

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

WALMIR GERALDE

**RELEITURA DEMOCRÁTICA DO INQUÉRITO POLICIAL:
GARANTISMO E EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA**

MARÍLIA
2018

WALMIR GERALDE

**RELEITURA DEMOCRÁTICA DO INQUÉRITO POLICIAL: GARANTISMO E
EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa “Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”.

Orientador:
Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto

MARÍLIA
2018

WALMIR GERALDE

**RELEITURA DEMOCRÁTICA DO INQUÉRITO POLICIAL:
GARANTISMO E EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA**

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Teoria Geral do Direito e do Estado do UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto

1º Examinador: _____
Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Tiago Cappi

Marília, ____ de _____ de 2018.

Agradeço a Deus pelo dom da vida e a oportunidade do encarne e energia para concluir esse trabalho. Aos meus pais (*in memoriam*) Waldomiro e Walderez, sem os quais não teria chegado até aqui. À minha querida esposa Luciene pelo incondicional apoio em todos os momentos desta caminhada.

Com amor, aos meus filhos Rodrigo e Mariana. A paternidade, mais que divina missão, é uma dádiva que não pode ser mensurável pelas noções da ciência terrena.

AGRADECIMENTOS

Ao amigo André Luis Luengo, profissional de incomparável competência e exemplo, pelo estímulo, incentivo e indispensável auxílio na realização deste trabalho.

Ao Prof. Doutor Mário Furlaneto Neto pela paciência, fiel e sábia orientação, circunstâncias que possibilitaram atingir os objetivos; meu respeito, admiração e reconhecimento.

Aos Professores Doutores José Eduardo Lourenço dos Santos e Tiago Cappi que dignificaram a banca examinadora e contribuíram de forma extraordinária à finalização da pesquisa; a eterna gratidão.

EPÍGRAFE

"Feliz aquele que ensina o que sabe e aprende o que ensina"
Cora Coralina.

GERALDE, Walmir. **Releitura democrática do inquérito policial**: garantismo e evolução tecnológica. 2018. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

O vigente Código de Processo Penal, oriundo de legislação infraconstitucional de 1941, que disciplina o arcabouço da investigação preliminar, mas deve ser interpretado a luz da Constituição Federal de 1988. Mas, o inquérito policial, embora fruto de uma ordem constitucional de inspiração ditatorial, passadas cinco décadas, diante de um ordenamento sedimentado em pilares democráticos, estaria apto a cumprir seu papel institucional persecutório? Assim, dentro do contexto da linha de pesquisa crítica aos fundamentos da dogmática jurídica discute-se a releitura do inquérito policial. Com emprego do método hipotético-dedutivo e os procedimentos de revisão crítica bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tem-se por objetivo geral amoldar a investigação preliminar aos princípios garantistas, aferindo a compatibilidade entre eles existente. Para tanto, conceitua-se os princípios constitucionais afetos aos direitos, às garantias individuais e ao funcionamento procedimental do inquérito policial; seguindo os mecanismos previstos pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação inerente, traça-se uma conceituação dos princípios e regras processuais penais aplicáveis ao inquérito policial; aborda-se a existência de mecanismos jurídicos da teoria do garantismo processual penal aplicados ao procedimento investigativo, adota-se a experiência paulista com o inquérito policial eletrônico; e enfrentam-se as regras previstas no texto do Projeto de Lei nº 8.045/2010, em trâmite no parlamento pátrio, que estabelece o novo Código de Processo Penal. Conclui-se que a investigação preliminar produzida no bojo do inquérito policial, embora fruto de uma previsão processual editada antes da Constituição de 1988, encontra-se, atualmente, em perfeita sintonia com o modelo acusatório adotado pelo País, em razão do primado garantista e das alterações legislativas havidas ao longo dos anos.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Inquérito Policial Eletrônico. Princípios. Regras Processuais.

GERALDE, Walmir. **Democratic re-reading of police investigation**: garantism and technological evolution. 2018. 187 f. Dissertation (Master in Law) - Eurípides de Marília University Center, Eurípides Soares da Rocha Teaching Foundation, Marília, 2018

ABSTRACT

The current Code of Criminal Procedure, derived from infra-constitutional legislation of 1941, which governs the framework of the preliminary investigation, but must be interpreted in the light of the Federal Constitution of 1988. But the police investigation, although fruit of a constitutional order of dictatorial inspiration, after five decades, faced with an order based on democratic pillars, would it be able to fulfill its institutional persecutory role? Thus, within the context of the line of research critical to the foundations of legal dogmatics, we discuss the re-reading of the police investigation. With the use of the hypothetical-deductive method and the procedures of critical revision bibliographical, legislative and jurisprudential, it has the general objective to conform the preliminary investigation to the guarantor principles, gauging the existing compatibility between them. For this, the constitutional principles affecting the rights, the individual guarantees and the procedural functioning of the police investigation are conceptualized; following the mechanisms established by the 1988 Federal Constitution and the inherent legislation, a conceptualization of the principles and rules of criminal procedure applicable to the police investigation is outlined; it is approached the existence of legal mechanisms of the criminal procedural guaranty theory applied to the investigative procedure, adopting the São Paulo experience with the electronic police investigation; and they face the rules set forth in the text of Bill No. 8.045/2010, which is being processed by the country's parliament, which establishes the new Code of Criminal Procedure. It is concluded that the preliminary investigation produced in the bulge of the police investigation, although the result of a procedural prediction published before the 1988 Constitution, is now in perfect harmony with the accusatory model adopted by the Country, due to the primacy of the guarantor and legislative changes over the years.

Keywords: Criminal investigation. Electronic Police Inquiry. Principles. Rules of Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	116
1.1 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....	19
1.2 Dimensões dos direitos humanos	23
1.2.1 Primeira dimensão de direitos	24
1.2.2 Segunda dimensão de direitos	25
1.2.3 Terceira dimensão de direitos.....	27
1.2.4 Outras dimensões de direitos.....	28
1.3 Direitos fundamentais diretamente relacionados ao processo penal (princípios processuais explícitos na CF/88)	28
1.3.1 Presunção de inocência.....	30
1.3.2 Contraditório.....	32
1.3.3 Ampla defesa	36
1.3.4 Vedação da prova ilícita	37
1.3.5 Devido processo legal.....	47
1.3.6 Devida investigação legal.....	49
1.4 Investigação preliminar	51
CAPÍTULO 2 – INQUÉRITO POLICIAL	60
2.1 Escorço histórico remoto: embrião do Inquérito Policial.....	60
2.1.1 Contexto constitucional jacente e posterior do Código de Processo Penal e período de redemocratização	64
2.1.2 Polícia judiciária e o Inquérito Policial	66
2.1.3 O Inquérito Policial no Direito Comparado	70
2.2 Do conceito e da natureza do Inquérito Policial, sua finalidade e seus destinatários.....	72
2.3 Princípios regentes no Inquérito Policial	78
2.3.1 Princípios constitucionais processuais alcançados pelo Inquérito Policial	79
2.3.2 Direito de postular e de ter assistência do defensor no interrogatório.....	83
2.4 Características do Inquérito Policial.....	84
2.5 Valor Probatório e elementos de prova do Inquérito Policial	95
2.5.1 Colaboração premiada	103
2.5.2 Infiltração de policiais, ação controlada e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou instrução criminal	105
2.5.3 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica	1039
2.5.4 Do acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais e do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica .	1142
CAPÍTULO 3 – INQUÉRITO POLICIAL: GARANTISMO E NOVAS PERSPECTIVAS	116
3.1 Garantismo e os direitos fundamentais.....	118
3.2 Garantismo e o Inquérito Policial.....	121
3.3 O direito de defesa (garantista) no Inquérito Policial.....	125
3.4 O contraditório mitigado no Inquérito Policial	129

3.5 Inquérito Policial (auto de prisão em flagrante) e audiência de custódia.....	134
3.6 Inquérito Policial eletrônico	138
3.6.1 Sistemas de investigação inteligente	139
3.6.2 Arquitetura do Inquérito Policial eletrônico.....	143
3.6.3 Escorço histórico da migração do inquérito físico para o eletrônico	145
3.6.4 Inquérito policial eletrônico e o garantismo ferrajoliano	148
3.6.5 Vantagens do IP-e sobre o meio físico	150
3.7 Perspectivas para a investigação preliminar no Projeto do Novo Código de Processo Penal	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS	174
REFERÊNCIAS	178

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é um estudo sobre o Inquérito Policial a partir da ordem constitucional estabelecida em 05 de outubro de 1.988, que exigiu dos operadores do Direito uma releitura democrática dos mecanismos investigativos, especialmente em face da condição jurídica do investigado, reduzido a mero objeto da investigação pelo Código de Processo Penal, cuja leitura de seu texto e interpretação pelos parâmetros dos doutrinadores facilitam concluir que o legislador de 1.941, estimulado por uma ordem constitucional centrada na segurança do Estado, dispensou pouco valor à defesa pessoal e técnica do investigado, resultando em baixa concentração, até 1.988, da devida investigação legal dos seus direitos, em especial quanto aos mecanismos de defesa.

No entanto, uma nova ordem constitucional, pautada pela relevância dos direitos individuais, concedeu ao investigado o *status* de sujeito de direitos; e a instalação de um Estado Democrático de Direito no País, baseado na dignidade da pessoa humana e na cidadania, tornou necessário considerar a pessoa humana na figura jurídica do investigado, talvez o principal interessado no deslinde da investigação; por isso, sua participação ativa dentro do devido processo legal. Pela mesma razão, tornou obrigatória a readequação do instrumento investigativo à nova realidade jurídico-penal, decorrendo daí a nova ótica.

É com essa tônica que este trabalho é desenvolvido: o rompimento, pela nova ordem constitucional, com o paradigma de um inquérito policial voltado para a apuração da infração penal sob o prisma do interesse do Estado. Assim, a partir de uma releitura democrática do principal instrumento de investigação preliminar da persecução penal, pelo filtro da matriz da dignidade humana, cabe demonstrar a possibilidade jurídica do investigado exercer direitos defensivos, tecnicamente ou por meio do defensor, como pressuposto da devida investigação legal, visando à busca de elementos probantes que lhe sejam favoráveis, como contributo à verdade real.

Trata-se de tema emergente que, paulatinamente, formou forte corrente doutrinária e legislativa no sentido de que o investigado não é mais mero objeto da investigação criminal e tem uma gama de direitos – tais como fidelidade dos registros, autenticidade das provas resultantes da materialidade, direito de ser informado sobre as provas já produzidas, etc.- a serem garantidos pelas autoridades administrativas com o encargo de apurar a infração penal, mesmo na fase branca e abstrata da persecução. Não mais se sustenta a falácia de que o investigado é despido de qualquer direito por inexistir acusação e do procedimento preliminar

ter natureza inquisitiva. Aliás, essa adjetivação é ultrapassada, conforme ensina abundante doutrina, até porque um sistema puramente inquisitivo ficou sepultado na história, sem qualquer aderência à atualidade, sobressaindo, hodiernamente, os modelos mistos, com prevalência para o toque acusatório ou inquisitivo.

Esta pesquisa se justifica pela predominância dos valores da pessoa humana sem qualquer etiquetamento, inclusive na investigação criminal, em que o aparato do Estado é desproporcional em detrimento do investigado. Alerta-se que o valor social está na fixação do momento histórico proporcionado pela nova ordem constitucional, que considera a dignidade humana como mantra principal da investigação criminal.

O objetivo geral é abordar os aspectos da dignidade humana durante a fase pré-processual, elegendo o ser humano como um fim em si mesmo, mesmo quando submetido a ser sujeito de obrigações por descumprir normas penais. Objetiva-se também demonstrar, por intermédio de pesquisa bibliográfica e legislativa, que a partir da Constituição de 1988 só um caminho restou para o inquérito policial: a adaptação aos ditames da nova ordem democrática. Pretende-se ainda estudar e apresentar mecanismos eficazes aos trabalhos policiais judiciários, considerando que é tarefa fundamental do Estado garantir a defesa dos direitos dos cidadãos. Em especial no quadro da recepção da notícia do crime, das medidas primitivas, investigativas e identificativas, até mesmo na confecção das peças formais, tudo em obediência ao pilar da liberdade e ao Estado Democrático de Direito.

O modelo processual penal do Decreto-Lei nº 3.689/1941, idealizado sob a regência do princípio da oficialidade das provas, inibiu a plena atuação privada e fixou uma baixa sintonia entre o processo penal e a investigação defensiva desenvolvida fora do controle dos órgãos estatais. Mas, a fim de ajustar a exploração bibliográfica nesta ótica, ainda que superficialmente, o tema será objeto de estudo, até porque, no Estado Democrático de Direito, é indispensável a liberdade de licitamente produzir provas na busca da verdade possível. Assim, a faculdade da defesa de, por si, produzir provas do seu interesse, deve ser considerada como parâmetro para um justo processo penal.

E é justificável. Tanto é que o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que cuida do novo texto do Código de Processo Penal, em trâmite no Poder Legislativo pátrio, trata o tema prevendo a possibilidade do defensor produzir provas fora do procedimento oficial. Portanto, este trabalho ficaria incompleto sem fazer alusão a tão importante contexto e indicar como principal instrumento da investigação criminal extraprocessual penal os princípios processuais constitucionais, fundamentados sob a ótica garantista; em especial aqueles que possibilitam a aderência com o tema da releitura democrática do inquérito policial.

Como problematização a ser trabalhada, questiona-se: estaria apto a cumprir seu papel institucional na persecução penal, um instrumento jurídico de investigação produzido em uma ordem constitucional atípica, sob forte influência da Constituição polaca de inspiração ditatorial, que após quase cinquenta anos se depara com um regime constitucional sedimentado em pilares democráticos com ênfase na dignidade da pessoa humana? Seria o inquérito policial unicamente um instrumento jurídico com o objetivo de informar autoria e materialidade da infração penal ao titular da ação penal?

Conforme abordagem de uma releitura sorvida pela visão democrática dos valores da pessoa humana e imantada pelos princípios constitucionais penais e processuais penais, aplicáveis na fase da investigação preliminar, é hipótese possível que o inquérito policial cumpra seu papel apuratório da infração penal sem se afastar dos balizados mecanismos que garantem a dignidade humana do investigado. Assim, a redução do inquérito a um mínimo procedimental, com o objetivo de mero instrumento de informação do titular da ação penal, também não se coaduna com a ordem processual, instalada com o advento da CF de 1.988.

Diante da problemática indicada, o método adotado é o hipotético-dedutivo, na pretensão de deduzir a perfeita compatibilidade entre a devida investigação constitucional e legal e o inquérito policial, o que é possível por sua releitura democrática e aplicação dos princípios constitucionais penais e processuais penais que alcançam a investigação preliminar, fornecendo os suportes da segurança jurídica relativa ao Estado Democrático de Direito. Assim, a pesquisa é pautada em aspectos históricos e de evolução do inquérito policial, para ao fim demonstrar a perfeita sintonia que o instrumento apuratório oferece para a busca da verdade real representada como segurança jurídica para o ordenamento pátrio.

O primeiro capítulo analisa os direitos humanos no contexto histórico universal da sua sistematização em dimensões, seu processo de internalização e positivação com natureza constitucional, tratando o princípio da dignidade da pessoa humana, geograficamente posicionado como fundamento da própria República, e outros princípios que são aplicados na persecução penal, alcançam a investigação preliminar e são importantes por alicerçarem a base argumentativa que admite a intervenção defensiva na primeira fase da persecução penal.

O segundo capítulo aborda a evolução histórica do inquérito policial, o elo que mantém com a polícia judiciária, suas características sob a visão à época da edição do Código de Processo Penal e sob a influência da Constituição cidadã ao categorizar princípios de natureza penal e processual penal com forte aplicação em todas as fases da persecução. E o terceiro capítulo se dedica a três vertentes jurídicas que tratam especificamente da visão redemocratizante da investigação preliminar, fruto do *standart* protetivo que ganhou força a

partir da interface da doutrina dos direitos humanos com todos os temas individuais, em especial o penal.

A primeira vertente traz o garantismo de Luigi Ferrajoli, cujos postulados jurídicos podem ser encontrados a partir dos princípios constitucionais aplicáveis à persecução penal preliminar, no modelo garantista de investigação criminal e no inquérito policial com visão democratizada que possibilita a efetividade dos direitos inerentes ao investigado, visto sob a ótica de sujeito e não mais simples objeto da investigação. Princípios e regras jurídicas existentes no ordenamento jurídico, compatíveis para aplicação no inquérito policial, proporcionam maior segurança ao titular da ação penal para propor sólidas denúncias e ao magistrado confiança na lisura para decidir a lide penal.

A segunda vertente trata da experiência implementada pela Polícia Civil paulista com o Inquérito Policial eletrônico, o IP-e, instrumento totalmente sedimentado em plataforma digital democrática, composta por mecanismos tecnológicos, acessíveis aos operadores e integrados com a base do processo eletrônico, o e-SAJ, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Inquérito Policial eletrônico possibilita aplicar todos os instrumentos de segurança da tecnologia da informação, tornando muito mais eficaz o sistema de proteção dos direitos do investigado e facilitando a participação do defensor. As vantagens da plataforma eletrônica, em relação ao sistema físico, demonstram que se trata de uma escolha correta, que pode oferecer completo controle da sociedade em razão da credibilidade na integração pelo sistema do processo eletrônico, e que ao final da migração de sistemas, com a completa substituição do físico, sedimentado no uso de papel e tinta de impressão, para o eletrônico, haverá sustentabilidade e benefícios ao meio ambiente, sem falar na incontável economia de recursos públicos.

A última vertente faz um paralelo do Projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata do novo Código de Processo Penal, o qual, entre as alterações, confere ao acusado e seu defensor relativa participação na produção de prova de interesse defensivo, inclusive aquelas produzidas diretamente. Nesse diapasão, o futuro diploma processual definitivamente adota a investigação preliminar garantista, com a possibilidade do contraditório, ainda que informal, e da ampla defesa já na fase do inquérito policial. E como prova da aderência ao sistema protetivo, estabelece a figura do juiz garantista que funciona exclusivamente para controlar os direitos fundamentais do investigado; mecanismo que insere o País num modelo acusatório mais conectado com o pensamento moderno da doutrina dos direitos humanos. Nossa sociedade reclama um Estado eficiente e justo na aplicação da lei penal, sem relativizar a

condição de principal interessado no deslinde criminal. Daí a importância do investigado participar do curso da investigação, para não ser alijado do processo da formação de culpa.

CAPÍTULO 1 – DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Interroga Bonavides (2009, p. 560) se as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais podem ser utilizadas indiferentemente, ao observar um uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, com o emprego mais frequente dos termos direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência com a tradição e a história, enquanto que o qualificativo direitos fundamentais tem sido empregado mais intensamente entre os publicistas alemães.

Conforme Konrad Hesse (1970, *apud* BONAVIDES, 2009, p. 560), "criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana" é o que os direitos fundamentais almejam, representando "aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais".

Ao tratar do tema, Souza (2012, p. 58) identifica nos movimentos do século XVIII, a edição das principais Declarações relacionadas aos direitos do homem. Com rigor científico e histórico, afirma:

Todas tiveram origem próxima nos relevantes movimentos políticos na América: a Revolução de 1774 (a Declaração de Direitos da Filadélfia, na guerra contra a Inglaterra); em 1776, a Constituição de Virgínia, seguida pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa.

