passíveis de tutela por cada uma, visam o mesmo objetivo: assegurar com urgência que estes riscos sejam mitigados ou afastados. Quando necessárias (e em razão da urgência), podem ser decretadas no curso da investigação criminal, prerrogativa exclusiva do juiz de garantias, a quem cabe garantir a excepcionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais. E esse controle judicial se dá, nestes casos pela verificação do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*. (GOMES FILHO, 2011, p. 17).

3.3 Possibilidade de Incidência do Contraditório na Fase Preliminar da Persecução Penal.

A partir do momento em que o ministério Público (ou querelante) apresenta uma denúncia (ou queixa-crime) em desfavor de alguém, ele exerce uma pretensão acusatória, postulando ao juiz competente que reconheça a culpa desse acusado pela prática de um crime e o condene a uma pena privativa de liberdade. Por isso, a pretensão acusatória submete esse acusado ao juízo cognitivo. Acusador e acusado postam-se em lados opostos. O processo nasce necessariamente sobre essa estrutura dialética. (LOPES JUNIOR, 2013, p.146).

Iniciado o processo, às partes é assegurado o direito à prova, para que tenham condições de influenciar o juiz a respeito de seu interesse (condenação x liberdade) e esse direito implica, ainda, que a produção probatória seja realizada de forma dialética, regida pelo contraditório, isso porque o contraditório é a melhor opção metodológica para garantir a qualidade das provas que influenciarão o convencimento do juiz para que decida, em caráter definitivo, a respeito do conflito de interesses carreado pela denúncia (ou queixa-crime). O contraditório é a condição de validade de qualquer atividade probatória. (GRINOVER, 2013, p.333).

A acusação penal sediada no processo é pressuposto de incidência do contraditório. Por sua vez, o requisito dessa garantia é a necessidade de legitimação da decisão judicial, que resolverá de modo definitivo o conflito de interesses veiculado a partir da acusação.

Se toda atividade probatória deve ser animada pelo contraditório, a mesma condição não é verificada à atividade de investigação. É possível e legítimo que a fase preliminar da persecução penal transcorra todo o seu curso sem que haja uma situação de conflito entre os sujeitos postados em lados opostos, pressuposto da estrutura dialética que possibilita o contraditório. Também é perfeitamente possível que uma investigação se desenvolva sem que se faça necessária nenhuma intervenção judicial. Sem demanda que justifique o exercício da função jurisdicional, é mesmo importante que o juiz não intervenha na investigação criminal, a preservar sua imparcialidade.

Sem embargo, ainda que o contraditório não seja uma condição de validade dos atos de investigação, isso não determina que não possa ou não deva incidir nesta fase.

A primeira é incontestável necessidade de incidência do contraditório fora do processo se encontra na realização das provas cautelares antecipadas previstas no artigo 155 do CPP. Ainda que sediada na fase investigatória, trata-se de atividade que produz verdadeiros elementos de prova, destinados a influenciar um juízo de certeza a ser exercido em uma eventual e futura sentença. E como provas não serão válidas se não forem contraditadas.

A grande dificuldade que se enfrenta finalmente diz respeito à incidência do contraditório sobre (ou para) ao atos de investigação na fase preliminar da persecução penal. Muito se fala na impossibilidade de formação da estrutura dialética nessa fase, em razão da ausência de uma acusação, ou melhor, de um acusado. Supera-se essa questão ao defender que a imputação em sentido amplo pode ocorrer mesmo na investigação preliminar, caso o persecutor ou o órgão acusatório identifique um determinado sujeito como praticante de um crime e passe a trata-lo como tal. E há várias formas de exteriorização desse juízo, sendo a principal delas o indiciamento, mas também todas as outras em que se aponta contra o investigado a existência do *fumus commissi delicti*, como a representação por medidas cautelares pessoais ou por meios de investigação, tais como a interceptação telefônica.

Sem sombra de dúvida, o contraditório serve para legitimar qualquer decisão judicial, e não necessariamente a final. E na fase de investigação, ainda que em grau de cognição sumária.