Contudo, a Declaração americana convergiu-se na defesa do homem contra o Estado, enquanto que a Revolução Francesa privilegiou a liberdade do homem, duas vertentes de conjugação de afirmação dos Direitos Humanos indisponíveis. Mas foi no século XX que esses direitos declarados são reafirmados como diretrizes universais, decorrência da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, em 1948 (SOUZA, 2012, p. 59).

Souza conclui que "a partir deste marco histórico, as Constituições dos países democráticos passaram a expressá-los como direitos fundamentais" (2012, p. 59).

Na mesma linha, embora com enfoque no constitucionalismo, a lição de Canotilho (1993, p. 61), no sentido de que a ideia de direitos fundamentais se robustece na organização constitucional do Estado, concepção impulsionada no século XVIII pelas revoluções americana e francesa. Contudo, ele observa no processo de sedimentação do

constitucionalismo britânico, a fagulha do seu nascimento — *espécie de pré-história constitucional*.

Alguns autores marcam o início desta pré-história no século XIII (1215), data em que os barões do Reino de Inglaterra impuseram a João Sem Terra a *Magna Carta (Magna Charta Libertatum)*. Não se trata ainda de uma verdadeira declaração de direitos, mas da resolução do problema do domínio estadual de acordo com as estruturas feudais da época (CANOTILHO, 1993, p. 61).

Sobre a evolução dos direitos fundamentais, Canotilho (1993, p. 62) aponta a *Petition of Right* de 1628, apesar do caráter meramente declaratório, como uma "tentativa de tomada de posição do Parlamento sobre os princípios fundamentais das liberdades civis".

No mesmo século, mas fora do contexto europeu, Canotilho (1993, p. 62) indica o surgimento dos célebres contratos entre os colonos fixados no continente americano e a mãe pátria, em que neles se estabeleceram direitos e obrigações recíprocas. "As *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) são o mais antigo destes convénios e neles se detecta a ideia de constituição como instrumento ordenador da sociedade política" (sic).

A primeira tentativa de constituição escrita verificou-se ainda na Inglaterra com o *Agreement of the People* (1647-1649) e a ele está associado o movimento dos *levellers* O *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é considerado como a primeira verdadeira constituição escrita, aproximando-se das fórmulas constitucionais autoritárias da época contemporânea (CANOTILHO, 1993, p. 62).

Sob o prisma da sistematização jurídica, a expressão chave "direitos humanos" está cunhada tecnicamente pelo Direito Internacional Público e, segundo refere Weis (2006, p. 19), trata-se de termo aberto que indica existir direitos que são garantidos por normas de índoles internacionais, ou seja, "[...] por declarações ou tratados celebrados entre Estados com o propósito específico de proteger os direitos (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais etc.) das pessoas sujeitas à sua jurisdição".

No mesmo sentido, Mazzuoli (2016, p. 23) aponta que referidas normas são oriundas de um mosaico, ou seja, do "[...] sistema global (pertencente à Organização das Nações Unidas, por isso chamado de 'onusiano') ou de sistemas regionais de proteção (v.g. os sistemas europeu, interamericano e africano)".

Adverte, entretanto, que na linguagem comum a expressão direitos humanos é também utilizada para referir-se à proteção que a ordem jurídica interna, em especial a

Constituição Federal, confere aos que estão sob a jurisdição de um determinado Estado (MAZZUOLI, 2016, p. 23).

Por sua vez, internalizados, os direitos humanos passam a receber o etiquetamento de direitos fundamentais quando positivados nos textos constitucionais, ou ainda direitos do homem quando não expressamente previstos no direito interno ou no direito internacional (MAZZUOLI, 2016, p 27).

Destarte, a base dos direitos humanos é fruto de um sistema globalizado de normas internacionais, cuja opção de internação pelos Estados faz nascer obrigações e responsabilidades com a efetivação a ser irradiada pelo mosaico de garantias e mandamentos legais do ordenamento jurídico interno.

Sobre a extensão do conteúdo, Mazzuoli (2016, p. 27) alerta que direitos humanos têm por fundamento intrínseco "o valor-fonte do Direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência", significando que a validade é extraída da "dignidade da qual toda e qualquer pessoa é titular", conforme artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Igual ensino é o de Sarlet (2012, p. 29), para quem a expressão direitos fundamentais representa os direitos humanos positivados constitucionalmente, enquanto que o termo direitos humanos é empregado para identificar posições jurídicas decorrentes de documentos internacionais, sem vínculo com qualquer ordenamento interno específico e que "aspiram validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional".

Sarlet (2012, p. 29) reconhece que não há dúvidas de que "os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)".

Quanto à relação sinonímica entre direitos humanos e direitos naturais, Sarlet (2012, p. 29) refuta esta possibilidade conduzindo-se pelo ensino de Norberto Bobbio, para quem:

[...] a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam - ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) - da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos - considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana -, mas neste caso, de direitos não positivados.

Para referida norma global, os direitos humanos estão fundados em três princípios: da inviolabilidade da pessoa, da autonomia da pessoa e da dignidade (humana) da pessoa, sendo este o centro irradiador de todos os demais direitos fundamentais do cidadão.

E quanto ao foco principal do presente trabalho — a investigação criminal —, o Estado-apurador não está isento de garantir a dignidade do suspeito ou investigado, como detentor do monopólio da persecução penal.

Para Nucci (2013, p. 47):

[...] o processo penal é constituído para servir de base ao justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, garantida a ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição. Porém, alguns aspectos sobressaem, no cenário processual penal, de modo a dar relevo especial à dignidade da pessoa humana, durante o desenvolvimento do devido processo penal.

Logo, considerando que a persecução penal não se exprime somente pela ação penal, abrigoando o ciclo de ações estatais disparadas a partir do cometimento da infração penal até o exaurimento das medidas pelo cumprimento da pena e que, conforme esposado, mesmo ao desprovido da liberdade, a condição humana digna é preservada, importa destacar seus reflexos jurídicos.

1.1 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Da digressão de Comparato (1997, p. 19), a dignidade de cada homem consiste em ser, essencialmente, um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo.

Sarlet (2015, p. 27–28) ensina que um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo é a "vinculação entre a dignidade (da pessoa) humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais". E conclui:

Tal ocorre mesmo nas ordens constitucionais em que a dignidade ainda não tenha sido expressamente reconhecida no direito positivo e até mesmo onde tal reconhecimento virtualmente se encontra limitado à previsão no texto constitucional, já que, forçoso admiti-lo, que o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na praxis ou, quando assim ocorre, nem sempre todos ou de modo igual pra todos.

Ao discorrer sobre o tema, Comparato (1997, p. 4) ensina que no direito positivo brasileiro "o termo fundamento é empregado sempre com sentido nuclear de razão justificativa ou de fonte legitimadora".

E conclui exemplificando que o legislador constituinte de 1988 abre a declaração de que a República Federativa do Brasil tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, indicando esta norma, "indubitavelmente, as fontes legitimadoras de nossa organização política, isto é, a razão de ser de toda a organização estatal", estando as razões justificadoras no artigo 3º, o qual preceitua "sob a forma de 'objetivos fundamentais'" (COMPARATO, 1997, p. 4).

Consoante Silva (2005, p. 176), o qualificativo "fundamentais" no direito representa:

[...] situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecido, mas concreta e materialmente efetivados.

E no aspecto formal do termo, conforme Brega Filho (2002, p. 66) conclui, direitos fundamentais são "os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana".

Por sua vez, Nucci (2013, p. 89) pontua que "fundamental é o básico, o essencial, o alicerce de algo". E que "há direitos fundamentais formais e materiais", posicionando-se na Constituição Federal os primeiros. Já os materiais "são os inerentes à pessoa humana, em razão de sua simples existência, conste ou não de algum texto legal, como o direito à vida. Todos são igualmente merecedores de respeito".

Para Miranda (1993, p. 7), os direitos fundamentais possuem duplo sentido e alcance, *verbis*:

[...] são direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

No sentido formal, são aqueles positivados no texto constitucional; já no sentido material, são os frutos da projeção que a própria Constituição permite alcançando outros textos legais, dentre os quais os dos tratados internacionais. Assim, todos os direitos

fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles (MIRANDA, 1993, p. 8).

Verifica-se, assim, que a fonte está fundada no conceito universal de dignidade da pessoa humana.

Para Piovesan (2014, p. 410), a dignidade da pessoa humana possui referência valorativa que, "como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional".

Sobre a dignidade humana, Barroso (2010, p. 10) pontifica que o berço secular pode ser encontrado na filosofia, num primeiro momento como valor, "que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso". E como valor em si, situa-se entre outros valores, na sua avaliação, "centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade", sendo que é "nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais".

Quanto à origem e evolução do termo, Barroso (2013, p. 13) pontua que remonta à Roma antiga, atravessa a Idade Média, para alcançar o surgimento do Estado liberal, a associação de dignidade ao "status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições".

Nesta concepção de *status*, a *dignitas*:

[...] representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral. O termo também foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia dos seus poderes. Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais (BARROSO, 2013, p. 13).

Acerca da concepção jurídica, Barroso (2013, p. 14) explica que "até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos". E exemplifica tomando por base o próprio texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, principal documento daquele século:

[...] ela estava entrelaçada com ocupações e posições públicas; nos Estados Unidos, as referências à dignidade nos Artigos Federalistas, por exemplo, diziam respeito a cargos, ao governo ou a nação como um todo. Portanto, na

cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta.

Contudo, Barroso (2010, p. 10) adverte que somente nas "décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político", sendo assim "sindicável perante o Poder Judiciário" posto ter ganhado o "status de princípio jurídico".

No mesmo sentido ensina Moraes (2003, p. 50) sobre a dignidade da pessoa, que se trata de um valor imaterial, de cunho espiritual e moral, certo que:

[...] se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Neste diapasão, o arcabouço sobre o qual se assenta todo o regramento legal está irradiado de comandos garantidores de limites ao poder do Estado sobre a conduta dos destinatários da lei, assim como os próprios direitos que efetivam o tratamento previsto.

No Brasil, o parâmetro está assentado na matriz da dignidade da pessoa humana, constante do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, considerado um dos pilares sobre os quais está encravada a própria República Federativa do Brasil, corolário do Estado Democrático de Direito.

Conforme observa Miranda (2002, p. 150), diversamente das Constituições anteriores, "a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias", geograficamente posicionados no texto a demonstrar sua importância como fundamento do próprio Estado.

Abordando o tema sob a ótica dos direitos individuais apresentados como "um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo", anota Canotilho (1993, p. 41) que "os direitos do homem são como *ratio essendi* do Estado Constitucional". E completa:

Quer fossem considerados como "direitos naturais", "direitos inalienáveis" ou "direitos racionais" do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma *dimensão projectiva de comensuração universal*. Além de apontarem para a realização *progressiva* do homem num mundo *progressivamente* melhor (tensão escatológica), os

direitos do homem forneciam um "critério", um "fundamento", uma "verdade", um "valor" universal para se distinguir entre "Estado constitucional" e "Estado não constitucional". Alguma coisa mudou no pós-modernismo. Aparentemente, assiste-se ao revigorar do *subjectivismo* nos direitos fundamentais, em sintonia com o "subjectivismo radical" que se detecta na poesia, na música, na nova "religiosidade", nos movimentos políticos e até nas teorias científicas. O mundo pós-moderno será mesmo um *mundo plural* (dos "discursos", das "histórias", das "ideias", dos "progressos") onde existe apenas um singular: *o indivíduo* (CANOTILHO, 1993, p. 41).

É sob esta concepção que se confere o movimento que legou as gerações de direitos que levaram à sistematização moderna dos direitos humanos assentados sob uma ordem constitucional fundamental, objeto do presente estudo.

1.2 Dimensões dos direitos humanos¹

Bobbio (1992, p. 61) escreve que "no Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos".

Peces Barba pontua que foram três os processos de evolução dos direitos do homem: "conversão em direito positivo, generalização e internacionalização" (1987, p. 13–14 *apud* BOBBIO, 1992, p. 50).

Bobbio (1992, p. 62) destaca, ainda, que um novo movimento nesta evolução é retratado pelo que denominou de especificação dos direitos humanos, *verbis*:

[...] ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à ideia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos arquivos os dados privados da vida de cada pessoa.

Mas a própria evolução dos direitos humanos não nasceu e foi positivada a um só tempo. Por isso, Mazzuoli (2016, p. 51) leciona que a terminologia mais adequada está em

1. Os termos geração de direitos humanos e dimensão de direitos humanos são utilizados pela doutrina como sinônimos, sendo o primeiro mais afeto aos tradicionalistas. Embora não tenha significância para o objeto do presente trabalho, preferimos dimensão por expressar um sentido de continuidade, argumento que têm prevalecido.

dimensões, pois parte da "premissa de que a expressão gerações poderia induzir à falsa ideia de que uma categoria de direitos substitui a outra que lhe é anterior".

A inspiração, ensina o autor (MAZZUOLI, 2016, p. 51), tomando como base o discurso de Karel Vasak na Conferência ministrada no Instituto Internacional de Direito Humanos (Estrasburgo), em 1979, tem como fonte o lema da Revolução Francesa, em que "os direitos de liberdade seriam os de primeira geração; os da igualdade, os de segunda geração; e os da fraternidade, os de terceira geração".

1.2.1 Primeira dimensão de direitos

No contexto da mencionada inspiração, os direitos de primeira dimensão estão identificados na tríade da Revolução Francesa com a liberdade, postulado principal que legou ao homem impor limites ao poder do Estado.

Comparato (2010, p. 37) escreve sobre o sentido da liberdade para o homem que:

É sobre o fundamento último da liberdade que se assenta todo o universo axiológico, isto é, o mundo das preferências valorativas, bem como toda a ética de modo geral, ou seja, o mundo das normas, as quais, contrariamente ao que sucede com as leis naturais, apresentam-se sempre como preceitos suscetíveis de consciente violação.

Ainda de acordo com Comparato (1997, p. 15), diante do fato de ser o homem o único ser com capacidade de agir livremente, "a liberdade é que faz do homem um ser dotado de autonomia, vale dizer, de capacidade para ditar suas próprias normas de conduta".

Conforme bem assevera Bonavides (2009, p. 563), os direitos da primeira dimensão referem-se aos "[...] direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instituto normativo constitucional, a saber os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente".

No mesmo sentido, Mazzuoli (2016, p. 52) explica que se referem aos "direitos à vida, à liberdade (de locomoção, reunião, associação, de consciência, crença, etc.), à igualdade, à propriedade, ao nome, à nacionalidade, dentre tantos outros". O autor aponta, ainda, que o titular de tais direitos é o próprio indivíduo, que os detém com força de oposição e resistência ao Estado.

Para Brega Filho (2002, p. 22), esses direitos marcam "uma zona de não intervenção do Estado (negativos). Esses direitos exigiam uma abstenção do Estado e não uma conduta

positiva". Ou seja, uma retração do Estado no sentido de não intervir na liberdade conferida ao indivíduo como titular de direitos.

É evidente que tal inércia do Estado se encerra no momento em que há violação do direito à liberdade, inclusive por parte de agentes do próprio poder público, devendo, aí sim, intervir positivamente para que se restabeleça tal condição de usufrutuário. Ao final, é o Estado limitado para não incidir na esfera de liberdade individual, mas também garantidor.

Bonavides (2009, p. 563) assenta que "são direitos que já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda sua extensão". Cronologicamente, aponta o século XIX como o do domínio para a irradiação da primeira geração de direitos.

Novamente, Brega Filho (2002, p. 22) discorre que os "direitos fundamentais constituíram uma limitação ao poder estatal, pois buscavam delimitar a ação do Estado", representando o que denominou como "fronteira entre o que era lícito e o que não era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado, seria lícito".

A limitação do poder do Estado diante da liberdade individual é, sem dúvida, a maior conquista da evolução dos direitos do homem. Marcou, objetivamente, o contexto histórico decorrente e os bens jurídicos preservados na relação jurídica entre o Estado e o homem.

1.2.2 Segunda dimensão de direitos

Considerando, ainda, a fonte inspiradora francesa para a evolução dos direitos do homem, os da segunda dimensão estão inclinados para o lema da igualdade, eis que a simples garantia da liberdade não era suficiente para proporcionar efetividade a todos os destinatários, o que só era possível através de ações do próprio Estado.

Sob o enfoque das vertentes do postulado, Ávila (2016, p. 192) refere que a igualdade evidencia

[...] a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e, como postulado, estruturando a aplicação do direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Ávila (2016, p. 192) cita várias diferenças naturais entre pessoas, por critério de idade, sexo, capacidade econômica etc., sendo que "essa diferenciação somente adquire relevo

material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve".

E conclui que os "sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental" (ÁVILA, 2016, p. 194).

A igualdade como patamar de existência é referenciada por Comparato (2010, p. 24) como uma convicção de que "sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada".

Nesse sentido, assenta Brega Filho (2002, p. 22) que:

[...] apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais.

Na mesma linha de raciocínio, Bonavides (2009, p. 564) apregoa que os direitos da segunda geração são "os sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX". Alerta, ainda, que eles "nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula" (BONAVIDES, 2009, p. 564).

Denominados como "direitos programáticos, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade" (BONAVIDES, 2009, p. 564), os direitos da segunda geração levam à consequente evidência de que não se esgotam no rol declaratório momentâneo.

Com a evolução da sociedade, especialmente no campo tecnológico que se irradia por todas as áreas sociais, novas demandas exigem a adequação protetiva dos indivíduos não alcançados pelos benefícios decorrentes, a exemplo dos medicamentos ou tratamentos de alto custo.

Por outro lado, o expoente dos princípios e normas que edificaram os direitos de primeira e segunda geração, de natureza individual, fez com que fosse identificado um terceiro grande movimento jurídico no campo difuso.

1.2.3 Terceira dimensão de direitos

Embora os séculos XIX e XX ancorassem a iluminação da razão irradiando declarações universais de direitos difusos aplicáveis a todos os homens, as duas gerações iniciais legadas não impediram as atrocidades da Segunda Guerra Mundial.

Brega Filho (2002, p. 53) afirma que durante a guerra que fomentou o holocausto "percebeu-se que não bastava o reconhecimento dos direitos de primeira e segunda gerações, pois existem outros que não pertencem apenas ao indivíduo".

Identificados como transcendentais, o autor pontua pertencerem "a todos e por isso surgiram no direito constitucional mundial, os direitos de terceira geração, também chamados de direito de solidariedade" (BREGA FILHO, 2002, p. 53), assim considerados o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos.

É a característica difusa o traço essencial de reconhecimento e existência dos direitos de terceira dimensão, por não reservarem titularidade individualizada, mas a toda à coletividade.

Foram as temáticas ambientais nascidas das agendas e fóruns mundiais da década de 1960 que alavancaram o sentimento de solidariedade relacionado aos direitos de terceira geração, estendendo-se, em seguida, para outras áreas, como o direito à comunicação (MAZZUOLI, 2016, p. 53).

Adverte, contudo, Mazzuoli (2016, p. 53) que, enquanto no ambiente interno constitucional dos Estados, "[...] tais direitos já se estabeleceram, no que tange à órbita internacional, percebe-se que apenas recentemente os documentos internacionais começaram a prever alguns desses direitos (não todos)".

No mesmo sentido, Bonavides (2009, p. 569) justifica que a "consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento" que deu lugar a que se buscasse uma dimensão cunhada na fraternidade dotada de universalidade.

A agenda fraternal assumiu preponderância a partir da segunda metade do século passado em face da sociedade internacional e das organizações intergovernamentais, em

especial as Nações Unidas, terem percebido que o desenvolvimento econômico desenfreado pode representar um risco para direitos internacionalizados cujo titulares são todos os seres humanos de forma difusa.