É possível o exercício jurisdicional. Afinal, o juiz não decide apenas quando sentencia (embora seja esta a única decisão que resolva de modo definitivo e certo o conflito de interesses veiculado pela acusação penal), mas sempre que está em jogo uma medida passível de cercear direitos fundamentais do imputado, o que pode ocorrer ainda juízo de certeza acerca da autoria e da materialidade do crime, deve exercer um juízo de valor acerca do *fumus commissi delicti*, e essa decisão deve ser legítima tanto quanto qualquer outra. E, como visto, a forma epistemologicamente mais segura de legitimar uma decisão judicial é por meio da participação igualitária das partes exercida na dialética estrutura do contraditório. (FERNANDES, 2010, p. 104).

De fato a cognição sumária implica uma limitação da profundidade (no plano vertical) no conhecimento dos elementos de informação. No entanto, sumariedade da cognição não pode ser confundida com má qualidade da cognição. Conhecer com superficialidade não significa conhecer o ponto de vista de apenas um dos interessados, principalmente quando é o outro lado que pode sofrer consequências graves de uma decisão sumária. Afinal, mesmo que provisórias e superficiais, as decisões judiciais eventualmente demandadas no curso da investigação criminal são aquelas que têm o condão de restringir de imediato direitos fundamentais do indivíduo, mormente o *status libertatis*, no caso de um prisão provisória. Por isso, se defende no presente trabalho a necessidade de que essas decisões judiciais, ainda que limitadas a um

juízo de cognição sumária, também sejam qualificadas pelo contraditório. (GOMES FILHO, 2011, p. 55).

Com a presente dissertação não se defende a incidência incondicionada do contraditório no inteiro curso de qualquer investigação criminal. Concorde-se com Lopes Jr. quando postula que o contraditório pleno nessa fase poderia comprometer o “esclarecimento do fato oculto”. Defende-se que sempre que sobrevier, ainda no curso da fase preliminar da persecução criminal, uma imputação criminal, haverá uma definida posição oposta entre o acusador e persecutor, de um lado e o investigado, de outro. Nesses casos, e desde que justificado pela necessidade de legitimar uma decisão judicial, ainda que sumária, deverá incidir o contraditório. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 251).

3.1 Sujeitos que Participam da Estrutura Dialética Formada na Fase Preliminar da Persecução Penal

Via de regra, a incidência do contraditório na investigação penal deve ocorrer quando o juiz é instado a analisar determinados elementos de informação para que profira uma decisão. Nesses casos, pressupõe-se a existência de sujeitos em lados opostos, em condições de participar de modo dialético de todas as etapas de produção dos elementos de informação que irão servir de base ao juiz para que profira sua decisão.

Considerando que o destinatário do contraditório é o juiz, se defende que é ele (e não o condutor da persecução penal) quem deve presidir a incidência dessa garantia, assegurando que à tese será apresentada uma antítese, a possibilitar que ele produza a síntese (profira a decisão), conforme o método dialético hegeliano. (GIACOMOLI, 2014, p. 149).

Nesse mister, deve o juiz necessariamente ocupar posição isenta e equidistante dos sujeitos em conflito. Por isso, jamais poderia se opor ao investigado. Caso contrário, assumiria o magistrado a figura do juiz inquisidor, quebrando sua imparcialidade, a garantia mais essencial da persecução penal. Portanto, o juiz não pode, na fase preliminar da investigação penal, opor-se ao investigado, imputando-lhe um crime. (ALMEIDA, 1959, p.118).

Nessa ordem de ideias, verifica-se que a norma do §2º, do artigo 282 do CPP, que proíbe o juiz de decretar de ofício uma medida cautelar na fase de investigação, apresenta conformidade constitucional. Vejamos:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Na contramão, encontram-se outras medidas restritivas de direitos fundamentais que podem ser decretadas de ofício pelo juiz no curso da persecução preliminar, como por exemplo, a interceptação telefônica (clausula de reserva de jurisdição), o sequestro de bens e a busca e apreensão. Porquanto exige-se, por pressuposto, um posicionamento em desfavor do acusado, uma iniciativa dessas atingiria frontalmente a imparcialidade do magistrado, ao arripio da Constituição Federal.

Diversa a situação na fase processual em que o sujeito passivo já se encontra imputado, por meio da denúncia ou queixa-crime. O pressuposto (*fumus commissi delicti*) já existe e não foi ele, o magistrado, quem o carregou ao processo, por isso, mantém-se imparcial mesmo quando fundamenta a necessidade de aplicar uma medida restritiva de direitos antes da sentença. Ademais, também é diferente a situação na qual o juiz, na fase de investigação provocado a decidir a respeito da medida cautelar, analisa os elementos colhidos (à luz do contraditório, conforme o estudo proposto) e manifesta uma decisão concordante com persecutor. Mantém-se desse modo, imparcial e isento de interesses tendenciosos.