1.2.4 Outras dimensões de direitos

Considerando-se que os direitos humanos são dinâmicos e evidenciam permanente aperfeiçoamento em face das demandas da humanidade, os estudiosos do tema apontam para outras dimensões, por consequência das três abordadas.

Bonavides (2009, p. 571) aponta a quarta dimensão de direitos como a decorrente do processo de globalização que toma conta das agendas políticas, econômicas e, da mesma forma, dos direitos fundamentais. Identifica, desta forma, a democracia, o direito à informação e ao pluralismo, deles dependendo a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Uma quinta dimensão de direitos é cogitada por Mazzuoli (2016, p. 53), envolvendo as quatro anteriores, como "consistente no direito ao porvir e ao futuro da humanidade; a geração da esperança".

Conforme se verifica, o processo geracional dos direitos se aperfeiçoa consoante novas demandas se apresentem na vida em sociedade, cada vez mais globalizada, a indicar que o *standart* dos direitos humanos tende a acompanhar o processo de internacionalização.

1.3 Direitos fundamentais diretamente relacionados ao processo penal (princípios processuais explícitos na CF/88)

É do ensino de Nery Júnior (2009, p. 41) que, como ramo do direito público, o direito processual "é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição".

A título de exemplo, referido autor (NERY JUNIOR, 2009, p. 41) cita o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que confere amplitude e capilaridade jurídica ao Poder Judiciário para apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Segundo o magistério de Marques (2009, v. 1, p. 56), é na Constituição que se acham inculpidos

[...] os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca, com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a promulgação da primeira de nossas Constituições republicanas.

Sobre a relação da Constituição com o direito processual, Marques (2009, v. 1, p. 57) acrescenta que "os preceitos que regem e disciplinam o funcionamento da Justiça Penal, o postulado da legalidade constitucional se faz presente de maneira toda própria, através de influxo direto e imediato".

Ao referir-se sobre os princípios constitucionais do processo penal, embora reconhecendo a propriedade do antagonismo da lide na ação penal, afastando sua existência do procedimento preliminar de apuração, Marques (2009, v.1, p. 61) pontua que o caráter protetivo da ordem constitucional cobra que o acusado seja tido como "sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar da procedência ou não da pretensão punitiva do Estado".

Sob a égide do exercício da tutela penal, mas dentro do devido processo legal, está o Estado:

[...] armado de poderes vários que o autorizam a investigar administrativamente a respeito da prática de delito e respectiva autoria, função que é exercida pelos órgãos da Polícia Judiciária. Mas essa tarefa de prévia de *informatio delicti* não pode ferir a liberdade do indiciado, não autorizando medidas acautelatórias de coação, a não ser consoante vem expresso no art. 5º. inciso LXVI da CF/88, na hipótese de prisão em flagrante delito (MARQUES, v. 1, 2009, p. 62).

Considerando que a norma constitucional exige a submissão da prisão em flagrante ao imediato controle jurisdicional, também jurisdicionada está a instrução judiciária (MARQUES, 2009, v.1, p. 63), assim como os demais atos do exercício do poder investigatório que ferem direitos fundamentais, só possíveis pela intervenção jurisdicional.

Tendo em vista a obrigatoriedade de possuir formação jurídica para exercer a autoridade policial, o primeiro filtro de legalidade já é exercido na persecução penal, verificando-se, conforme abordagem adiante, que a validade do ato será submetida também ao juízo garantista da audiência de custódia durante a qual se poderá corrigir eventuais ilegalidades da prisão.

1.3.1 Presunção de inocência

A presunção de inocência está assentada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como garantia de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sobre o tema, Nucci (2018, p. 81) afirma que as pessoas "nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu".

Sendo a inocência o estado natural do ser humano, e considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana está fundado na simples existência, segue-se que esta é a base do Estado Democrático de Direito. Portanto, e ainda de acordo com as lições de Nucci (2013, p. 285), permanece-se “[...] nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal”.

Moraes leciona que um dos princípios basilares do Estado de Direito, como garantia processual penal, é a presunção de inocência, que visa proteger a liberdade pessoal. Assim, "há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal" (MORAES, 2003, p. 132).

Reconhece, todavia, que a consagração do princípio da inocência não colide constitucionalmente com as espécies de prisões provisórias, eis que se prestam a dar "legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir seu *status libertatis*" (MORAES, 2003, p. 132). Assim, as prisões temporárias e preventivas permanecem válidas por sintonia com a ordem constitucional.

Com a advertência de que o legislador constitucional não utilizou a expressão "presunção de inocência" que representa a "formulação tradicional do princípio", Badaró (2016, p. 60) leciona que "deu-se preferência à fórmula da consideração da não culpabilidade".

Questão relevante observada diz respeito à extensão da garantia de não culpabilidade, ante o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, realizado no dia 17 de fevereiro de 2016, quando o plenário da Corte, por maioria, ao julgar o HC 126.292/SP (BRASIL, 2016), "considerou possível dar início à execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau".

É que a Corte entendeu que a convalidação da sentença no segundo grau da jurisdição põe termo à análise das provas e fatos sobre os quais a condenação se escora, o que permite a execução inicial da pena.

Discordando da argumentação jurídica invocada pelo Supremo, Badaró (2016, p. 61) considera que há restrição inadmissível e indevida da

[...] garantia constitucional do art. 5º, caput, LVII, que estabelece como marco final da presunção de inocência o 'trânsito em julgado da sentença penal condenatória', e não 'até a confirmação da sentença em segundo grau'. A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.

Badaró (2016, p. 61) cita como fundamento para refutar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais de direitos humanos que cuidam do tema, entre os quais o que o Brasil é signatário. É o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8.2, cujo texto expressa que a garantia estende-se "enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa".

E ainda alerta que a Constituição de 1988, reforçando a presunção de inocência, estabeleceu um marco temporal mais amplo para sua vigência, não até que seja legalmente provada ou comprovada a culpa, por uma sentença ou mesmo por um acórdão recorrido. Dessa forma, o acusado tem o direito que se presuma a sua inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BADARÓ, 2016, p. 62).

Igual ensino é o de Pacelli (2017, p. 51), o qual pontua que, pela regra do artigo 283 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403/2011, a prisão, antes do trânsito em julgado, deve ser aparada em fundamentação cautelar, "ou seja, a Lei brasileira veda expressamente a execução provisória". Reconhecendo a índole constitucional da matéria, Pacelli (2017, p. 51) sentencia que "[...] a menos que se modifique a Constituição, como assim queria a conhecida proposta de EC designada de Emenda Peluso, não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional)".

Sob o enfoque conceitual, Badaró (2016, p. 62) define o conteúdo da presunção de inocência sob três significados: a) garantia política, que confere ao acusado o *status libertatis* diante do interesse coletivo à repressão penal, fruto da adoção do sistema acusatório para o processo penal; b) regra de tratamento do acusado, visto que a presunção de inocência alcança todas as fases da persecução penal, a impedir a equiparação com o condenado; c) e regra

probatória, que se confunde com o *in dubio pro reu* como base para imposição de uma sentença condenatória.

1.3.2 Contraditório

Assentado como pilar de garantia no devido processo legal, o contraditório está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos inerentes”.

Enaltecendo que é da tradição constitucional brasileira a adoção expressa da garantia do contraditório, dela constando desde a primeira Constituição de 1824, Nery Júnior (2009, p. 203) estabelece que o contraditório está intimamente ligado aos princípios do direito de ação e de igualdade das partes. De acordo com referido autor: “[...] o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório”.

Posicionando o contraditório entre os princípios concernentes à relação processual, Nucci (2018, p. 86) assevera que se trata de princípio garantidor do equilíbrio entre as partes, *verbis*:

[...] quer dizer que toda a alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5º, LV, CF).

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, citado por Badaró, define que o contraditório é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”, destacando que “são dois os aspectos fundamentais do princípio: a informação e a reação” (ALMEIDA, 1937, p. 110, *apud* BADARÓ, 2016, p. 54).

Contudo, Badaró alerta que houve uma mudança de concepção sobre a isonomia que o princípio do contraditório reflete, a exigir “a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, trouxe a necessidade de igualar os desiguais” (BADARÓ, 2016, p. 54), encargo que cabe ao juiz.

A participação do julgador nessa dialética de informação e reação acaba por ampliar o universo de conhecimento para a solução da lide penal. É o que conclui Badaró (2016, p. 55), escrevendo que “as opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do

conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros".

Tanto é verdade, que Nery Júnior (2009, p. 208) lembra que "se a defesa for desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor".

Marques (2009, v. 1, p. 72) assenta ser da essência do devido processo legal o contraditório. "Uma vez que a lide tem sentido bilateral, porque a sua parte nuclear é constituída por interesses conflitantes, o processo adquire caráter verdadeiramente dialético, enquanto que a ação, como diz Carnelutti, se desenvolve como contradição recíproca".

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2010, p. 72), para quem o contraditório representa que o "acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza do direito 'primário e absoluto' da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido".

Como esposado, representa o contraditório uma garantia fundamental do exercício formal do poder de manifestação ou argumentação, antes que uma decisão seja tomada no âmbito dos processos cíveis, penais, administrativos e trabalhistas. E de outra forma de recusa da decisão adotada, conferida no direito de propor o reexame da questão.

O contraditório direto, no ensino de Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 79), representa um

[...] um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

Goldschmidt (1950, p. 189 *apud* LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 79) acrescenta que "também serve para justificar a fase igualitária da Justiça, pois quem presta audiência a uma das partes, também o deve à outra", concluindo que "talvez seja o princípio de direito natural mais característico, dentre todos os que fazem referência à administração da Justiça"².

² Para Werner Goldschmidt, em artigo intitulado "La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso", também serve para justificar a fase igualitária da Justiça, pois 'quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la otra'.

No mesmo sentido é o magistério de Sarlet (2015, p. 146) a propósito do princípio da dignidade da pessoa humana em que "o indivíduo, no âmbito do processo, não pode ser tratado como mero objeto da decisão judicial, mas sim, deve ter assegurada a possibilidade de, como sujeito, se manifestar e exercer influência na esfera do processo decisório".

Como corolário da efetividade da relação entre a dignidade humana e o exercício de direitos e garantias fundamentais no processo, Sarlet (2015, p. 146) cita decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal a exigir razoável tempo de duração para o processo, importando em concessão de liberdade provisória nos casos em que não concorrer o réu preso para a procrastinação do abuso.

Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 61) atribuem ao contraditório um efeito garantidor fundamental da aplicação da justiça, que é "absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*". E concluem que está umbilicalmente ligado ao exercício de poder, "inerente mesmo à própria noção de processo".

De se concluir que o exercício do contraditório direto é a pedra angular do binômio acusação e defesa para a efetividade dos postulados de justiça.

Contudo, algumas provas produzidas na fase preliminar da persecução penal não possibilitam a sua repetição na fase da ação penal. É o caso das provas cautelares que, se não produzidas imediatamente, sofrerão a ação destruidora do tempo, identificadas também como provas de urgência, a exemplo do exame de corpo de delito.

De outra forma, pela natureza jurídica não é recomendável o contraditório direto pelo risco de inviabilidade de seu objeto, como no caso de interceptação telemática ou telefônica, busca e apreensão etc., em que o conhecimento da sua produção pelo investigado poderia torná-la inócua. Nestas circunstâncias, o exercício do contraditório se deslocará para a fase da ação penal, ou seja, será adiado, diferido para momento oportuno (CINTRA et. al 2010, p. 63).

No caso de prova testemunhal, em que se verifica risco aguardar-se a produção na ação penal, a antecipação também pode ser a providência reclamada, havendo o *periculum in mora*, caso em que o ato é realizado em especial audiência formal, no caso, exógena do inquérito policial, consoante artigo 225 do Código de Processo Penal.

Tratando do tema como exceções ao contraditório, Badaró (2016, p. 424) o sistematiza as provas em três colunas assim disciplinadas: cautelares, antecipadas e irrepetíveis, esclarecendo que, no caso, ao julgador caberá valorar, consoante texto do artigo

155 do Código de Processo Penal, se "os elementos informativos colhidos no inquérito policial, aparentemente, sem nem mesmo a necessidade de corroboração por prova judicial".

Em síntese, Badaró (2016, p. 424) ensina que:

[...] prova irrepetível não é produzida nem submetida ao contraditório; a prova cautelar é produzida sem observância do contraditório, normalmente durante o inquérito policial, sendo posteriormente apenas submetida a contraditório judicial; as provas antecipadas, são produzidas em juízo, com contraditório antecipado, ainda que se esteja na fase do inquérito policial.

Logo, somente no caso das provas cautelares o contraditório será postergado. No caso destas, a urgência na obtenção do exame impede que se instale o contraditório contemporâneo, especialmente em se tratando de coisa perecível ou mesmo no caso de pessoa, pela ação deletéria do tempo a comprometer a veracidade da prova extemporânea.

Quanto às interceptações telefônicas, buscas e apreensões, "impossível, em tais casos, um contraditório prévio ou o contemporâneo à obtenção do meio. Mas, a urgência também não é característica indefectível dos meios de obtenção de prova" (BADARÓ, 2016, p. 425), sendo perfeitamente possível admitir que uma decisão que quebre o sigilo bancário ou fiscal seja precedida de contraditório entre as partes.

Já quanto às irrepetíveis, conclui Badaró (2016, p. 425):

[...] elas decorrem de uma situação de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual com contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (por exemplo: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (por exemplo: violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente).

A diferença entre as provas irrepetíveis, as antecipadas e as cautelares tem relevantes efeitos práticos. No caso das primeiras, não haverá contraditório diferido, enquanto que nas últimas o ato ou foi realizado de modo especial ou é postergado para garantir seu exercício na fase ritualística da ação penal (BADARÓ, 2016, p. 426).

Destaque-se que, mesmo irrepetíveis, ou antecipadas e cautelares, independente do momento em que produzidas e se submetidas ao contraditório direto ou diferido, as provas enfrentam a valoração do julgador pelo princípio da persuasão racional. Portanto, a capacidade de convencimento guarda relação com o conjunto probatório produzido.

1.3.3 Ampla defesa

A ampla defesa, definida pela expressão latina *audiatur et altera pars*, que significa ouça-se também a outra parte, está previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Nery Júnior (2009, p. 244) sustenta que o instituto da ampla defesa é a ferramenta processual que permite às partes promover a sustentação das alegações propostas, tanto por parte

[...] da pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas.

E completa Nery Junior (2009, p. 244) sobre os titulares de exercício do direito à ampla defesa que "[...] são os acusados em geral - nos procedimentos administrativos e inquisitoriais, tais como o inquérito policial – e os litigantes, isto é, autor e réu nos processos judiciais penais e de natureza não penal (civil, trabalhista, eleitoral)".

Verifica-se, assim, que o autor extrai o fundamento para o alcance da titularidade da ampla defesa, do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, indicando que o instituto "garante a eles o direito de deduzirem alegações adequadas, isto é que efetivamente tenham aptidão para fazer valer sua pretensão ou defesa nos procedimentos em que são acusados bem como nos processos administrativo e judicial" (NERY JÚNIOR, 2009, p. 244).

Nucci (2018, p. 84) ensina que o "princípio da ampla defesa significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação".

E acrescenta Nucci (2018, p. 84), que considerado na relação processual como hipossuficiente, haja vista o Estado ser mais forte por contar com vários órgãos destinados a promover a persecução penal e "[...] valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal".

Sobre as extensões semânticas *ampla* e *plena*, Nucci (2018, p. 85) destaca que "amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso", diferenciando de pleno, sobre a defesa nos processos do Tribunal do Júri, em que ao réu é garantido a plenitude de defesa, expressão "evidentemente, mais forte".

Por sua vez, de acordo com o magistério de Badaró (2016, p. 57), a defesa é instituto que está intimamente ligado ao exercício do contraditório, alertando que, "embora haja influências recíprocas, não se confundem".

Badaró (2016, p. 57) justifica que "destacar e distinguir do princípio do contraditório é relevante na medida em que, embora ligados, é possível violar o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa", observando que a negativa de informação "sobre determinado ato processual ao acusador, ou impedir-lhe a reação a determinada prova ou alegação, embora não represente violação do direito de defesa, certamente violará o princípio do contraditório".

Já sobre a sistematização da ampla defesa e o exercício pelos titulares, Badaró (2016, p. 58) entende que se trata de direito bipartido em:

(1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre acusação e defesa.

O direito à autodefesa, por sua vez, conforme Badaró (2016, p. 58), desdobra-se "em (1) direito de presença", que significa o comparecimento em audiência, caso que "permitirá uma integração entre a autodefesa e a defesa técnica na produção de provas"; em "(2) direito de audiência", no sentido de que o réu goza do "direito de ser ouvido pela autoridade judiciária"; e em "(3) direito de postular pessoalmente", no sentido de que assiste-lhe a "possibilidade de recorrer pessoalmente (CPP, art. 577, caput), de interpor habeas corpus ou revisão criminal (CPP, art. 623)".

Consoante esposado, a ampla defesa não se esgota na simples possibilidade formal de o acusado defender-se, mas na admissão de mecanismos que deem efetividade ao postulado, sob pena do permissivo processual restringir o alcance de princípios constitucionais de natureza protetiva decorrente da presunção de inocência, caso da alteridade e contraditório.

1.3.4 Vedação da prova ilícita

É do art. 5º inciso LVI, da Constituição Federal a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, representando uma garantia ao acusado contra o Estado acusador que está limitado à legitimidade formal e material das provas.

Para a compreensão da proibição da prova ilícita, necessário conceituar prova sob o conceito da legalidade. Consoante Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p. 377), a prova

constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo. É o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões, lembrando as Ordenações Filipinas.

Já no ensino de Marques (2009, v. II, p. 268), trata-se do elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. E arremata que, com a prova, o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando posteriormente sua convicção (MARQUES, v. II, 2009, p. 268).

O termo *provas*, na visão de Nucci (2018, p. 506), apresenta três sentidos, a saber: o processo pelo qual se procede a verificação da verdade do fato discutido; o meio através do qual se pretende demonstrar essa indagação; e finalmente o resultado desse procedimento, extraído da análise do que foi apresentado.

Os princípios constitucionais e o direito adjetivo criminal cuidam de zelar por esse instituto, que busca a verdade dos fatos. Na verdade, o direito adjetivo que rege a sua produção, prevendo o seu momento, o meio e fixando os seus limites de produção.

Imperioso, então, expor o que a legislação brasileira considerou como prova lícita, valendo-se da inteligência daquilo que o Código de Processo Penal discrimina:

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

Está sedimentado que no processo penal são lícitas todas aquelas provas produzidas com respeito às normas constitucionais ou legais. Assim, o Código de Processo Penal dá discricionariedade para outros meios de produção de prova, sempre com obediência aos limites impostos a essa obtenção obrigatoriamente vinculados à proteção dos valores já estabelecidos e positivados no ordenamento jurídico.

A outro turno, a prova ilícita viola regras de direito material, ou seja, ligadas ao momento ou ao meio da sua obtenção (exemplo: depoimento obtido mediante tortura). A Constituição Federal não define a prova ilícita, apenas diz que são inadmissíveis. Essa conceituação era definida pela doutrina, até que, com a alteração do seu artigo 157, o Código de Processo Penal passou a tratar do assunto.

Porém, concomitantemente trouxe dúvidas em relação às definições de prova ilícita, visto a antiga conceituação sobre prova ilícita ou ilegítima (que fere a regra do direito processual no momento de sua produção).