O juiz mesmo na fase preliminar da persecução penal deve assumir a regência do contraditório e assegurar a oportunidade de reagir ao conflito contra ele dirigido na fase preliminar, por meio da imputação penal *lato sensu*.

A imputação penal será, destarte, externada por aqueles que assumirem um interesse parcial em desfavor do investigado. *Ab initio*, depara-se como o fato de que a principal (ou mais estudada) forma de imputação em sentido amplo é o indiciamento, ato exclusivo da Polícia judiciária. Isso implica que a autoridade policial assumira interesse contrário ao investigado?

A esse respeito, há uma ressalva de extrema importância, a qual demanda retomar lições do primeiro capítulo. Tendo sido realizada uma releitura da investigação preliminar à luz da Constituição de 1988, foi contestada a comum ideia de que sua finalidade era a preparação de uma futura ação penal a ser exercida pelo órgão acusatório, que antevê essa acusação sem considerar a possibilidade de que não se encontre, na fase inicial, justa causa para tanto. Demonstrada a incidência constitucional na persecução penal, desde sua fase preliminar,

defendeu-se que a finalidade dessa fase seria restrita à apuração imparcial do fato enquadrável noticiado, com escopo de reconstruí-lo.

A partir de tais premissas, a ressalva a ser feita é no sentido de que essa imparcialidade da apuração não se confunde com o interesse do persecutor em encontrar o autor do fato típico que deu azo ao início da persecução penal e ser tecnicamente fiel às suspeitas, de modo a otimizar essa busca. Isto em vista, deve a autoridade policial levantar suas hipóteses e traçar sua estratégia de investigação. Por isso, sua atuação é interessada na hipótese criada. A corroborar, aponta-se a doutrina de Saad, (2004, p. 221), para quem a autoridade policial, integrante da Administração Pública, representa de alguma forma, o interesse repressivo estatal em relação à atividade criminosa.

Na linha de investigação traçada pela autoridade policial, ao se deparar com elementos de informação que apontem a autoria de materialidade do crime, deve imputa-lo à pessoa em questão, assumindo juízo de valor e seu desfavor. Não por menos, todos os atos de imputação, já citados podem ser exercidos pela autoridade policial, a exemplo do indiciamento (que é exclusivo), de uma representação pelo decreto de prisão provisória ou mesmo de uma representação pela interceptação telefônica.

Nesse quadro, tem-se que o órgão encarregado pela investigação penal podem sim veicular a imputação penal contra o imputado, ainda que atrelado ao compromisso de uma investigação imparcial. Nessa esteira, ao levantar elementos de informação que apontem a inocência de seu investigado, jamais poderá descartá-los. Desse modo, caso a persecução venha a ser encerrada sem que sobrevenha a fase processual (arquivamento do feito pelo órgão acusatório) não se poderá dizer que tenha sido frustrada, que tenha falhado sem seus meios ou eu não tenha alcançado seu objetivo. (SAAD, 2004, p. 220).

Noutro giro, ao se deparar com elementos de informação que apontem a autoria e a materialidade do crime, deve imputa-lo à pessoa em questão, veiculando juízo de valor em seu desfavor. E mais. Caso entenda necessário para a investigação preliminar, poderá representar ao magistrado do caso por medidas mais invasivas, restritivas de direitos do imputado.

No entanto, a autoridade policial, que não tem capacidade postulatória e não carrega a condição de parte, não pode assumir o exercício dialético: a Polícia é reservada função exclusivamente instrumental, apuratória. Neste sentido, apenas o Ministério Público ou a vítima, que postulam em juízo e assumem a qualidade de parte, podem exercer sua parcialidade

em face do imputado, tendo garantida a oportunidade de manifestação para convencer o magistrado do cabimento da medida em questão. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 715).

Nessa ordem de ideias, e como todo o sentido epistemológico, é o órgão acusatório parte parcial, a quem cabe exclusividade o exercício do contraditório contra o imputado, já na fase preliminar das persecução penal.