Paceli (2017, p. 55) ensina que:

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura fundante do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

Do magistério de Nucci (2018, p. 510), o princípio significa um freio impositivo à parte que não pode produzir provas "que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais", ou seja, não autorizadas pelo ordenamento jurídico ou que não respeitem as formalidades previstas para a sua formação.

Por seu turno, Tourinho Filho (2010, p. 84) acrescenta que "até o advento da Constituição de 1988 não havia, em nosso país, qualquer regra impeditiva de se produzir em juízo 'prova obtida através de transgressões a normas de direito material'", atribuindo o fundamento ao artigo 5º, inciso LVI, da Carta Cidadã, vedação também indicada pelo artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

E mais, Tourinho Filho (2010, p. 85) conclui que:

Entre o interesse estatal quanto à repressão e o respeito a dignidade humana e aquela série mínima de liberdades e garantias espreiadas no nosso ordenamento jurídico, o legislador constituinte brasileiro optou pela última solução. A eficácia da persecução penal precisava encontrar um limite no respeito das garantias individuais.

Idêntica a lição de Nery Júnior (2009, p. 259) acrescentando que, mesmo sob a égide da Constituição anterior, doutrina e jurisprudência já se posicionavam no sentido de ser inadmissível a produção, em juízo, de prova obtida ilicitamente, sob a justificativa de que se tratava de prova não legal ou moralmente válida.

Alerta, todavia, Nery Júnior (2009, p. 261), que prevalece o entendimento de que o princípio constitucional não é absoluto, já que as regras constitucionais convivem entre si, necessariamente, por intermédio do sistema de sopesamento entre os bens jurídicos. E exemplifica a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta, caso em que, no confronto entre o princípio da liberdade da pessoa e a incidência do inciso LVI do artigo 5º, a regra a prevalecer seria a primeira.

Da mesma forma, é o caso de colisão entre a inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito e uma regra penal, como por exemplo do acusado que age em legítima defesa, uma causa de antijuridicidade; e, com o objetivo de provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. "Essa prova, antes de ser ilícita, é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto na CF, art. 5º X, que, como já se disse, não é absoluto" (NERY JÚNIOR, 2009, p. 261).

Sobre o tema, Badaró (2016, p. 87) assenta que se trata na verdade do princípio da proporcionalidade, *verbis*:

[...] mecanismo para a flexibilização dos direitos e garantias que a Constituição assegura no processo penal. Mais do que isso, geralmente, a tal relativização tem se dado a partir da redução simplista entre direito individual do acusado *versus* direitos da sociedade, em especial o direito à segurança.

De interesse para o tema, a lição de Teixeira (2018, p. 3) é no sentido de que a posição inflexível adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de refutar a prova obtida por meio ilícito, fazendo interpretação apenas pelo critério literal, torna o ingresso do investigado no processo reduzido àquelas produzidas pelo Estado:

Em síntese, ao adotar uma postura de legitimidade decorrente tão-somente da legalidade, resumindo a discussão à aplicação silogística do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição, o Supremo – no caso – engessa a possibilidade de novos argumentos surgirem e de os debates acerca da vedação de provas ilícitas no processo penal tomarem um novo fôlego dentro do judiciário (TEIXEIRA, 2018, p. 3).

É do *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal o conceito de prova ilícita: "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Adverte, contudo, Pietro Nuvolone (1966, p. 442–475, *apud* NERY JÚNIOR, 2009, p. 265), que a tarefa de realmente conceituar prova ilícita é da doutrina, para esclarecer que ela terá "sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (quando há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova)".

Nesse sentido, será ilegal se viola o ordenamento (leis e princípios), independente da natureza material ou processual. Será ilícita se a vedação for material, ou seja, obtida ilicitamente.

Sobre o tema, Pacceli (2017, p. 351) ensina que métodos cuja idoneidade probatória são questionáveis, como a tortura, hipnose, aplicação de substâncias químicas como o soro da verdade, para obtenção de confissão, resultam no reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova. São contrários à ética e ao direito, atuando a proibição "no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção".

Diferentemente do espaço probatório no processo civil, o do processo penal é mais amplo "em razão da relevância dos interesses que delimitam o seu conteúdo. Entretanto, isso não significa que essa amplitude possa ser traduzida como a admissibilidade de todos os meios de prova desde que não estejam expressamente proibidos" (PACCELI, 2017, p. 352).

E completa destacando que a vedação da prova ilícita não é refutada somente "em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova" (PACCELI, 2017, p. 352). É o caso da interceptação telefônica como meio de prova. Será lícita se autorizada judicialmente, ficando a afetação do direito à privacidade e ou intimidade permitida quanto ao resultado; e ilícita quando não autorizada, caso em que haverá violação indevida daqueles valores.

Uma vez reconhecida a ilicitude do meio de obtenção da prova, mesmo quando não houver vedação expressa, "[...] será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada" (PACCELI, 2017, p. 352).

Nessas condições, consoante parágrafo único do artigo 157 do Código de Processo Penal, as provas resultantes de meios ilícitos devem ser desentranhadas dos autos. Nesse sentido, consoante Nucci (2013, p. 383–385), além do desentranhamento, caracterizada a violação do direito material, a conduta do agente deve ser punida penalmente. É o caso da prova obtida mediante tortura, por interceptação não autorizada judicialmente etc., tipos que subsistem autonomamente no contexto legal.

As provas produzidas com violação de normas processuais estão catalogadas como ilegítimas, como é o caso de, sob o manto do contraditório, a oitiva de uma testemunha desconsiderar o direito das partes às reperguntas (BADARÓ, 2016, p. 405). Portanto, mesmo sem ferir norma de direito material, a validade da prova torna-se questionável pela impropriedade formal de sua produção dentro do sistema processual.

De acordo com Badaró (2016, p. 407), ainda que

[...] não se possa desprezar a distinção entre prova ilícita e ilegítima, quer quanto ao momento de produção do meio, quer quanto à sanção aplicável, o certo é que há muitas zonas de intercessão entre uma e outra e, do ponto de vista do conjunto de meios de prova que poderão ser valorados pelo julgador, as diferenças sejam mínimas.

Quanto ao momento, Badaró (2016, p. 408) afirma que, na prova ilegítima a ilegalidade ocorre na sua produção, como no instante do indeferimento da pergunta à testemunha, enquanto que "na prova ilícita, o vício ocorre quando de sua obtenção (por exemplo, no momento em que se capta a conversa telefônica)".

Sob o ponto de vista da sanção processual, "a prova ilícita é inadmissível, o que evita o seu ingresso no processo, enquanto que a prova ilegítima será sancionada com a nulidade de sua produção, uma sanção, portanto, *ex post factum*" (BADARÓ, 2016, p. 408).

De qualquer forma, conforme já esposado, ilícita ou ilegítima, a prova deverá ser desentranhada do processo.

Contudo, importante destacar que há uma discussão doutrinária terminológica quanto aos conceitos de provas ilegal, ilícita e ilegítima.

Fernando Capez (2011, p. 347) aduz que a prova ilegítima se verifica no caso da norma violada possuir natureza processual. Cita como exemplo o documento exibido em plenário do Júri desatendendo o artigo 479, *caput*, do Código de Processo Penal, cujo texto impõe, para validade, a juntada até três dias antes e com ciência à parte contrária. Ou, o depoimento prestado com violação ao artigo 207 do Código de Processo Penal, relacionado à proteção do sigilo profissional, ou ainda, a substituição do laudo de exame de corpo de delito pela confissão, desatendendo a regra do artigo 158 do Código de Processo Penal e complementa que, numa lesão corporal relativa a uma fratura de antebraço, nem mesmo a radiografia, a ficha do paciente ou depoimento médico suprem a exigência do dispositivo.

As provas produzidas em substituição serão nulas por ofensa à norma processual e, portanto, ilegítimas, não podendo ser levadas em conta pelo juiz (CPP, art. 564, III, b), o que acarreta a absolvição por falta de comprovação de materialidade delitiva (CAPEZ, 2011, p. 347).

Já quanto à prova ilícita, Capez (2011, p. 347–348) assevera que será vedada por ter sido produzida com violação a normas de direito material, ou seja, se produzida mediante o

cometimento de crime ou contravenção, violação a normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, ou com afronta a princípios constitucionais.

Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizado mediante violência de domicílio (CP, artigo 150), a captação de uma conversa por meio de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, artigo 10) e assim por diante (CAPEZ, 2011, p. 347–348).

Para Capez, a reforma pós-2008 buscou aproximar a doutrina e a jurisprudência para o conceito e alcance das provas ilícitas para com as ilegítimas, pois passou a compreender como prova ilícita aquela que viole tanto disposições materiais como processuais (2011, p. 348).

Para Badaró (2016, p. 407), a reforma do Código de Processo Penal de 2008 passou a considerar provas ilícitas as obtidas com violação das garantias constitucionais, mas com a amplitude de assegurar tanto as liberdades públicas, bem como as garantias processuais. Desta forma, o legislador não adotou a conceituação doutrinária e jurisprudencial que vinha imperando antes da reforma, que distinguia provas ilícitas (violação de regras de direito material) e provas ilegítimas (violação de regras processuais).

A fundamentação, para tanto, está no próprio texto do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, que considera inadmissível a prova ilícita, devendo desaparecer do processo, assim entendida a obtida "em violação a normas constitucionais ou legais", concluindo que "para a caracterização da prova ilícita, não se fez qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual" (BADARÓ, 2016, p. 407).

Badaró (2016, p. 407) observa que o silêncio do legislador gerava confusão e, no caso da "[...] violação de garantias constitucionais de natureza processual (juiz natural, contraditório, ampla defesa, motivação etc.) tornava difícil a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima".

Justamente por isso, do ponto de vista doutrinário, propusemos uma nova definição de prova ilícita: “podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais” (BADARÓ, 2016, p. 407).

Questão relevante é o entendimento sobre a prova ilícita que beneficia exclusivamente o investigado. Conforme Tourinho (2010, p. 85), o critério a ser adotado é o da proporcionalidade, herança do direito alemão e expressa na Súmula 50 das Mesas de

Processo Penal da USP (Universidade de São Paulo), que permite a "utilização no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa".

Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa a resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito e favorável à defesa, seria um não senso sua inadmissibilidade. É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois, obviamente, deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis* (TOURINHO FILHO, 2010, p. 85).

Com relação à prova ilícita por derivação, há expressa vedação pelo parágrafo primeiro do artigo 157 do Código de Processo Penal que considera inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, ressalvando a hipótese de não evidenciado o nexo causal entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Conceitua-se, assim, a ilicitude por derivação ao fato da prova posterior ter se revelado ao conhecimento dos agentes da persecução pela propriedade da prova originária e, sendo esta reconhecidamente ilícita, inaproveitável a dela decorrente, subsequente.

Nery Júnior (2009, p. 269) assevera que a prova derivada, direta ou indiretamente, da obtida ilicitamente, estará igualmente ilícita pelo fenômeno da contaminação, não podendo produzir efeitos no processo. Trata-se da teoria do fruto da árvore envenenada.

Consoante Badaró (2016, p. 412), a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida. E exemplifica a relação entre elas, no caso do encontro "de um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtida por meio de uma confissão mediante tortura".

Conforme esposado, a prova ilícita por derivação está maculada pelo parentesco com a que lhe concedeu origem, ainda que a natureza seja lícita. É a sua vinculação com o sistema que a produziu, somente se liberando da invalidação se subsistir, ainda que posteriormente, por fonte independente.

Questão relevante o debate sobre a teoria da fonte independente. Nery Junior (2009, p. 269) pondera que a teoria de invalidação da prova derivada da ilícita "sofre mitigações em sua aplicação, pela incidência de princípios da atenuação, da fonte independente e da exceção de boa-fé". É o que se verifica da própria ressalva da parte final do texto, combinado com o

que prevê o parágrafo segundo ao admitir a validade posterior pela comprovação de sua produção por outro meio que não a inicial, evitada de vício.

Badaró (2016, p. 413) considera que o legislador foi extremamente infeliz com o texto da Lei nº 11.690/2008, que promoveu a incorporação do artigo 157 e parágrafos do Código de Processo Penal.

A primeira exceção — quando não evidenciado nexos causal entre umas e outras — não se trata de uma ressalva à regra principal — de inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita —, mas de sua não incidência. Se não há um nexo de causalidade entre uma prova, isto é, a prova originária ilícita, e a outra, a prova dela derivada, em si, lícita, nem mesmo se coloca o problema da prova ilícita por derivação. A hipótese, portanto, é dispensável e desnecessária (BADARÓ, 2016, p. 413).

Já a regra legal do parágrafo segundo, ao definir o que é a fonte independente, "parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém em termos tão amplos que pode anular a própria regra da vedação das provas ilícitas derivadas" (BADARÓ, 2016, p. 413).

Nery Júnior (2009, p. 271) destaca que o legislador brasileiro recepcionou a teoria da exceção da fonte hipotética independente, e não a teoria da fonte independente. Pontua, todavia, que deve haver o reconhecimento da desnecessidade do emprego desse outro meio de prova. De acordo com referido autor: "O CPP 157 § 2º poderia, assim, em tese, neutralizar e inviabilizar o sistema de garantias fundamentais da CF 5º, pois, no limite, sempre é possível imaginar um meio, em tese, apto a gerar a aquisição do elemento de prova".

Sobre a prova derivada da ilícita em que se constata a boa fé dos agentes que a produziram, inexistindo violação a direito fundamental, deve ser avaliada tendo "em vista as particularidades e ponderações de cada caso concreto, sendo admissíveis as provas derivadas das ilícitas quando restar demonstrada a inexistência de nexos de causalidade entre ambas" (NERY JÚNIOR, 2009, p. 273).

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2010, p. 88) assinala que em sendo comprovado inexistir nexos de causalidade entre as provas derivadas e ilícitas ou ainda, quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente daquelas.

Para Paceli (2017, p. 369), a fonte independente pode confundir-se com a "teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense. É que pela teoria da descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta) [...]". E exemplifica com a busca

domiciliar não autorizada que encontra uma vítima de homicídio no local, em que o ilícito penal deverá ser objeto de apuração.

Contudo, Pacceli (2017, p. 370) adverte que na teoria da fonte independente presente a "ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita)". Ou seja, a "fonte independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada".

Questão relevante, ainda que transversal ao tema, diz respeito à teoria do encontro fortuito de provas, que ocorre quando a prova do crime é descoberta em diligência devidamente autorizada, mas para apuração de infração penal diversa. Caso frequente em buscas domiciliares e interceptações telefônicas, ao curso da execução da medida cautelar os policiais se deparam com outro crime sendo praticado, tráfico de drogas, por exemplo, às vezes consumado por pessoa diversa.

Para Pacceli (2017, p. 373), a justificativa para o aproveitamento da prova fortuita é a própria aplicação da lei, divergindo da opinião do Supremo Tribunal Federal para quem, com ligeira variação, a validação da referida prova se sustenta no fato de:

[...] que a conexão entre os fatos e os crimes justificaria a licitude e o aproveitamento da prova, mesmo envolvendo crimes punidos com detenção, para os quais inicialmente, por vedação legal (art. 2º, III, da Lei 9296/96), a interceptação telefônica não seria admitida (HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Informativo nº 361). E posteriormente: HC nº 102.394, Rel. Min. Carmen Lúcia.

Questão ainda mais relevante está na possibilidade de aproveitamento de prova criminal, obtida por medida cautelar autorizada judicialmente, como no caso de interceptação telefônica, em processo não criminal, cível, por exemplo, cuja jurisdição não comporta a produção autônoma (PACCELI, 2017, p. 373).

Conforme, ainda, ensino de Pacceli (2017, p. 373), o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se posicionar e validou o empréstimo de referida prova do criminal para o cível, sob o entendimento de que "aproveitar a prova (emprestada) não implica violação à competência de jurisdição. (Nesse sentido, decisão do STF, na Questão de Ordem em Petição 3.683-2 - Rel. Cezar Peluso, DJ 20.2.2009)".

Quando a prova ilegal for a única maneira de comprovar a inocência de alguém, pacífico o entendimento que, neste caso, deve ser admitida no processo penal. É o caso, conforme Pacceli (2017, p. 375), do agente que, movido por uma causa de justificação

(excludente de jurisdição), "atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação".

Trata-se de circunstância decorrente do princípio da ampla defesa que nutre o processo penal na busca da melhor justiça, em face das limitadas condições que o acusado ingressa na lide processual frente ao órgão acusador, detentor de toda a estrutura estatal para produzir provas.

1.3.5 Devido processo legal

Categorizado entre os direitos fundamentais, tal princípio encontra-se estampado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, cujo texto assenta que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Badaró leciona que o devido processo legal é um princípio constitucional explícito que hodiernamente possui contornos amplos, subdividindo-se em devido processo legal substantivo e devido processo legal processual. O primeiro assegura que as leis sejam razoáveis. Genericamente, consoante Nery Junior (2009, p. 79), o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade. O segundo, de síntese principiológica ou de sentido material, engloba os demais princípios e garantias processuais asseguradas constitucionalmente.

Para Nucci (2018, p. 62), o devido processo legal coordena, ao lado da dignidade da pessoa humana, "o sistema de princípios mais relevantes para a garantia de direitos humanos fundamentais". Conjuntamente, proporcionam unidade e coerência ao sistema que regem.

Por outro lado, sob o prisma penal, o devido processo legal se sustenta no princípio da estrita legalidade, que confere a todos o direito de apenas ser investigado, processado e punido no caso de existir lei penal anterior indicando a conduta como criminosa, com a cominação de uma sanção.

No magistério de Tourinho Filho (2010, p. 84), é o devido processo legal o princípio "erigido à categoria de dogma constitucional", destacando Nucci (2013, p. 72) que sua origem remonta à Magna Carta de 1215, decorrência da expressão "lei da terra", que inicialmente constou da redação desse documento histórico, redigido na origem em latim.

Já a expressão *due process of law*, derivada da primeira citação de 1215, só apareceu em 1354, em lugar de *legem terrae ou by the law of de land*, com a primeira versão em inglês, confirmando Nery Júnior (2009, p. 78) para acrescentar que era reinado de Eduardo III.

Embora a Magna Charta fosse instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional (NERY JÚNIOR, 2009, p. 78).

Completa Nucci que o devido processo legal engloba dois aspectos importantes: o material, que intitula de lado substantivo, que se acha na esfera do Direito Penal, e o processual que denomina lado procedimental, sob a égide do Processo Penal.

No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes (NUCCI, 2013, p. 72).

Na mesma linha, Badaró (2016, p. 86), para quem a base do devido processo legal está nas garantias processuais constitucionais, sem o que "não haverá *due process* ou um processo equo". Ou seja, no aspecto processual, "é um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente".

No ensino de Silva (2005, p. 432), o devido processo legal, combinado com os princípios da plenitude de defesa, acesso à justiça e o contraditório, completa o "ciclo das garantias processuais". E, quando se fala em processo alude-se "a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica".

Partindo-se da noção de que o devido processo legal é a principal garantia de direito subjetivo (SILVA, 2005, p. 430), e levando em consideração tratar-se de postulado constitucional, não pode ser subtraído, embora compatibilizado com as regras processuais penais, da fase pré-processual.

É, por exemplo, o que se verifica com o interrogatório policial cuja forma prende-se, no que couber, ao previsto na fase da ação penal, existindo, conseqüentemente, como espécie do *due process of law* o devido procedimento investigativo, conforme adiante.

Consoante Nucci (2013, p. 81), o conceito de "devido processo legal" sofreu modificações substanciais no curso do tempo, "sendo que a doutrina e jurisprudência

alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão".

Nesse sentido, como desdobramento do devido processo legal, a "devida investigação penal" é dever incontestado do Estado, o qual deve investigar um crime apontando a existência e autoria, cuja função é atribuída, por força constitucional, à polícia judiciária.

Trata-se, conforme esposado, de implícito direito fundamental do investigado o conhecimento prévio de qual o organismo estatal será responsável pela devida investigação legal em face da infração penal por ele cometida.

1.3.6 Devida investigação legal

O processo penal é reconhecidamente ramo do direito público, cujo fundamento maior, embora não único, está alicerçado na Constituição Federal que, como norma maior de organização da sociedade e do Estado, confere os limites na atuação deste quanto aos interesses daquela.

Sendo o sistema uniforme e homogêneo, o direito processual facilita a compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito.

E mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião de princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional (NERY JÚNIOR, 2009, p. 41).

Neste contexto, Baldan (2015, p. 165) assenta que "o processo penal não é um instrumento de arbítrio do Estado. É antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal".

E sendo a premissa basilar do *due process of law* sedimentada na persecução penal realizada em seus dois momentos, um preliminar, de caráter investigativo e preparatório para o segundo, da ação penal, Baldan (2015, p. 165) destaca que o primeiro não está dissociado do segundo, pois ligados dogmática e instrumentalmente. A persecução penal, neste sentido, "é, em si, una, indivisível".

Consoante Lopes Junior e Gloeckner (2014, p. 99), trata-se de instrumentalidade constitucional que sustenta o fundamento da persecução penal, que necessariamente alcança e

justifica a própria investigação preliminar, que "não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento-maior ao qual presta serviço".

Ainda de acordo com Lopes Junior e Gloeckner (2014, p. 99), da mesma forma que o processo não tem como único e exclusivo fundamento o princípio da instrumentalidade, "a investigação preliminar também atende a um patente interesse de eficácia dos direitos fundamentais, para evitar as acusações e os processos infundados".

Assim, na mesma linha, Baldan (2015, p. 165) anota:

[...] que a cláusula do devido processo legal (*due process of law*, ou do *giusto processo*) deva ungar a ação estatal durante esse todo indivisível. Por esse raciocínio, não só o acusado (na fase judicial) mas também o imputado (na fase preliminar de investigação ou, mesmo, alguém desta) deve gozar, na plenitude da garantia individual do devido processo legal.

Portanto, falar-se em investigação sem considerar os direitos e garantias constitucionais do imputado é um equívoco; como destinatário da cidadania prevista na norma fundamental, o implicado na investigação criminal não se despoja das garantias. E desta forma "[...] não pode ser tratado sob o prisma errôneo da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, somente admissível nos domínios do direito civil e do administrativo" (BALDAN, 2015, p. 165).

Conforme descrito, tomando-se por base a unidade do sistema processual penal fundamentado no Estado Democrático de Direito, possível afirmar que a investigação preliminar legal é espécie do gênero devido processo legal.

Vejam-se as normas que instruem, por exemplo, o interrogatório do investigado no inquérito policial — fase preliminar. O artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, determina que o ato terá como base, no que for aplicado, o interrogatório na fase da ação penal.

Desse modo, a devida investigação legal faz parte do contexto geral do devido processo legal que, como mandamento balizador de garantia de uma persecução penal imparcial e justa, lhe dita as regras.

E não poderia ser diferente, visto que também na fase preliminar há aplicação de medidas que restringem direitos fundamentais, como nos casos de prisão temporária, quebra de sigilo telemático, contábil etc.

Com razão, imaginar que todos os princípios penais e processuais só alcançam o processo penal é um equívoco, "pois a persecução penal pode oprimir o indivíduo desde o início, que ocorre na fase do inquérito policial" (NUCCI, 2018, p. 77).

Diante disso, mantêm-se ativos durante a devida investigação penal os princípios da legalidade, da retroatividade benéfica, da culpabilidade, da imunidade à autoacusação, da vedação das provas ilícitas, dentre outros, perfeitamente compatíveis com a atividade do Estado na busca do crime e de seu autor (NUCCI, 2018, p. 77).

Assim, a persecução penal é uma no sentido de que advinda do monopólio estatal da distribuição da justiça penal que, por sua vez, obedece a um ordenamento jurídico organizado que deve primar pelo equilíbrio entre os interesses em jogo, do Estado e do indivíduo contra quem se instala a devida investigação penal.

1.4 Investigação preliminar

Entende-se por investigação preliminar a apuração da infração penal desenvolvida no inquérito policial, no caso de crimes de médio ou alto potencial ofensivo, no termo circunstanciado de ocorrência, no caso de crimes de pequeno potencial ofensivo, e em qualquer caso, quando de infração praticada por adolescente infrator em que é elaborado um auto de apuração de ato infracional, todos no âmbito da polícia judiciária.

Considerando os objetivos do presente trabalho, a referência se atém à investigação preliminar do inquérito policial.

Carnelutti, em citação feita por Aury Lopes Junior e Gloeckner, já ensinava

[...] que a investigação preliminar não se faz para a comprovação do delito, mas somente para excluir uma acusação aventurada. Em outro momento, afirma que, para evitar equívocos, a função do procedimento preliminar não deve ser entendida no sentido de uma preparação do procedimento definitivo, senão, ao contrário, como um obstáculo a superar antes de poder abrir o procedimento judicial. No mesmo sentido é a posição de Gomes Colomer (1997, p. 338 *apud* LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 99).

Em igual sintonia garantidora, Leone (1967, v 2, p 84 *apud* Lopes Júnior e Gloeckner, 2014, p. 100) entende que as finalidades de assegurar a autenticidade total das provas e a preservação de uma publicidade desfavorável a um inocente imputado, é consequência do debate inerente ao processo, que, com sua publicidade, "constitua uma causa de grave descrédito, emoção e humilhação".

A persecução penal no Brasil está sistematizada objetivamente em duas fases, uma preliminar, extraprocessual, destinada à apuração da infração penal e suas circunstâncias, compreendendo, em síntese, a formalização da materialidade e a identificação da autoria; a

segunda, considerada judicial, lastreada pelas provas materializadas na primeira, regra geral, destinando-se à instalação e instrução da ação penal.

Consoante Mendonça (2016, p. 44), a investigação criminal não se confunde com a persecução penal. Esta "caracteriza-se por toda e qualquer atividade que tenha por objetivo elucidar um fato criminoso (perseguição do crime e de todas as suas circunstâncias), e possui duas fases distintas: investigação criminal e a ação penal".

Assim a *persecutio criminis*, via de regra, se inicia pela:

[...] investigação criminal, mas não se esgota nela, pois a ação penal e os atos dela decorrentes, dentre os quais se destaca a instrução criminal - fase de colheita de provas durante o processo -, também se demonstra como uma sequência de atos que buscam o esclarecimento da materialidade do crime, sua autoria e demais circunstâncias (MENDONÇA, 2016, p. 45).

Em outras palavras, duas são as etapas na persecução criminal: a investigação preliminar e a ação penal. Na primeira fase, colhem-se os elementos informativos e ensejadores da ação penal. Na segunda, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, concebe-se a prestação jurisdicional.

Na linguagem gramatical, investigação deriva do latim *investigare*, que significa "fazer diligências para descobrir <i. o motivo de um crime> procurar descobrir (algo), com exame e observação minuciosos" (HOUAISS, 2015, p. 558).

Para Marques (2009, v.1, p. 115), a *persecutio criminis* materializa-se em uma investigação de natureza estatal, destinada ao lastro da ação penal. Daí apresentar caráter informativo e preparatório, "visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: inquisitivo *nihil est quam informatio delicti*".

Por sua vez, do ensino de Pacelli (2017, p. 57) extrai-se que a "persecução penal é dever do Estado" a quem cumpre, diante da infração penal, "a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias. Não por outra razão (espera-se), prevê a Lei nº 12.830/13 que a função investigativa é essencial e privativa do Estado (art. 2º)".

Como destaca Mendonça (2016, p. 44), embora dispensável, pois o titular da ação penal pode iniciá-la com outros elementos de informações, a investigação criminal é necessária em face da surpresa que a infração penal causa. O autor é naquele momento "a única pessoa que conhece todos os passos dados para a prática da infração penal". E para equilibrar a vantagem que ele tem em relação à sociedade, necessário um "procedimento investigativo prévio".

Da dicção de Pereira e Dezan (2013, p. 21), a "investigação criminal é atividade estatal de natureza processual penal, sendo o inquérito policial o seu procedimento fundamental no sistema jurídico brasileiro". Ainda que parcela significativa da doutrina processual penal insista em considerá-lo "procedimento administrativo, ou mera peça informativa, essa incorreção não nos deve obscurecer a compreensão adequada do inquérito policial", conclui o autor.

No mesmo sentido, Dezan (2013, p. 86) conceitua o inquérito como o conjunto de atos que buscam a elucidação de fatos criminais, "[...] comportando o exame da verdade jurídica e razoável, aceitável como verdade real, sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas, envolventes da autoria e da materialidade da infração penal".

Assim, observa-se que, para a aplicação segura e justa do poder jurisdicional, a investigação policial deve elucidar os fatos criminais com imparcialidade, preservando os interesses da sociedade (representada pelo titular da ação penal) e do investigado.

Nenhuma dúvida resta quanto ao direito do investigado de assistência técnica quando a investigação preliminar tem seu início por meio de auto de prisão em flagrante ou de uma medida cautelar de natureza restritiva de liberdade.

Trata-se de corolário constitucionalmente elencado sob o manto do direito individual. É decorrência principiológica da Constituição de 1988 (conforme incisos LIV, LXII e LXIII do artigo 5º) a participação da defesa pela natureza invasiva da restrição de liberdade, bem maior ao qual o poder do Estado deve ser controlado.

E sendo direito fundamental, pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que indeclinável, pois inerente à simples existência humana.

Mas será o direito de ser assistido por defensor limitado unicamente a quando for adotada uma medida cautelar contra o investigado?

A resposta mais coerente com os compromissos internacionais e normas internas sob o ângulo dos direitos humanos é não. Ou seja, ainda que sua liberdade não tenha sido atingida ou restringida, uma vez apontada a pessoa como sujeito da investigação, nasce em seu favor a condição de parte interessada no resultado da apuração criminal.

É o que ensina Saad (2004, p. 199–200), ao destacar a importância do direito de defesa no início da persecução penal, para quem

[...] inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ocorrer em desfavor do acusado, tais como os decretos de prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP) e de prisão temporária (art. 1º da Lei 7960/1989). [...] a decretação de medidas cautelares, como a busca

pessoal ou domiciliar (arts. 240 a 250 do CPP), que limita os direitos de inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada e a integridade física e moral do indivíduo (arts. 5º, III, X, XI e XLIX, da Constituição Federal); a apreensão, que pode restringir o direito de liberdade, tutela e curatela, a posse e a propriedade (art. 5º XXII e LXI da Constituição Federal); a decretação do arresto ou sequestro de bens (arts. 125 a 144 do CPP), que limitam a fruição do patrimônio (art. 5º, XXII, da Constituição da República); a quebra do sigilo fiscal e bancário (art. 8º, § 1º, da Lei 4595/1964), que atinge a intimidade e a vida privada (art. 5º, X da Constituição da República); a interceptação das comunicações telefônicas (art. 10 da Lei 9296/1996), que restringe o sigilo das comunicações (art. 5º, XII, da Constituição da República); a determinação do indiciamento, que acarreta abalo moral, familiar e econômico; e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa (art. 394 do CPP).

E a partir da Lei nº 13.245/2016, o legislador sinalizou, sem subterfúgios, ao direito que consagra o exercício de defesa na fase da investigação criminal preliminar. É o que se constata pela leitura do incluído inciso XIV no artigo 7º da Lei nº 8.906/1994³ (Estatuto da Ordem dos Advogados), o acesso aos autos da investigação criminal como prerrogativa funcional, a ser exercida em qualquer repartição e sem procuração.

Ora, outra finalidade não é a não ser o exercício dos direitos defensivos que assistem o investigado, neste caso o da defesa formal e técnica pelo defensor constituído. E sem contar a defesa pessoal, direito subjetivo a ser exercido a partir do momento em que é chamado aos atos da investigação preliminar, tais como de permanecer silente diante dos questionamentos, em eventual termo de declarações ou mesmo interrogatório.

Trata-se do direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), princípio tácito decorrente do devido processo legal (art. 5º, inc. LII da CF/88), da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII da CF/88) e do direito de permanecer em silêncio (art. 5º, inc. LXIII da CF/88), corroborados pelo artigo 186 do Código de Processo Penal e seu parágrafo único, consoante artigo 6º, inciso V, do Estatuto Processual, que manda aplicar ao interrogatório policial, as regras do disposto no Capítulo III do Título VII do mesmo Livro.

Ignorar o direito de defesa diante de tantos preceitos constitucionais principiológicos e normativos é contrariar a evolução do próprio Estado Democrático de Direito que progride ou desenvolve para proporcionar equilíbrio na relação entre o Estado e sua população.

3. Art. 7º, inciso XIV da Lei nº 8.906/1994, redação da Lei nº 13.245/2016: São direitos do advogado: examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Questão relevante é o direito de acesso e informação do investigado sobre as provas já materializadas e encartadas nos autos, cuja subtração de conhecimento representa relativização do direito de defesa pessoal, na medida em que é impossível defender-se do desconhecido.

A investigação preliminar sediada no inquérito policial, como primeira etapa da *persecutio criminis* abriga atos de apuração e atos de instrução criminal, alguns de caráter transitório, outros de caráter definitivo.

Assim, Saad (2016, p. 302) leciona que

[...] inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ocorrer em desfavor do acusado, tais como os decretos de prisão preventiva e de prisão temporária, se o inquérito já não tiver se iniciado por meio de flagrante, em nítida restrição ao direito de liberdade.

Na mesma linha, as medidas cautelares que limitam direitos constitucionais do investigado, como a liberdade, o domicílio, a intimidade, a propriedade etc., além daqueles invasivos em sua vida privada, como as quebras de sigilo telemático, bancário e fiscal.

Logo, produzindo prova que individualiza o investigado como sujeito do persecutório preliminar, assiste-lhe o direito de ser informado consoante o que se extrai do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Embora o texto constitucional se refira a litigantes, forçoso admitir que nessas condições já nasceu por parte do Estado o interesse persecutório contra o investigado. E ainda que a redação estabeleça processo judicial ou administrativo, também é certo que o constituinte estendeu o alcance por meio da expressão "e aos acusados em geral".

Se o investigado tem o direito de defender-se pessoal e tecnicamente durante a fase preliminar da investigação criminal, conforme previsão do artigo 14 do Código de Processo Penal, e do artigo 7º, inciso XXI, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), sob pena de nulidade dos atos subtraídos da participação do defensor, é certo que somente após tomar conhecimento materializa-se o exercício do direito.

Não se discute mais tratar-se de discricionariedade da autoridade responsável pela investigação, conforme se verifica na Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, cujo texto dispõe que:

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 (BRASIL, 2014, *on-line*).

Nesse sentido, Dezan (2013, p. 95) aponta que o conjunto de provas derivado do procedimento apuratório

[...] há de servir às partes como um todo, não só à parte acusadora, mas também às pessoas que possam ser atingidas pelos efeitos jurídicos produzidos pela investigação, quebrando esse ranço de sanção como vingança estatal que tende a imperar ao se entender o aparato investigativo à disposição ou a serviço da instituição acusadora, como parte processual.

Assim, na conjugação de princípios estabelecidos como garantidores da presunção de inocência do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, do direito de acesso aos autos da investigação criminal assentados na Lei nº 13.245/2016, da assistência jurídica aos hipossuficientes do artigo 134 da Carta Constitucional, sedimentado o direito de ser informado sobre a investigação contra si materializada, pois, do contrário, o exercício da defesa seria inócuo.

Outros dispositivos legais garantem o acesso ao apuratório investigativo para fins defensivos. É o caso do defensor público que, igualmente aos advogados, ainda conta com a prerrogativa funcional prevista no artigo 44, inciso VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, que lhe permite "examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópia e podendo tomar apontamentos".

Sobre o tema, Saad (2004, p. 200) alerta haver flagrante descaso dos tribunais e da doutrina quanto ao respeito aos direitos de defesa dos investigados, independente de tratar-se de investigação criminal do inquérito policial ou outras formas de persecução penal preliminar ou prévia, sendo esta "fase procedimental de significado e importância". E arremata que:

Nesse específico campo, a Constituição da República vem sendo reiteradamente interpretada de forma a restringir as garantias constitucionais lá encartadas, reduzindo-se a nada o direito de defesa (art. 5º, LV) e o direito de assistência de advogado (art. 5º, LXXIV, arts. 133 e 134), já na persecução penal preparatória ou prévia (SAAD, 2004, p. 200).

Assim, sendo uma etapa importante para a obtenção de provas, muitas sem a possibilidade de serem repetidas, deve o investigado contar com a assistência de um defensor, "preparando assim adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo" (SAAD, 2004, p. 201).

Considerada a possibilidade, ainda que incipiente, da investigação na fase preliminar pela própria defesa, que não está impedida de buscar mecanismos jurídicos para provar a inocência do investigado, a ciência sobre esta se torna ainda mais relevante.

Consoante Vasconcelos (2016, p. 17), a investigação defensiva advém do "princípio da paridade de armas inerente aos envolvidos e de acomodação sistemática de mecanismos do sistema adversarial para o sistema brasileiro (distinguindo-se inquisitorialidade de inquisitividade)".

O tema é retratado por Baldan (2007, p. 15), que conceitua investigação defensiva como

[...] complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor teórico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional diferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.

Em face da importância da questão, no terceiro capítulo será retomado o estudo com enfoque exclusivo no direito do investigado em ver comprovada a sua inocência já na fase primeira da persecução penal, o que não o obriga a assistir passivamente ao curso da investigação oficial.

O direito de produzir provas no curso da apuração pré-processual é tema decorrente do direito de ser informado sobre as provas já produzidas e inerente especificamente ao próprio interesse na verdade possível, já que nesta fase não há compromisso com qualquer das partes da futura ação penal.

É do Estado, como titular do *jus puniendi*, a obrigação de apurar as infrações penais definindo a autoria, materialidade e as suas circunstâncias, atividade que o § 1º do artigo 2º da Lei nº 12.830/2013 atribui ao delegado de polícia.

Dezan (2013, p. 92) leciona que o fruto do procedimento apuratório não está preso a nenhuma das partes da futura ação penal. Ensina ser "[...] inerente à própria função investigativa a análise de todos os detalhes que envolvem os acontecimentos fáticos ainda desconhecidos quando da notícia criminis, sem os direcionar finalisticamente a este ou àquele polo materializador de partes processuais".

Conforme a investigação criminal objetiva ao esclarecimento do fato tido como ilícito penal, o Estado compromissa-se "com o bem comum da coletividade administrada e, na

sseau criminal, com o interesse público-social relacionado à elucidação do crime ou da contravenção" (DEZAN, 2013, p. 92).

Na condução do instrumento apuratório, a autoridade policial presta "deferência exclusiva à verdade fática e não à satisfação de interesses acusatórios ou defensivos das partes a serem eventualmente formadas na *persecutio criminis in judicio*" (DEZAN, 2013, p. 94).