Em síntese, é possível que na fase preliminar da investigação penal, jamais haja um conflito de interesses, seja porque, assim que entenda provável a prática de um crime, o órgão acusatório exerça de imediato a ação penal, seja porque a investigação não alcance elementos de autoria e desfavor de alguém, resultando arquivada. Não obstante, a qualquer momento da fase preliminar da persecução penal, desde que sobrevenha indícios convergentes da autoria para tanto, é possível a imputação penal. E, nesse caso, se fizer necessária a incidência do contraditório, o posicionamento dialético será exercido pelo sujeitos interessados e contra-interessados, ou seja, o órgão acusatório e o imputado. Ambiente de posições, teste, perfeito para a estrutura dialética e o exercício do contraditório.

3.1.2 Forma e Incidência do Contraditório na Investigação Penal

Com espeque no estudo desenvolvido neste trabalho, as hipóteses de incidência do contraditório na fase de investigação preliminar seriam: (i) em caso de necessidade de produção de provas antecipadas e/ou cautelares, (ii) em caso de representação pelo persecutor ou pelo órgãos do Ministério Público para que decida a respeito de medidas que impliquem a restrição de direitos fundamentais, quais sejam: de medidas cautelares reais ou pessoais ou de representação por meios de investigação.

No caso das provas antecipadas e/ou cautelares na fase de investigação, como qualquer outra prova, devem ser produzidas perante o juiz. Os elementos produzidos devem ser ampla e profundamente conhecidos pelo magistrado, afinal, caso sobrevenha uma ação penal, poderão ser valorados por ele na fase de sentença para que atinja um juízo de certeza. É atentando à coerência epistemológica e metodológica dessas premissas que defendem que a produção dessas provas deve ser realizada em juízo de forma incidental. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 302).

O autor atenta ao fato de que o nosso Código de Processo penal encontra-se longe de regulamentar, de modo satisfatório, o incidente de produção antecipada de provas. Sucintamente, atesta o artigo 225, desse diploma legal, que o juiz poderá, de ofício ou a

requerimento das partes, tomar antecipadamente o depoimento de testemunha que tiver que se ausentar ou inspirar receio de que, até o tempo da instrução criminal, já não exista, por conta de enfermidade ou velhice. Nada é dito a respeito do procedimento que deve ser seguido quando o incidente é realizado na fase preliminar da persecução penal.

A ausência de disciplina acerca desse incidente, poder-se-ia cogitar de recorrer ao Código de Processo Civil. No atual Código, promulgado no ano de 2015, coube à seção II, do Capítulo XII, artigos 381 a 383, a regulamentação “*Da produção Antecipada da Prova*”. No entanto, necessário atentar ao perigo de uma analogia “*sem atender às categorias jurídicas próprias do processo penal*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 302).

Diante da lacuna no direito processual penal, cumpre-nos perscrutar, de lege ferenda, qual seria o rito desse incidente probatório na fase preliminar da persecução penal.

Como visto, no curso da investigação criminal, quando o seu titular depara com a necessidade de lançar mão de meios de investigação para a apuração do fato em tese típico, deve representar ao juiz do caso (responsável pela tutela de direitos fundamentais). Por analogia, se entende que, caso o titular da persecução preliminar depare com a necessidade de produção de uma prova antecipada e/ou cautelar, deve também formular representação ao magistrado.

Instado, cabe ao juiz conduzir a produção probatória sob a regência do contraditório.

A primeira coisa que o magistrado deve atentar é se está presente o pressuposto de incidência do contraditório, ou seja, se há um imputado. Vislumbra-se, por exemplo, hipótese de necessária produção de uma prova pericial, como exame de corpo de delito, sem que existam ainda elementos que apontem a autoria do suposto crime. Sem seu pressuposto, impossível o exercício do contraditório. Por isso, o magistrado deve permitir a produção de prova sem a intervenção da defesa e garantir, nesse caso, a incidência do contraditório diferido.

Existe ainda, outra hipótese que justifica a incidência postergada do contraditório: a urgência da medida. Com visto, a urgência é característica elementar das provas cautelares, que são aquelas que se fazem necessárias no curso de uma investigação diante do risco demonstrável de que, caso sobrevenha a instauração de um processo, o que seriam as eventuais fontes de prova dos fatos e apuração já não mais existam, sejam elas pessoas (testemunhas, vítimas, investigados, etc.) ou coisas. Pois bem, há situações e que a urgência é máxima ou mediata. Suponha-se que a vítima desse suposto crime se encontre em gravíssimo risco de vida, com diagnóstico clínico de que poderá, a qualquer momento, desfalecer. Suponha-se ainda, que

tenha sido encontrada inconsistente e, não haja suspeita de quem teria sido agressor passível de uma imputação penal. Nesse caso, impossível o exercício com contraditório prévio, seja porque não haja tempo hábil para pleitear ao juiz competente a realização da prova cautelar, seja porque não haja um sujeito imputado que possa acompanhar essa produção probatória. Há, destarte, que se admitir a incidência do contraditório diferido, realizado tão somente após a formação de prova e, naturalmente se sobrevier uma imputação criminal. A se tratar de elementos de prova, o juiz apenas chegará a valorá-los em grau de convicção em uma eventual fase de sentença. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 303).

No entanto, há casos em que perfeitamente possível a incidência do contraditório prévio. Trata-se das hipóteses em que o imputado deve participar, por meio do método dialético, da produção de prova antecipada e/ou cautelar, em paridade de condições com a parte contrária que, como vimos no tópico anterior, é o Ministério Público.

Conclui-se que a produção de provas cautelares e/ou antecipadas deve ser regida pelo contraditório, de preferência prévio, perante o juiz do caso. Cabe ao Ministério Público manifestar-se em oposição ao imputado, a quem é garantida a reação. No mais, devem ser atendidos os mesmos requisitos forais que deveria obedecer o respectivo ato de prova, tal como previsto na fase processual.

A promulgação da Lei 12.403/2011 que alterou subsidiariamente o regime das medidas cautelares pessoais, em seu artigo 282, §3º, determina que o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar determine a intimação da parte contrária, garantindo-lhe o contraditório.

Não há menção no supracitado dispositivo legal quanto a limitação de sua aplicação à fase processual, ou seja, por óbvio, aplica-se também a fase preliminar. A única ressalva feita é de que a intimação prévia do imputado apenas deve ocorrer se não puser em risco a eficácia da medida. De resto, não se delinea o procedimento que deve ser atendido.

Na ausência de previsão da Lei 12.403/11 acerca da forma de incidência do contraditório nas medidas cautelares pessoais, restam considerações de lege ferenda, estendidas a todas as medidas restritivas de direitos que devem ter o mesmo tratamento como as medidas cautelares reais e os meios de investigação.

No curso de uma investigação, quando o juiz for instado a decidir sobre uma medida restritiva de direitos, seja por representação da autoridade policial ou a pedido do promotor, estará configurado o pressuposto de incidência do contraditório, pois tais medidas implicam na

imputação penal lato sensu. Assim, haverá um imputado interessado em participar de modo dialético da decisão judicial em questão, quando não houver risco a eficácia da medida.

Para que profira uma decisão a respeito da medida que implica na restrição de direitos fundamentais do imputado, o juiz deve analisar se há tempo hábil para intimá-lo e ouvi-lo a respeito do pleito do órgão persecutor ou acusatório e se essa intimação prévia não afetará a eficácia da medida. Nesse caso, garante-se a incidência do contraditório prévio, mais forte e mais eficiente.

As medidas cautelares, sejam pessoais ou reais, pressupõe uma tutela de urgência. Por isso, além do necessário *fumus commissi delicti* (cuja constatação é demandada para qualquer medida que restrinja direitos individuais garantidos na Constituição federal), há que se verificar a existência do periculum in mora. Há casos em que essa urgência ou periculum não pressupõe uma providência imediata, havendo tempo hábil para prévia intimação do investigado, para que exerça o contraditório antes do juiz proferir uma decisão (concedendo ou negando a medida cautelar pleiteada). Nesses casos, há que se perquirir, ainda, se a intimação prévia não afetará a eficácia da medida. Se a urgência não for máxima e o sigilo não for imprescindível, deve o juiz garantir o exercício do contraditório prévio, tal como previsto no §3º, do artigo 282, do CPP.

No caso de representação de um meio de investigação, segue-se a mesma lógica, por exemplo, um pedido de quebra de sigilo bancário ou de quebra de sigilo fiscal. Nesses casos, perfeitamente possível o exercício do contraditório prévio, pois a intimação do imputado em nada interfere na eficácia da medida.

Na prática, instado a decidir sobre as medidas cautelares ou sobre meios de investigação, o juiz deve intimar o investigado, sobre quem recaem esses pedidos, sendo que lhe serão disponibilizados todos os elementos de informação já colhidos, destaca-se, até então sem o crivo do contraditório, e poderá não apenas se manifestar a respeito deles, como também exigir as mesmas prerrogativas de participação do seu opositor. Trata-se do exercício do contraditório para as medidas restritivas, no qual, o investigado deve ter condições em par conditio em relação à parte contrária.