A mesma rigidez de compromisso estatal com a "verdade real" não possui o investigado ou seu defensor, gozando de liberdade quanto às provas que lhes pareçam interessar, não estando presos à obrigação de revelá-las.

Evidente que ao órgão de apuração atribui-se a discricionariedade sobre a pertinência e conveniência da referida prova, consoante artigo 14 do Código de Processo Penal. Por sinal, essa mesma regra garante a participação do investigado no procedimento apuratório. Contudo, embora seja o principal interessado no deslinde da investigação preliminar, o Código de Processo Penal não define em que momento poderá o investigado ser cientificado do apuratório que contra ele se desenvolve.

Todavia, o artigo 6º, inciso V, do mesmo Código determina que a autoridade presidente do investigatório deverá promover a oitiva do indiciado com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, ou seja, da fase do interrogatório na ação penal, o que permite entender que o ato de indiciamento é praticamente o termo a partir do qual o investigado passa à condição formal de sujeito de investigação.

Destarte, é importante destacar que, na praxe forense, eventualmente são tomadas as declarações do investigado para deliberar por seu indiciamento após o avanço das investigações, de forma que essa questão não suprime a condição provisória de investigado.

Todavia, ainda que com várias menções sobre o termo "indiciado" ou "indiciamento"

[...] o legislador não definia quais eram os requisitos ou em que condições ou momentos da investigação devia ser realizado o indiciamento. Tal situação somente foi alterada recentemente, com a Lei 12.830/2013, que no seu art. 2º, § 6º dispõe: o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias (BADARÓ, 2016, p. 143).

Ainda de acordo com Badaró (2016, p. 144), o ato de indiciamento deixou de ser subjetivo para tornar-se objetivo, pois a autoridade responsável pela investigação deverá demonstrar a motivação resultante do apurado até aquele momento nos autos, a permitir o apontamento do investigado como o "provável autor do delito bem como quais elementos possibilitam concluir pela existência da materialidade".

Sobre esta questão, o novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei Ordinária nº 8.045/2010), em trâmite no Congresso Nacional, avança substancialmente ao determinar que a autoridade policial deverá cientificar o investigado tão logo se convença da condição jurídica de "indiciado", conforme se verifica do artigo 31, § 1º, do Projeto, que prevê a possibilidade de ser fundamentada já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final.

Tal medida equilibrará a relação do investigado com o persecutório preliminar. É que diante da efetiva demonstração do Estado em apresentar o investigado como autor da infração penal, assistirá a ele o direito de contestar as provas produzidas através da incorporação do que eventualmente conheça. Afinal, se partindo da premissa de que efetivamente o indiciado é o autor da infração, é ele o mais bem informado sobre os fatos.

E neste sentido, tomando por base a questão problemática objeto desta pesquisa que é a demonstração de que o investigado não perde o status de dignidade humana pela prática da infração penal, cabe ao inquérito policial a apuração sob a égide dos direitos fundamentais aqui tratados.

Em um estado democrático de direito, as regras processuais representam o filtro limitador das ações estatais contra o infrator, pois só são permitidas aquelas que não esbarram nos direitos fundamentais; e, em razão da natureza informal da fase preliminar apuratória, também representam uma poderosa arma de proteção do investigado na regência do inquérito policial.

Destarte, considerando que o foco do presente trabalho é a investigação preliminar, oportuno o estudo do atual modelo na persecução criminal estabelecido pelo Decreto-Lei 3.689/1941.

CAPÍTULO 2 – INQUÉRITO POLICIAL

A persecução penal pátria é dividida ordinariamente em duas fases: investigação preliminar e ação penal. A primeira é desenvolvida, nos termos do Código de Processo Penal, através do inquérito policial, em que pese não seja uma regra absoluta.

Na lição de Tucci (2004, p. 29), essa fase pré-processual tem conotação administrativa em sua forma, mas judiciária na sua finalidade, sendo a *persecutio criminis* atividade efetuada em regra, pelos órgãos da Administração Pública, especialmente a Polícia Judiciária.

Destaque-se, conforme Badaró (2016, p. 121), que a instituição policial está dividida de acordo com as suas funções exercidas: a preventiva e de repressão imediata ao delito pelas polícias militares; e a investigativa, como corolário aos crimes não prevenidos pela polícia judiciária ou “repressiva”, com funções “de investigação do delito, atribuição a cargo da Polícia Civil dos Estados e da Polícia Federal”, conforme regra do artigo 144 da Constituição Federal.

O inquérito policial encontra-se previsto no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), malgrado o § 1º do artigo 2.º da Lei nº 12.830/2013, que regula a condução da investigação criminal desenvolvida pelo Delegado de Polícia, faça alusão além do inquérito policial a outro procedimento previsto em lei, ambos com o objetivo da apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Consoante o novo alcance apresentado pela Lei nº 12.830/2013, a natureza policial judiciária do inquérito policial busca a “apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”. Embora o foco deste trabalho seja também a vertente atual, para a compreensão real da sua importância na evolução do direito processual penal pátrio é importante revisitar o nascedouro e a jornada histórica desse procedimento que foi inserido no contexto da persecução penal no século anterior.

2.1 Escorço histórico remoto: embrião do Inquérito Policial

A evolução histórico-social de um povo é formada por inúmeros fatores e, neste contexto, também o Direito. Da digressão de Marques (2009, v. 1, p. 10), extrai-se que o processo penal “subordina-se aos mandamentos reguladores do Direito, pois os atos que o integram estão sujeitos à disciplina normativa que o Estado impõe através das regras e preceitos impostos à obediência de todos”.

Na fase colonial e do primeiro império até a criação literal do inquérito policial (Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824 do mesmo ano), apenas as funções "de natureza do processo criminal" são pontuadas na história do País, de modo que "sempre houve no direito brasileiro alguma forma de apuração preliminar ou prévia" (SAAD, 2004, p. 26).

Apesar de a denominação "inquérito policial" constar pela primeira vez na Lei nº 2.033/1871, as funções de natureza processual criminal já existiam no Código de Processo de 1832, tornando-se especializadas com a separação entre os órgãos de polícia e de judicatura (TOURINHO FILHO, 2010, p. 238).

Conforme Marques (2009, v. 1, p. 77), assim que proclamada a emancipação do País organizado constitucionalmente, "passam a encontrar agasalho e consagração, no direito pátrio, todas as ideias liberais que vinham de substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo".

Assim é que, publicada a Constituição de 1824, o artigo 179 definiu os direitos civis e políticos dos cidadãos, com o que se descortinou no processo penal brasileiro um movimento de "reação às leis monstruosas da monarquia portuguesa, e do qual o Código de Processo de 1832 constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e da nação" (MARQUES, v. 1, 2009, p. 77).

Pela então previsão contida à época na Constituição, o Poder Judiciário era independente e composto de juízes e jurados (no cível e no crime), com a existência dos juízes de paz, aclamados com mandato e maneira semelhantes às eleições dos vereadores das Câmaras (SAAD, 2004, p. 27). Em 15 de outubro de 1827, a Lei passa a fixar as atribuições e os distritos de atuação dos juízes de paz, aos quais competiam funções policiais, preventivas e repressivas.

Dentre as funções repressivas dos juízes de paz, havia a formação do corpo de delito/indicação da autoria. Em se confirmando, o increpado era conduzido à sua presença para interrogatório e diante de testemunhas. Comprovada a acusação, o próprio juiz de paz determinava a prisão, a seguir remetendo o procedimento ao juiz criminal (SAAD, 2004, p. 27).

Na mesma linha de raciocínio refere Almeida (1957, p. 15) que o sumário de culpa competia aos chefes de Polícia em toda a província e na corte, e aos seus delegados nos seus respectivos distritos, bem como aos subdelegados nos seus distritos. E conclui:

Caberia, por isso, daí por diante, e expressamente, àquelas autoridades policiais, "remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos" que houvessem "obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e suas circunstâncias, aos juízes competentes, a fim de formarem a culpa" (art. 4.º § 9.º, primeira parte), isto é, aos juízes municipais e aos juízes de direito. Surgia em embrião o futuro "inquérito policial"! (ALMEIDA, 1957, p. 15)

Com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, mais adequado às garantias constitucionais da época, as províncias foram divididas em comarcas, termos e distritos de paz. Nestes, os juízes de paz eram auxiliados por um escrivão, inspetores de quarteirão e oficiais de justiça, conforme previsão contida no artigo 12.

Mantendo as atribuições dos juízes de paz, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância "consagrou a polícia como um órgão do Judiciário, visto que o chefe de polícia era também um juiz de direito" (SAAD, 2004, p. 30).

Neste sentido, o procedimento de formação da culpa ou sumário de culpa representava, assim, "o embrião do que depois seria regulamentado como inquérito policial, era rápido, encurtado" (SAAD, 2004, p. 32). Conforme Almeida (1973, p. 126), era um procedimento cuja preocupação residia na urgência, como acautelatório das principais provas do delito.

Em estudo sobre a evolução da "formação da culpa", Pitombo (2015, p. 143) ressalta que o maior defeito no modelo da apuração preliminar adotado pelo Código de Processo Criminal foi o "municipalismo judiciário", visto que, além da eleição local do Juiz de Paz, "os inspetores de quarteirão e os escrivães nomeavam-se a Câmara Municipal (arts. 14 e 16)".

Mesmo assim, houve um progresso que permitiu um salto de um sistema centralizado na justiça absolutista dos tribunais régios, fieis às Ordenações, para um sistema que entregava a aplicação da justiça às câmaras municipais e ao povo diretamente. Contudo, passadas três décadas, restou condenado porque "em palavras simples, a polícia e a justiça eletiva tornaram-se instrumento dos mais poderosos" (PITOMBO, 2015, p. 143).

Aliás, entre 1830 e 1840, o Império brasileiro viveu um "período de agitações políticas e movimentos revolucionários que assolou o país", provocando "a reação monárquico-conservadora, notadamente na esfera da organização judiciária e policial, visto que o sistema adotado pelo Código de 1832 se apresentava pouco eficiente para restaurar, definitivamente, a ordem e a tranquilidade" (MARQUES, v. 1, 2009, p. 78).

Como consequência, a promulgação da Lei 261, de 03 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, que regulava a execução da parte policial e

criminal da referida lei, foram apresentados "como instrumentos e meios para o Governo imperial debelar a desordem e impor a sua autoridade em todos os quadrantes da nação" (MARQUES, v. 1, 2009, p. 78).

Por intermédio da referida Lei, a estrutura policial organizou-se de modo descentralizado, pois o município da Corte e cada província passaram a contar com um chefe de polícia e respectivos delegados e subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos presidentes das províncias. Marques (2009, v. 1, p. 80) assevera que, como todas essas autoridades policiais, "além das funções normais da polícia judiciária, tinham competência para a formação da culpa (reg. nº. 120, art. 198, § 5º), vigorava o policialismo mais arbitrário em matéria de processo criminal".

E, apesar do poder híbrido de judicialidade policial que consumiu as três décadas seguintes, o antagonismo político concentrado no poder descentralizado enfraqueceu o Poder Judiciário e as vozes no Parlamento imperial se levantaram exigindo reforma.

As propostas daí erigidas fortaleciam a justiça togada com a ampliação de sua competência, em detrimento da polícia e do júri popular. À época, a justiça policial era tida como frouxa na punição e, ao mesmo tempo, fonte de arbitrariedades, tudo por conta da forte influência exercida pelo meio político, que protegia apaniguados e perseguia adversários.

Neste contexto, nasceu o Código de Processo Criminal de 1871, promulgado pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, e regulamentado no mesmo ano pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro. A grande novidade era a separação entre a Justiça e a Polícia, além da criação do inquérito policial que representou para o sistema processual uma das instituições mais benéficas, "apesar das críticas infundadas contra ele feitas ou pela demagogia forense, ou pelo juízo apressado de alguns que não conhecem bem o problema da investigação criminal" (MARQUES, v. 1, 2009, p. 82).

Com a proclamação da República, sobreveio uma nova Constituição que concedeu autonomia a cada unidade federada para legislar em matéria processual penal e civil. A unidade processual recebeu um verdadeiro golpe que nenhuma vantagem trouxe para as instituições jurídicas; "ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal" (MARQUES, v. 1, 2009, p. 82).

Em alguns Estados, o sistema processual chegou a abolir o inquérito policial como mecanismo de apuração preliminar, enquanto que em outros era adotada a forma contraditória plena em toda a formação da culpa (MARQUES, v. 1, 2009, p. 82).

Tal circunstância não perdurou por muito tempo, pois a unidade processual que havia vigorado no século anterior se restabeleceu com a Constituição de 1934, sobrevivendo à de 1937, com a formação da comissão de juristas para apresentação de um anteprojeto, o que aconteceu quatro anos depois com o Decreto-Lei nº 3.931, de dezembro de 1941, em vigor até a atualidade.

2.1.1 Contexto constitucional jacente e posterior ao Código de Processo Penal e o período da redemocratização

Hodiernamente, a ordem constitucional de um país retrata a própria organização da sociedade, especialmente a forma como o Estado relaciona-se com sua população, além de referenciar o seu alinhamento internacional com relação ao tratamento dos direitos humanos.

Com o Brasil não foi diferente. É possível identificar o modelo adotado a partir da identidade constitucional de cada época.

O Decreto-lei nº 3.931, de dezembro de 1941, produzido no contexto da Constituição Federal de 1937, inspirada na Carta polonesa, de inclinação fascista, e que era "[...] fruto do totalitarismo imposto por Getúlio Vargas, restringiu os direitos e garantias individuais" (BREGA FILHO, 2002, p. 36).

Conforme Silva (2005, p. 83), reportando-se à ordem constitucional e política do País no denominado Estado Novo, a Constituição de 1937 implantou uma ditadura justificada no "risco das ideologias que grassavam no mundo do após-guerra de 1918". Em síntese, realça que "[...] houve ditadura pura e simples, com todo o poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do poder executivo" (SILVA, 2005, p. 171).

Foi neste contexto que nasceu o Código de Processo Penal, outorga de um Decreto-lei inspirado numa Constituição que, no magistério de Silva (2005, p. 171), "[...] é ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas".

Assenta Silva (2005, p. 82), que o texto exigia, para a sua legitimação, a realização de um plebiscito, a eleição dos parlamentares do Congresso Nacional, e a realização de novo plebiscito após seis anos para conformação, termos desatendidos pelo governo. Assim, o País ficou sem Constituição e, por consequência, sem partidos políticos ou imprensa livre, ainda que os direitos individuais constassem do texto (art. 122), pois como uma ditadura, os poderes

estavam concentrados nas mãos do Presidente, governando exclusivamente por meio de decretos-leis e leis constitucionais (BREGA FILHO, 2002, p. 37).

Como se não bastasse o contexto constitucional adverso, o próprio texto do Código de Processo Penal foi influenciado pelo também fascista Código de Rocco, conforme destaca Lopes Junior (2006, p. 145), sendo o inquérito policial, portanto, "[...] um instrumento em crise, que exige uma leitura crítica e sem dúvida constitucional-garantista". Isto porque, pelo seu nascedouro, a legislação processual não estabeleceu um sistema investigativo com garantias de defesa ao investigado; por isso, um único dispositivo autorizando a sua participação na fase pré-processual — o artigo 14, cujo texto faculta à autoridade policial autorizar o pedido de realização de diligência visando à produção de prova.

Acrescente-se que a imposição indiscriminada de legislações autoritárias que permitiam ao Estado a utilização do inquérito policial para fins de política de segurança, nas décadas que se seguiram, desgastaram a credibilidade de tal instrumento como mecanismo de confiança para a apuração das infrações penais.

Já à época, perceptível o uso espúrio do instrumento para fins políticos pelo Estado novo, conforme se evidencia dos Decretos-leis nº 88, de 20 de dezembro de 1937, e nº 431, de 18 de maio de 1938, que disciplinaram o procedimento perante o fascista Tribunal de Segurança Nacional, instituído pela Carta de 1937, com o fim de promover o julgamento dos crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular, consoante magistério de Zaccariotto (2005, p. 94–95).

A supramencionada legislação é realçada à mais ilegítima da história processual penal pátria, fato registrado por Marques (2009, v. 1, p. 86) como um regramento "iníquo e inquisitorial, policialesco e reacionário, em matéria de procedimento penal". Tal estado de coisas alcançava o inquérito que era usado para além da formação de culpa - formação esta que, por sinal, era realizada sigilosa e arbitrariamente -, pois valia como peça de acusação e, gozando de presunção de veracidade, gerava, ao seu término, mesmo à vista de temerárias conclusões, um estado de culpabilidade (MARQUES, v. 1, 2009, p. 85-86).

Assim, forçoso concluir que, à luz do Código de Processo Penal, instituído sob a égide da Constituição do Estado Novo, o inquérito policial não oferecia condições de tratamento adequado ao investigado. Não em virtude apenas do conteúdo e da forma da investigação, mas principalmente em razão da ordem constitucional vigente, de cunho totalitário. Esta ordem constitucional, que ocorreu durante todo o período da ditadura militar com a Lei Fundamental de 1967 e o "Emendão" de 1969, deparou-se encerrada em 1985 com

o início de um processo de democratização a exigir um novo olhar acerca dos valores e aspectos existentes. A respeito de um desses aspectos:

A atividade policial, como um todo, pode ser vista submergindo — sob crítica 'a priori' velada, porém, generalizada sob os auspícios da redemocratização - quase que por completo na obscuridade, como expressão pronunciada do arbítrio e da ineficiência (ZACCARIOTTO, 2005, p. 96).

Na mesma linha de raciocínio, Lopes Junior (2006, p. 145) completa que, embora diverso o momento político atual, o Código de Processo Penal é o mesmo, alertando para sua leitura crítica ante a Constituição, e não o inverso. Considerando-se as garantias e princípios de valorização do indivíduo, na condição de sujeito passivo deve ser considerado um sujeito de direito, por isso a "leitura constitucional do CPP, no sentido de adaptá-lo à realidade" (LOPES JUNIOR, 2006, p. 145).

Correto o autor. É que a Carta Magna atual legou um amplo rol de direitos individuais, entre os quais os relativos aos infratores da lei penal, alçando-os ao *status* de sujeitos de direitos.

2.1.2 Polícia Judiciária e o Inquérito Policial

O mergulho na história do inquérito policial também exige que se conheça o nascimento da polícia judiciária, órgão a quem compete, até os dias atuais, a sua elaboração.

É que o instituto da apuração preliminar com natureza policial não chegou ao País por obra do acaso. É fruto do sistema apuratório que era adotado na Europa, cujo berço teórico teve como protagonismo principal as grandes mudanças introduzidas pela França, especialmente no século XVIII.

Nesse contexto, é preciso ainda considerar que no período colonial o País era servido pelo ordenamento jurídico lusitano, cujos interesses reproduziam unicamente o resguardo da Coroa, por isso sem interesse ao presente trabalho, atento apenas à chegada da família real quando das primeiras medidas do governo.

Registre-se que neste período as atividades jurídico-policiais eram incumbência das Câmaras Municipais, atuando como auxiliares dos Juízes, com funções similares às policiais: os capitães-mores, os alcaides, os meirinhos ou quadrilheiros (investigação) e o almotacés (polícia administrativa), além dos Corregedores e Ouvidores (KFOURY FILHO, 1991, p. 26).

O período colonial, sob regência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, reproduziu uma atividade policial sem referência para o modelo atual, pois “era exercida por diferentes órgãos e, inclusive, por particulares e juízes” (VASCONCELOS, 2016, p. 8). Somente após a chegada oficial da Corte Portuguesa é que se verifica uma profunda mudança na estrutura da atividade policial, com a relação desta com a política e o judiciário.

De todo modo, foi somente com o desembarque da família real no Brasil, em 08 de março de 1808, que surge a primeira organização policial, com o Alvará de D. João VI, de 05 de abril do mesmo ano (SÁ, 2016, p. 30). O ato criou a Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, dirigida por "um Desembargador do Paço e sob a representação de um Delegado de Polícia em cada província. Mais tarde, a essa estrutura foram acrescentados os Comissários, um em cada distrito" (ZACCARIOTTO, 2005, p. 53). No mesmo sentido, Almeida (1973, p. 63), informa que

[...] uma Portaria de 04 de novembro de 1825 estabeleceu *comissários de polícia* na província do Rio de Janeiro e nas demais em que fosse conveniente, escolhidos entre pessoas de reconhecida honra, probidade e patriotismo, e obrigadas a servir, ao menos, durante um ano, salvo incompatibilidades de função pública (grifo do autor).

Competia à Intendência Geral cumprir as normas criminais, transformando-se em “mais um aparato da máquina burocrática que aqui se instalaria” (SÁ, 2016, p. 30), cumulando o Intendente a função de juiz, nos moldes de Portugal, que de sua vez baseava-se no *Lieutenant, o General de Police francês*.

Após a independência, a novel nação reproduziu o sistema francês que cometia ao juiz investigador, na figura dos juízes de paz, a competência de apuração criminal, "especialmente para a elaboração do auto de corpo de delito" (ZACCARIOTTO, 2005, p. 91). Mesmo relativizada, "a tendência foi confirmada pelo Código de Processo Penal de 1832, que manteve nas mãos desses magistrados eletivos a investigação criminal" (ZACCARIOTTO, 2005, p. 91).

A expressão polícia judiciária, embora não desconhecida, se fez presente literalmente:

[...] na denominada Lei de Interpretação, de nº 105, de 12 de maio de 1840, cujo texto, em disposição preliminar, dirimiu dúvidas surgidas em face do conteúdo do art. 10, § 4º, do Ato Adicional de 1834, - a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 - que transferiu a atribuição de legislar sobre polícia 'às Assembléas Provinciaes' (sic). Esclareceu o diploma superveniente, e de modo expresso, que a referida competência não abrangia a polícia judiciária,

que prosseguiu assim vinculada exclusivamente aos provimentos imperiais (ZACCARIOTTO, 2005, p. 92).

Mas foi em 1842, através do Regulamento nº 120, ao disciplinar a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261, publicada em 1841, através do artigo 3º, que se oficializou a criação da Polícia Judiciária no Brasil, confiando-lhe "atribuições não apenas investigativas como também judiciais" (ZACCARIOTTO, 2005, p. 92).

Mais exatamente em 20 de setembro de 1871, através da Lei nº 2.033 e seu Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1872, foram as atividades judiciais desvinculadas das policiais, de modo que a qualificação judiciária foi eliminada dos textos normativos, remanescendo as autoridades policiais como expressão da atividade de polícia judiciária. E a estas "a incumbência de perquirir as infrações penais, porém, e distintivamente da matriz francesa — nesse plano já totalmente abandonada, como protagonistas, e não coadjuvantes de um juiz instrutor" (ZACCARIOTTO, 2005, p. 92).

Em referência à polícia judiciária e ao inquérito policial, Nucci (2018, p. 205) aponta que apesar do qualificativo só revelado pela Lei nº 2.033/1842, as funções, "que são de natureza do processo criminal, existem de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura".

Assim, por setenta anos, a exceção de poucos Estados e em face da competência concorrente para legislar sobre lei processual penal, a execução da investigação criminal restou reservada aos Chefes, Delegados e Sub-delegados de Polícia, conforme artigo 11, § 2º, combinado com 38 e seguintes do mesmo Decreto, por intermédio do inquérito policial.

Importante destacar que, desde a criação no Brasil até a atualidade, a polícia judiciária representa um apêndice do Poder Judiciário, o qual guarda relação com o sistema de processo penal aqui adotado e atribui ao órgão policial a *persecutio criminis extra iudicio*.

Sendo fruto de capítulo próprio na Constituição Federal de 1988, é a atividade policial dividida em preventiva (ostensiva) e repressiva, cabendo àquela evitar que os crimes aconteçam - papel desenvolvido, regra geral, pelas Polícias Militares Estaduais - e cabendo a atividade repressiva, especialmente quanto à apuração das infrações penais, a exceção das militares, às Polícias Cíveis e Federal.

Com o Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, que consagrou o Código de Processo Penal, a expressão polícia judiciária reaparece no cenário da persecução penal, consoante *caput* do artigo 4º, mantendo nas mãos da autoridade policial a atribuição de apurar as infrações penais via inquérito policial.

É possível extrair da exposição de motivos do referido diploma processual as justificativas para a manutenção do inquérito policial como instrumento procedimental de apuração das infrações penais, em detrimento de outros memoriais que tentaram instalar no País o Juizado de Instrução, sob a coordenação da polícia judiciária como auxiliar do Poder Judiciário.

O então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, dirigindo-se ao Presidente da República, baseado na realidade brasileira de "remotos distritos da comarca do interior", aconselhou a manutenção da fase preliminar da persecução penal lastreada no inquérito policial com a polícia judiciária, considerando-se a unidade da lei processual em todo o território nacional. Sobre as vantagens em face dos custos morais e sociais do processo crime, assinalou ser o inquérito policial:

[...] uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena (BRASIL, 1941 *on-line*).

Sobre a opção do legislador, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 127) argumentam ser incontestável que a polícia tem condições de atuar em qualquer rincão do país e nos grandes centros, reconhecendo que, para a época, era sim o "modelo mais adequado à realidade e às grandes dimensões territoriais de nosso país".

Para referidos autores, o custo da atividade policial, comparado ao do Juizado de Instrução, opção que se apresentava então, foi outra razão declarada pelo legislador. Sem dúvida, assentam que, considerado o fator econômico, por demandar recursos humanos com menor grau de especialização, a investigação preliminar policial é mais barata:

Com salário de um juiz ou promotor, o Estado tem condições de manter uma equipe de policiais (que igualmente existiriam se a instrução estivesse a cargo do juiz ou do MP, em última análise, nenhum dos dois pode realizar sua atividade sem o auxílio policial) (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2014, p. 127).

Não se pode esquecer, todavia, que o legislador de 1941 demonstrou-se sensível também com as consequências de uma ação penal precipitada para o acusado, prestando-se o inquérito policial como um filtro de contenção visando minimizar as possibilidades de equívocos acusatórios. Tal assertiva justifica a desproporção que hoje se registra entre o número superior de inquéritos policiais instaurados em comparação ao de ações penais instaladas.

2.1.3 O Inquérito Policial no Direito Comparado

Cabe destacar que, mesmo em sistemas que atribuem ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público a investigação preliminar, em nenhum deles se dispensa pelo menos o auxílio de um órgão policial na execução das atividades.

Ensina Perazzoni (2017, p. 201) que o modelo de investigação preliminar realizado diretamente pela Polícia por meio de instrumento equivalente ao inquérito policial é vigente em outros países, além do Brasil, sendo referência de origem a Inglaterra, posto que é a:

[...] origem desse sistema, ainda hoje, tanto a abertura como a conclusão e o eventual arquivamento das investigações compete única e exclusivamente à polícia. Na Inglaterra, ao “Chief Officer” (equivalente ao delegado de polícia, no Brasil), além do arquivamento das investigações, compete, ainda, dar início à ação penal, passando a acusação (Crown Prosecutor) a agir apenas após iniciada a ação penal (PERAZZONI, 2017, p. 201).

E na mesma linha de raciocínio, mais países seguem o modelo do inquérito policial brasileiro, atribuindo a atividade investigativa ao órgão policial de natureza civil. Cita Perazzoni (2017, p. 201), dentre outros e além da Inglaterra, “a Nova Zelândia, Austrália, Irlanda e Irlanda do Norte”.

Noutra linha, são referências da concentração do poder investigativo a órgão do Ministério Público países da Europa continental, sendo um modelo surgido na segunda metade do século 20 e em substituição ao modelo do “Juiz de Instrução”, mas ainda assim, cabendo à Polícia Judiciária auxiliá-lo.

Assenta Lopes Júnior (2006, p 91) que na Alemanha foi a reforma de 1974 que “suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador”. E que a partir de então, “outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu na Itália (1988) e em Portugal (1995)”.

Perazzoni (2017, p. 199-200) também esclarece a respeito deste modelo de investigação:

É hoje adotado em diversos países da Europa e América Latina, tais como Itália, Portugal, Holanda, Alemanha, Colômbia, Peru, dentre outros. Na Itália, por exemplo, as investigações preliminares são chamadas de *indagine preliminari*, e ao Ministério Público, como titular da investigação competiria realizar diretamente as diligências investigativas, inclusive oitivas e interrogatórios, produzir o caderno apuratório, autuá-lo, também, por óbvio lhe cabe manter o respectivo cartório (arts. 358 a 378 do CPP Italiano).

Contudo, observa Perazzoni (2017, p. 200) que, na prática, o que se constata, em especial nos sistemas do promotor-investigador da Itália e de Portugal e de outros países, é que condutor da investigação “acaba por delegar a realização de muitas dessas tarefas diretamente as polícias, seja pela falta de pessoal, seja pelo fato de o órgão-acusador não estar familiarizado e tampouco preparado para a realização desse tipo de tarefa”.

Tal fenômeno, conhecido como “policialização da investigação criminal”, não raro, é alvo de diversas críticas, sobretudo pelos setores da advocacia nesses países, ao argumento de que a polícia não raro comete abusos e graves ilegalidades quando no exercício dessas atividades delegadas. A consequência é óbvia: embora formalmente esse modelo defina o Ministério Público como responsável pela investigação criminal, na prática, a investigação é conduzida pelas polícias, que, entretanto, não são dotadas dos poderes, prerrogativas e da independência necessária ao fiel cumprimento dessa tarefa (PERAZZONI, 2017, p. 200).

E por fim, o outro modelo de apuração criminal também difundido é o sistema do Juizado de Instrução, considerado o mais antigo, que atribui a coordenação investigativa a um magistrado, ligado ao Poder Judiciário, a quem compete “produzir por ele mesmo” as provas e, encerrada a investigação, submeter o encarte a outro órgão do referido Poder, a quem cabe funções jurisdicionais (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 77-78).

Observa Lopes Júnior (2006, p 78) que a acusação, em geral, continua nas mãos do titular da ação, o Ministério Público, que, na investigação, exerce papel de mero colaborador pleiteante, assim como a defesa, já que o juiz instrutor não se vincula ao que lhe é requerido por esta ou por aquele, podendo decidir conforme lhe convém.

Neste sentido observa Perazzoni (2017, p. 199) que entre os encargos compete ao juiz instrutor “proceder ao formal interrogatório do suspeito, determinar medidas cautelares pessoais ou reais, colher todos os elementos de convicção necessários ao esclarecimento do fato noticiado e requisitar perícias”.

Já a participação da polícia judiciária neste sistema é de execução das ordens exaradas pelo referido juizado da instrução, não exercendo a autoridade policial nenhum poder instrutório ou investigativo próprio.

O modelo já vigorou no Brasil até 1871, quando foi substituído pelo inquérito policial, e cogitou-se seriamente, quando da edição do Código de Processo Penal vigente, pela reintrodução deste sistema no Brasil. Dentre as principais desvantagens apontadas para este sistema, afigura-se destacadamente o excesso de poderes conferidos a uma única pessoa. É o sistema ainda vigente em diversos países como Espanha, França, Argentina, dentre outros (PERAZZONI, 2017, p. 199).

Verifica-se, assim, que, embora se apresente como um sistema burocratizado que prioriza a investigação formal, o modelo do inquérito policial continua vigente em vários países cumprindo seu papel instrutório da ação penal. E o que o diferencia dos outros modelos vigentes e de tradição jurídica é a autoridade condutora.

Isto porque, nos países que adotam tradição jurídica semelhante, as investigações e os demais atos de polícia judiciária, historicamente, são dirigidas e coordenadas por magistrados (juízo de instrução) ou membros do ministério público (promotor-investigador) e [...] que as características gerais dos procedimentos investigativos (sigiloso, inquisitório, escrito e de cognição sumária), tanto no juizado de instrução como na investigação conduzida pelo Parquet não diferem em praticamente nada das características do inquérito policial. (PERAZZONI; SILVA, 2015, p. 85-86).

Desta forma, nos três modelos apresentados para *persecutio extra iudicio* é o inquérito policial o instrumento que melhor se enquadra ao sistema constitucional pátrio, no qual predomina a exigência da imparcialidade ao Estado-investigador das infrações penais.

2.2 Do conceito e da natureza do Inquérito Policial, sua finalidade e seus destinatários

A primeira conceituação de inquérito policial emergiu do artigo 42 da Lei 2.033/1871, regulamentada pelo Decreto-lei 4.824, de 28 de novembro de 1871, indicando que o "inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito" (NUCCI, 2017, p. 205).

É a que prevalece até os dias atuais, já que o Código de Processo Penal vigente não cuidou de conceituá-lo, e da que se serve a doutrina para encontrar uma definição que retrate o procedimento dentro da nova realidade e ordem constitucional.

Adaptando frase verbalizada por Winston Churchill sobre ser a democracia o pior dos regimes, com exceção de todos os outros, Baldan (2007, p. 254) afirma que "hoje, o inquérito policial é o pior meio de investigação; à exceção de qualquer outro".

É sob este prisma teleológico que o conceito do inquérito policial deve ser constituído, enquanto nenhum outro mecanismo assegure o valor instrumental da investigação criminal pré-processual.

A doutrina, por sua vez, em outra linguagem, mas no mesmo sentido, fornece outras conceituações. Segundo Fernando Capez (2011, p. 67), "é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)". E completa tratar-se "de um procedimento administrativo instaurado pela autoridade policial".

Para Tourinho Filho (2010, p. 240), "é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP), visando a elucidar as infrações penais e sua autoria".

Badaró (2016, p. 122) define-o como um procedimento administrativo "consistente em atos de investigação visando a apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, bem como requerer medidas cautelares".

Dessa forma, o procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo e conduzido pela polícia judiciária, é voltado à colheita preliminar de provas destinadas a apurar a prática de infrações penais e sua autoria (PACELLI, 2017, p. 60).

Para Marques (2009, v. 1, p. 124), o inquérito instrui para preparar a ação penal, não exercendo a polícia atividade jurisdicional, mas administrativa, tendo a instrução caráter de ato complexo; é um "procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal".

Para Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 222), inexistindo um dispositivo que, de forma clara e satisfatória, defina o inquérito policial, o conceito deve ser extraído da leitura dos artigos 4º e 6º do Código de Processo Penal. Assim é que, "em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias ao seu curso".

Quanto à sua natureza jurídica, é pacífico na doutrina tratar-se de procedimento administrativo, conforme Tourinho Filho (2010, p. 255); no mesmo sentido, acrescido do termo “pré-processual”, segundo Lopes Junior (2006, p. 155), em face “do sujeito e a natureza dos atos realizados”.

Assenta, por sua vez, Nucci (2013, p. 46), quanto ao sentido de procedimento administrativo, que o inquérito policial cumpre a finalidade precípua de só “permitir o ajuizamento de demandas criminais lastreadas em provas pré-constituídas, vale dizer, somente se ingressa com ação penal contra alguém havendo justa causa”, possuindo, portanto um cunho protecionista. E completa que, assim visualizado, “[...] o inquérito é a garantia de que ninguém será processado criminalmente de modo leviano, sem provas mínimas a respeito da materialidade do crime e dos indícios suficientes de autoria”.

Na mesma linha de raciocínio, Lima (2017, p. 39) assevera que a inexigibilidade de obediência do inquérito policial a uma ordem rígida para a consecução dos seus atos, não retira a característica de procedimento que lhe é peculiar, “já que o legislador estabelece uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão”.

Conforme se confere da exposição de motivos do Código de Processo Penal, o inquérito policial se constitui em uma “[...] garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto de fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas” (BRASIL, 1941, *on-line*).

Do ensino de Tornaghi (1967, p. 39), o conceito de inquérito policial inclui-se no contexto do processo em sentido amplo, conforme segue:

[...] o processo, como procedimento, inclui também o inquérito. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar processo ao inquérito. Deve subtender-se que a palavra não está usada para significar relação processual, a qual em regra, se inicia pela acusação. Demais pode acontecer que a relação processual se instaure ainda na fase do inquérito, v.g. - e é o caso mais frequente desse fenômeno - pela decretação da prisão preventiva [...].

E a ausência de um conceito formal no atual Código de Processo Penal, devidamente suprido pela doutrina, não relativizou a imprescindibilidade do inquérito policial para a persecução penal. Ainda que, tecnicamente, não seja exigido para a instalação da ação penal.

Considerando ser pacífico o entendimento que reconhece no contexto da *persecutio criminis* ocupar o inquérito policial o *status* de procedimento administrativo, possível extrair sua natureza também sob este prisma.

Tourinho Filho (2010, p. 234) reconhece ser por meio do processo que o mandamento constitucional sobre o devido processo legal se torna possível. Contudo, para que isso se materialize, a notícia daquele fato deve ser levada pelo Estado-Administração, com a indicação da autoria, “ao Estado-Juiz, a fim de que, apreciando-o, declare se procede ou improcede, se é fundada ou infundada a pretensão estatal”.

O sistema processual divide os encargos no contexto do Estado-Administração. Com as reservas legais, endereça à polícia judiciária a apuração da infração penal, suas circunstâncias, autoria e materialidade, e ao titular da ação penal — Ministério Público ou ofendido — a legitimidade da apresentação da notícia ao Estado-Juiz.

No caso da polícia judiciária, regra geral, é o inquérito policial o instrumento próprio para referido mister, conforme a ordem jurídica vigente.

Sobre a investigação conduzida por órgão do Ministério Público, trata-se tema controverso, comportando várias visões a respeito, de forma que Nucci pugna pela inviabilidade do promotor de justiça, como titular da ação penal, sozinho, sem qualquer fiscalização, substituir a polícia judiciária e produzir inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria, assumindo postura de órgão investigatório. "Esses procedimentos de investigação criminal (PIC), como regra, são conduzidos em absoluto sigilo, sem nenhuma previsão legal acerca do procedimento" (NUCCI, 2018, p. 209).

Sobre as normas administrativas internas que autorizam promotores e procuradores instaurar procedimentos de investigação criminal, Nucci afirma que a mais certa prova de inexistência de norma legal sobre o tema é a edição de resolução para suprir a lacuna da lei pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Mencione-se, como exemplo, a Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público. Não importa analisar o conteúdo desses atos administrativos, pois seria o mesmo que validá-los indiretamente e eles não apresentam o mínimo requisito de legalidade, diante do sistema constitucional (NUCCI, 2018, p. 214).

Contudo, ainda que o tema tenha sido tratado isoladamente, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593727 (BRASIL, STF, 2014,

on-line) com repercussão geral reconhecida, acolheu a tese que reconhece, com limites, o poder do Ministério Público de promover, autonomamente, investigação criminal⁴.

A Constituição de 1988, ao inserir pela primeira vez capítulo próprio sobre segurança pública e com previsão da polícia judiciária, garantiu novos ares ao inquérito policial, que pôde estabelecer-se como mecanismo democrático de apuração das infrações penais.