No entanto, será necessária a incidência do contraditório de forma diferida quando o juiz, provocado analisar tais medidas restritivas, não tiver tempo hábil para intimar a parte contrária, ou não puder fazê-lo, sob pena de ineficácia da própria medida.

No exercício do contraditório diferido, o juiz irá analisar os elementos de informação apresentados pelo persecutor e proferirá uma decisão provisória, sem a participação do

imputado. No entanto, são deferidos, assim que realizada a medida cautelar ou meio de investigação, deverá o juiz imediatamente proporcionar o exercício do contraditório diferido, limitado à contestação do imputado para que convalide, a posteriori, as medidas quem questão. Trata-se do contraditório sobre as medidas restritivas.

Essas são considerações gerais a respeito da forma de incidência do contraditório na fase preliminar da persecução penal. Admitidas as hipóteses analisadas, faz –se urgente a regulamentação legal. Afinal, como lembrado por Choukr, (2001, p. 134) tão importante quanto existir a garantia é exercê-la no momento correto e pelos atores próprios.

CONCLUSÃO

A intenção do presente trabalho não foi quebrar paradigmas, nem criar uma nova tese de incidência do contraditório na persecução penal e sim demonstrar a importância da aplicação do princípio do contraditório na fase pré-processual.

O atual Código de Processo Penal, promulgado em 1941, trata o investigado como mero objeto da fase preliminar da persecução penal, está até então destinada à formação da culpa e ao levantamento dos elementos necessários para a formulação da pretensão acusatória em juízo. Sobrevinda em 1988 a nova Constituição da República, foi consolidado um regime garantista que impulsionou uma releitura do diploma processual penal, especialmente no que tange à incidência de direitos e garantias fundamentais na investigação criminal, propondo uma nova forma de tratamento ao investigado, deixando de ser mero objeto e passando a ser considerado como sujeito de direitos, desfrutando de todas as prerrogativas estabelecidas na Constituição.

O Código de Processo Penal ao adotar o sistema acusatório, separando as funções de acusar, defender e julgar, deu origem a um debate acerca da incidência do princípio do contraditório na fase investigatória. Não obstante este debate, não se vislumbra a incidência do contraditório nesta fase, havendo uma intervenção restrita do investigado para a proteção de seus direitos fundamentais.

No entanto, é inegável há uma imputação em face de determinada pessoa, com isso, nasce o direito de defesa sendo legítimo o interesse de evitar a aplicação de medidas cautelares descabidas ou até mesmo uma ação penal descabida.

Com isso, é possível concluir que o contraditório é a garantia de que o juiz de direito instado a dirimir um conflito de interesses assegurará a formação de seu convencimento a respeito desse conflito. Assim, a formação da estrutura dialética deve ser antecedida por um conflito de interesses, que no direito processual penal é estabelecido por meio da imputação criminal. Demais disso, o exercício do contraditório se justifica por meio dessa estrutura ara que legitime a decisão judicial que resolverá o conflito.

Defende-se que a definição da incidência ou não do contraditório no direito processual penal é a identificação de seu pressuposto (imputação penal) e seu requisito (necessidade de legitimação da decisão judicial). Essas premissas permitem enfrentar derradeiras desconstruções relacionadas ao tema proposto. Refere-se ao entendimento de que o

contraditório não pode incidir na fase preliminar da persecução penal porque não haveria neste âmbito uma acusação nem, por conseguinte, um acusado; e ainda ao entendimento de que não haveria decisões judiciais nesta fase que demandassem a contribuição dialética das partes.

Enfim, levanta-se a existência de hipóteses nas quais o juiz pode e deve analisar elementos de informação colhidos na fase preliminar da persecução penal para proferir uma decisão, seja de modo definitivo a respeito de uma acusação, na fase de sentença (com base e elementos de prova colhidos de forma antecipada ou cautelar), seja de modo provisório e em âmbito de cognição sumária a respeito de medidas restritivas de direitos (com base em elementos de investigação). Nesses casos, o pressuposto necessário para a incidência do contraditório ainda na fase prévia da persecução criminal é que haja uma imputação penal em sentido amplo, formalizada pela identificação do *fumus commissi delicti* a separar em lados opostos aqueles que veicula a imputação e o imputado.

A forma de incidência do contraditório na fase preliminar é o ponto de maior controvérsia do presente trabalho. Ainda que se tenha partido de parâmetros sólidos de doutrinas sobre as formas de incidência do contraditório no processo penal, quais sejam, o prévio e o diferido, a grande dificuldade residiu na aplicação prática desse exercício na fase extraprocessual.

A partir de premissas traçadas na presente dissertação, defende-se a ideia de que na fase investigatória deveria ser aplicado o princípio do contraditório, tendo em vista a necessidade de se obter informações favoráveis ao investigado, garantidoras à vítima, buscando maior eficiência nas investigações, evitando-se a impunidade e também desatravando o Judiciário com ações penais infundadas, que servem somente para causar maior lentidão processual.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 21. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro; São Paulo, 1959. v. 2.

ALONZI, Fábio. **Le attività del giudice nelle indagini preliminari: tra giurisdizione e controllo giudiziale**. Milano: CEDAM, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, ano 10, n. 18, p. 141-200, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013.

_____. **Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 83, out.1999.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução de conflito entre direitos fundamentais**, Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

BRENTEL, Camila. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2016. 23 Ed. São Paulo: Saraiva 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros ed., 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, nº 1, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. Ed. ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal; tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas-SP: Millenium, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. ed. Coimbra, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros ed., 2009. v. 2.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros ed. 2013.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. v. 1.

FARIAS, Edílson Pereira de. Colisão de direitos. **A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FALAZZARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. da 8. ed. por Elaine Nassif. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FANEGO, Coral Aranguena. **Exigências em relación com el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la assistência jurídica gratuita**. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio na investigação criminal**. 1. ed. São Paulo, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: ed. Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da lei 12.403/2011**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da garantia do contraditório**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Investigações pelo Ministério Público**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 145, dez. 2004.

_____. **O Processo III série: estudos e pareceres de processo penal**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

GOMES FILHO Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 2011.

HARTMANN, Érica de Oliveira, **processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

KHALED JUNIOR. Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 5º ed. ver. e atual. São Paulo. Ed. Juspodvim, 2017.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: livr. Do advogado ed. 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de janeiro: Lumem Juris, 2009.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Libreria El foro, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros ed., 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo, 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Os existentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 78, set. 2004.

NETO, Mário Furlaneto. Bruna Pinotti Garcia. Internet: Conflitos de princípios fundamentais **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 16, n.2 Franca:SP. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/527/747>>. Acesso em: 16 de out. 2017.

_____. Roberta Caroline Vesú Alves, André Luis Honório Coneglian, Solange Aparecida Devechi Ordonez, Iuri Rocio Franco Rizzi. Internet: **Ciência da Informação e Pós Modernidade: Considerações sobre o status científico**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 06, n.1 Disponível em: [Uhttp://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/reic/article/view/747/649](http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/reic/article/view/747/649). Acesso em 27 de jan. 2018.

_____. Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã. Direitos fundamentais: colisão entre a liberdade de manifestação e o direito à honra e imagem no Brasil. Revista de Derecho y Câmbio Social, v. 49, p. 1-23, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403/2011**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. Ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POZZOLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. **Princípio Constitucional Da Dignidade Humana e o Direito Fraternal**. Revista Em tempo, [S.l.], v. 9, aug. 2011. ISSN 1984-7858. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/283>. Acesso em: 15 set. 2017.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da prisão provisória**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A fase preparatória do processo penal – tendência na Europa: o caso Português**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, nº 39, 2012.

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

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edição Loyola. 1996.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. (coord.). GARÉ, Caio César Tenório; ROQUE, Ana Cristina Lemos. (Orgs.) **Novos Direitos Novos Riscos e Controle Social**. 1º ed. (Coleção Univem) Birigui, São Paulo: Boreal, 2017.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais**. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. Ed. ver. São Paulo: ed. Malheiros, 2015.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Comissão parlamentar de inquérito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

TEIXEIRA, Marcelo Chiara. **Procedimentos administrativos interna corporis de investigação criminal e o devido processo legal**. 2005. Monografia (Graduação em Direito) – faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Comissão parlamentar de inquérito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1994.

VILARES, Fernanda Regina. **Processo Penal: Reserva de jurisdição e CPI's**. São Paulo: Onix Jur. 2012.