Destaque-se, nesta linha, a condição de sujeito de direitos do infrator penal. Por regras garantistas próprias insertas na Constituição de 1988, deve ser considerada a partir desta fase da *persecutio criminis*, que confere ao inquérito policial a condição de procedimento no âmbito do processo.

Cabe constitucionalmente à polícia judiciária, exercida no âmbito da União pela Polícia Federal (CF, art. 144, § 1º) e nos Estados pelas Polícias Civis (art. 144, § 4º, da CF), a apuração das infrações penais, exceção das militares. Assim, implicitamente, o legislador constitucional deu aderência ao *due process of law*, como direito individual para alcançar as funções do Estado-Administração como executor da apuração, já que não há letra morta na Carta Maior.

Para Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 222), "não há dúvida de que a natureza jurídica do inquérito policial vem determinada pelo sujeito e a natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual".

E fundamentam no sentido de que a "atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e, por isso, não pode ser considerada atividade judicial, tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo" (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 222).

Extraí-se, assim, considerando-se a unidade que fundamenta a persecução penal, que a natureza jurídica do inquérito policial é de procedimento pré-processual e não extra-processual, já que no contexto da lei processual penal ele não existe isolada e autonomamente. Está vinculado a um sistema que o atrela ao próprio processo e aos seus órgãos, pois é a este que servirá, mesmo que o processo dele não dependa.

⁴ A tese acolhida, conforme notícia veiculada no portal do STJ, foi: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição".

Quanto à finalidade do Inquérito Policial cabe ver o artigo 12 do Código de Processo Penal que estatui que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou a queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra. Extrai-se da regra, que o Ministério Público ou o ofendido, a depender da natureza da ação penal, servir-se-á dos elementos de informações coletados pelo inquérito policial para sua propositura, tornando-se, este, em lastro de autenticidade e admissibilidade para o convencimento do Estado-juiz.

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2010, p. 240-241) aponta que, da conjugação dos artigos 4º e 12 do Código de Processo Penal, extrai-se que a finalidade do inquérito policial está na "apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la".

Na mesma direção, Badaró (2016, p. 122), Lima (2017, p. 39) e Capez (2011, p. 112), confirmam que o titular da ação penal pode exercer a ação penal, bem como requerer medidas cautelares. Também Nucci (2018, p. 204–205), acrescentando que além de "lastro à formação da convicção do representante do Ministério Público (*opino delicti*), mas também colher provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime".

E complementa Lopes Junior (2006, p. 49) sobre o fundamento de existência da investigação preliminar, que "do mesmo modo que o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista, para evitar as acusações e os processos infundados". E escorado no Ensino de Francesco Carnelutti, Lopes Junior afirma que "a investigação preliminar não se faz para a comprovação do delito, mas somente para excluir uma acusação aventurada" (CARNELUTTI, 1997, p. 338, *apud* LOPES JUNIOR 2006, p. 49).

Deste modo, diante do quadro processual penal pátrio e dos rigores constitucionais de tratamento dispensado ao sujeito da investigação preliminar, é compatível com o inquérito policial atual, referidas finalidades instrumental e garantista.

Para compreender quem são os destinatários do Inquérito Policial é possível começar examinando o disposto no § 1º do artigo 10 do Código de Processo Penal de que a autoridade policial fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos do inquérito policial ao juiz competente. Trata-se de trâmite formal entre os órgãos policiais e o Poder Judiciário.

Neste sentido, assevera Capez (2011, p. 139) que tão logo as investigações estiverem encerradas, o delegado de polícia fará minucioso relatório "sem, contudo, expender opiniões, julgamentos ou qualquer juízo de valor, devendo, ainda, indicar testemunhas que não foram ouvidas (art. 10, § 2º), bem como as diligências não realizadas".

Consoante artigo 11 do Código de Processo Penal, acompanharão os autos remetidos ao juiz competente, os instrumentos do crime e os objetos de interesse para a prova, sem embargo da comunicação ao instituto de identificação e estatística, com menção do juízo respectivo, dados da infração e investigado, nos termos do artigo 23 do mesmo diploma processual.

Do Juízo, o inquérito terá endereçamento direto ao titular da ação penal, no caso da pública, o Ministério Público, ao passo que na privada, o próprio ofendido. Isto porque, conforme dispõe o artigo 12 do Código de Processo Penal, o inquérito policial acompanhará a denúncia ou a queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra, o que deixa evidente que "o inquérito é peça que interessa precipuamente ao órgão da acusação" (MARQUES, v. 1, 2009, p. 128).

Segundo impõe o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública e, acaso a ação seja privada, o próprio ofendido (CPP, art. 30). Assim, embora o inquérito policial tenha como destinatário formal o juiz competente, o destinatário material é o órgão da acusação. Fala-se também em destinatários mediato (juiz) e imediatos (MP e querelante).

Consoante Lopes Júnior e Gloeckner, servindo o inquérito policial para "proporcionar os elementos de convicção para formação da *opinio delicti* do acusador" (2014, p. 288), melhor seria que fosse distribuído diretamente ao Ministério Público. E citam a Resolução nº 63, de 2009, do Conselho da Justiça Federal, que autoriza o trânsito direto do inquérito policial entre a polícia e o Ministério Público, com a ressalva de que a constitucionalidade da medida encontra-se sob debate no Supremo Tribunal Federal.

Já Nucci (2018, p. 53), ao defender que o processo penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório misto, ensina que, para um sistema puramente acusatório, deveria o inquérito ser "destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua *opinio delicti*, e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se que o magistrado possa valer-se dele para a condenação de alguém".

Logo, de se concluir, que realmente são dois os destinatários do inquérito policial: o juiz competente, posicionado como destinatário mediato; e o órgão acusatório (Ministério Público ou ofendido), que materialmente utiliza os elementos nele colhidos, como lastro da peça acusatória, portanto, destinatário imediato.

2.3 Princípios regentes no Inquérito Policial

É na Constituição Federal que se encontram a maioria dos princípios que tutelam o processo penal pátrio, os quais Nucci (2018, p. 61–62) classifica em constitucionais processuais e meramente processuais, bem assim em explícitos, com previsão expressa em dispositivo constitucional, e implícitos, que resultam da conjugação de vários dispositivos constitucionais ou entre estes e outros legais.

Partindo do entendimento de que "o conjunto de princípios constitucionais forma um sistema próprio, com lógica e autorregulação" (NUCCI, 2018, p. 62), irradiando-se por todo o sistema processual, é possível destacar aqueles que também se aplicam ao inquérito policial.

Necessário o registro de que muitos processualistas estudam a aplicação de referidos princípios na categoria de características, o que não retira a qualidade da fonte irradiadora encontrada na Constituição.

2.3.1 Princípios constitucionais processuais alcançados pelo Inquérito Policial

Dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal sobre a presunção de inocência, no sentido de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Primado da dignidade da pessoa humana, posiciona-se no inquérito policial não no sentido de afirmar a inocência do investigado, mas para não considerá-lo culpado durante a apuração criminal, preservando-se, assim, todos os direitos inerentes a esta condição.

Deste modo, a garantia de que nele se atenderá à forma, legalidade e imparcialidade em toda a formação de provas que couber até a sua conclusão, proporcionando, inclusive, o direito pessoal de defesa, cercado dos mecanismos garantistas da sua consecução — preservação da integridade, direito ao silêncio, entrevista antecipada com defensor, da defesa técnica, dentre outros direitos.

Conforme Baldan, a presunção de inocência encontra-se intrinsecamente conectada ao princípio da não-auto-incriminação, que por sua vez aponta como suporte normativo de extração desse princípio a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII) ou presunção da não-culpa (CF, art. 5º, LVII).

Ao lado da presunção de inocência como norma de garantia pessoal do investigado, há o princípio da não-auto-incriminação, pelo que "ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo", o que afasta da autoridade responsável pela persecução penal o interesse na busca de provas a partir do suspeito, como no caso da confissão.

Segundo Nucci, a imunidade a autoacusação pertence à classe dos princípios consequenciais da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo, favor rei, favor innocentiae, favor libertatis*), daí decorrendo a premissa de que o ônus da prova é do Estado acusador, logo, inadmissível a inversão.

Se o indivíduo é inocente, até que provada a sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo (NUCCI, 2018, p. 83).

Ensina com propriedade Baldan (2015, p. 176) que a inequívoca introdução do referido princípio no ordenamento brasileiro está intimamente ligada à ratificação pelo Brasil da Convenção Americana dos Direitos Humanos, cujas garantias devem ser incluídas como inerentes ao modelo processual brasileiro, conforme Decreto nº 676, de 06 de novembro de 1992, consoante o art. 8º, n. 2, alínea "g" que desobriga a pessoa a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado. Vale dizer, "tornou-se, assim, cogente o respeito ao silêncio como instrumento de autodefesa do imputado, em qualquer fase da persecução penal" (BADARÓ, 2016, p. 38).

Com as alterações promovidas pela Lei nº 10.792/2003, no artigo 186 do Código de Processo Penal (revogação do artigo 198 do mesmo Diploma), é pacífica a natureza de verdadeiro meio de defesa do acusado a sua submissão ao interrogatório, tanto judicial quanto como investigado perante a autoridade policial (CPP, art. 6º, V).

Na mesma linha, Pacelli (2017, p. 385) considera que o interrogatório encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa, levando-se em conta o "contexto de um modelo acusatório, tal como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais".

O princípio da não-auto-incriminação é fruto da aplicação interpretativa do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, que garante ao preso o direito de permanecer calado, sendo consenso na doutrina a aplicação em todos os atos da persecução penal, inclusive no interrogatório perante a autoridade policial, conforme já esposado e, especialmente, pela nova redação dos artigos 186 e 198 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792/2003.

Escorado também nos reflexos do mandamento garantista da Carta Maior, Tourinho Filho (2012, v. 2, p. 566) aponta o direito ao silêncio como consequência lógica do princípio *nemo tenetur se detegere*, consagrado pela ampla defesa. Sem que do ato resultem ou

extraíam conclusões contra ele, trata-se de "direito fundamental do indiciado ou réu. Não pode o indiciado sofrer qualquer pressão quando do seu interrogatório policial" (TOURINHO, 2010, p. 296).

Decorrente do direito ao silêncio, é a faculdade de não declarar a verdade, que implica na inexistência de dever de veracidade em face da condição de investigado. É o que ensina Saad (2004, p. 298), no sentido de que não é só o silêncio puro, mas também o direito de poder prestar declarações inverídicas, sem que com isso sofra qualquer represália. É que inexistente no ordenamento penal o crime de perjúrio.

Sobre a questão, destaque-se que o direito de mentir não é absoluto, pois poderá o interrogando ser responsabilizado por falsa identidade, por exemplo, caso minta com relação à sua identidade. Não bastasse isso por si só, a mentira quanto à própria identidade viola o princípio da lealdade processual, no sentido de que ninguém pode se beneficiar com a própria torpeza, caso em que escondendo a própria identidade estaria o investigado frustrando a persecução penal para alcançar a impunidade.

Quanto à amplitude da regra em comento, Saad (2004, p. 298) alerta que a doutrina entende "que o acusado tem o direito de silenciar informações quanto aos fatos, mas não quanto à pessoa, vale dizer, deve o acusado prestar informações verdadeiras acerca de sua identidade, respondendo adequadamente às perguntas quanto à sua qualificação (CPP, art. 187, § único)".

Ademais, comparecendo para exercer o direito de autodefesa, embora presente a garantia ao silêncio, é dominante o entendimento de que não está abrangido o direito de atribuir-se falsa identidade pessoal, respondendo pela infidelidade do ato (LIMA, 2017, p. 603).

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2012, v. 3, p. 306) indica que "da autoacusação falsa pode resultar a condenação de um inocente e, correspondentemente, a impunidade do verdadeiro culpado". Por isso, a norma do artigo 341 do Código Penal pune com detenção de três meses a dois anos, ou multa, a conduta de "acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem".

Trata-se, na verdade, de "um fato perturbador 'do normal funcionamento finalístico da polícia judiciária ou do juízo penal'" (TOURINHO FILHO, 2012, v. 3, p. 306).

Decorrente da opção pelo silêncio, também o direito de não participar do interrogatório, vale dizer, desatender o chamamento para o ato. Sendo a primeira oportunidade para o exercício da defesa, implicitamente, a recusa não poderá resultar reação por parte da autoridade policial.

Sendo o interrogatório um mecanismo unicamente de defesa disponível ao acusado ou investigado, tem-se por revogado o artigo 260 do Código de Processo Penal, por absoluta incompatibilidade com o direito fundamental da não-auto-incriminação, "especificamente na parte em que trata da condução coercitiva de indivíduo que deva ser submetido a interrogatório policial ou judicial. Se pode calar ou mentir, logicamente não estará obrigado a comparecer perante a autoridade judicial ou policial" (BALDAN, 2015, p. 178).

Na mesma linha de raciocínio, Pacelli (2017, p. 385) entende que está "revogada a primeira parte do art. 260 do CPP", descabendo condução coercitiva para a simples realização do interrogatório. Outrossim, Badaró (2016, p. 294) afirma que o não comparecimento é fruto da faculdade que lhe assiste o direito ao silêncio.

Em decisão de 17 de dezembro de 2017, no julgamento da ADPF nº 444 MC/DF (BRASIL, STF, 2017, *on-line*), proposta pelo Conselho Federal da OAB, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar para vedar a condução coercitiva de investigados na fase de investigação. Em sua decisão, sustentou o Ministro que a condução coercitiva de investigado visando ao ato de interrogatório é ilegítima, pelo fato de assistir-lhe o direito de ausência. Somente no caso de flagrante dúvida sobre a "identidade civil do imputado seria uma possibilidade, na medida em que essa é uma hipótese que autoriza mesmo a medida mais gravosa – prisão preventiva, na forma do art. 313, parágrafo único, do CPP".

Da decisão do Ministro Gilmar Mendes que deferiu a medida liminar proibindo a condução coercitiva dos investigados para interrogatório, destaca-se:

No curso do inquérito, não há regra que determine a submissão ao interrogatório. Pelo contrário, como já afirmado, consagra-se ao investigado o direito ao silêncio. Aí reside a falácia principal que fundamenta a condução coercitiva: a alegação de que seria um *minus* em relação à prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A condução coercitiva é, de fato, menos gravosa do que a prisão preventiva. A questão, entretanto, é que realizar o interrogatório não é uma finalidade legítima para a prisão preventiva. A consagração do direito ao silêncio impede a prisão preventiva para interrogatório, na medida em que o imputado não é obrigado a falar. Por isso, **a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal** (grifo do Relator).

A consequência para o não comparecimento ao ato do interrogatório é de natureza procedimental. No caso da ação penal, a decretação da revelia, nos termos do artigo 367 do

Código de Processo Penal⁵. No inquérito policial, acarretará o indiciamento indireto se já conhecida sua identidade civil ou, caso contrário, negando-se em comparecer e inexistindo outro meio de se obter a completa identificação, a condução coercitiva para tal fim.

É que uma das finalidades do inquérito policial é exatamente a apresentação do autor do crime investigado ao titular da ação penal, por isso o interrogatório se desdobrar em dois atos, o primeiro relativo aos dados identificadores e o segundo especialmente sobre a autoria criminal.

Para Marques (2009, v. I, p. 327), o interrogatório é espécie da autodefesa que integra a ampla defesa. Aquela, consiste "na participação direta do réu em quase todos os atos processuais e da presença àqueles que se realizam *coram populo para instrução e debates*" (sic), inclusive no interrogatório, sendo que a atual doutrina e jurisprudência são inequívocas em afirmarem ser ele um meio de prova e meio de defesa.

2.3.2 Direito de postular e de ter assistência do defensor no interrogatório

O comparecimento para o ato do interrogatório representa o auge do exercício da defesa pessoal que, consoante pacificado na doutrina e jurisprudência, nasce do direito de se entrevistar com a autoridade interrogante, que poderá ser influenciada em suas convicções pelas declarações do interrogado.

O direito de postulação é fruto do artigo 14 do Código de Processo Penal, como firmado pela Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, referendada por reflexo endógeno da Lei nº 13.245/2016, que alterou a Lei nº 8.906/1994, a permitir seja exercitada a defesa técnica, sob pena de nulidade do ato e dos produzidos por decorrência do invalidado.

Presente, assiste ao interrogado o direito de requerer diretamente ou por assistência do defensor a produção de prova indispensável ao exercício da defesa, desde que, é claro, esteja compatível com o objeto do inquérito policial.

No caso de interrogatório como ato do auto de prisão em flagrante delito, considerada a força das circunstâncias processuais decorrentes, as medidas garantistas foram alçadas à categoria constitucional.

Assim é que, para o exercício postulatório, cumuladas às regras do interrogatório pelo Código de Processo Penal, prevê o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 as seguintes

⁵ Art. 367 do CPP: O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

providências, que só poderão ser cumpridas pela entrevista pessoal da autoridade interrogante e o preso: inciso XLIX (respeito à integridade física ou moral); inciso LXII (comunicação imediata ao juiz competente, à família ou à pessoa indicada); inciso LXIII (recebimento de informações sobre todos os seus direitos, inclusive de permanecer calado, e de assistência familiar e de advogado); e inciso LXIV (identificação dos responsáveis pela prisão e interrogatório).

Ademais, considerando imprescindível a presença do defensor no ato do interrogatório, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 480) lecionam que tal direito decorre do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição de 1988, combinado com a regra consagrada nos artigos 6º, inciso V, 185 e 188 do Código de Processo Penal. E arrematam que "acabou a figura do advogado como 'convidado de pedra'", pois é assegurado o direito de entrevistar-se com o cliente reservadamente (CPP, art. 185, § 5º), como de "formular perguntas necessárias ao esclarecimento do fato ou à defesa do imputado" (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 480).

Acrescentam, ainda, que "no sistema brasileiro não existe um tratamento diferenciado — no que se refere à forma — para os atos praticados na fase policial em relação àqueles realizados na fase processual" (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 480).

Referidas premissas ficam mais evidentes com as alterações da Lei nº 13.245/2016 no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme já esposado. Com efeito, o inciso XXI do artigo 7º da Lei nº 8.906/1994 garantiu, como prerrogativa do advogado, a assistência a seu cliente investigado, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente.

No mesmo sentido, Saad (2004, p. 285) esclarece que "a presença do defensor garante o assessoramento técnico e, por outro lado, verifica o controle de legalidade do ato, zelando pelo direito a direitos e garantias do acusado".

Nesta esteira, pode-se citar o artigo 43 da Lei nº 4.878/1965, que cuida do regime jurídico dos policiais federais e que prevê, entre as transgressões disciplinares, o ato de impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, a presença do seu advogado.

2.4 Características do Inquérito Policial

Formado por um conjunto de atos balizados pela norma processual penal e decididos de acordo com a natureza da investigação policial e do crime apurado, o inquérito policial, como principal instrumento oficial do Estado, apresenta características próprias inerentes às instituições e agentes públicos responsáveis pela sua consecução.

Segundo Greco (2016, p. 17), José Alaya Lasso, um Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ao prefaciá-lo Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais (Direitos Humanos e Aplicação da Lei), apontou, "com precisão, as consequências pelo descumprimento das leis por parte das forças policiais, bem como, por outro lado, o que ocorre quando as leis são cumpridas e os direitos humanos respeitados", o que permite concluir sobre a importância de um instrumento de investigação preliminar oficial regulado por normas processuais e em perfeita sintonia com o ordenamento interno e internacional, conforme se confere pelas suas características.

No que tange à atividade investigatória, ela é marcada pela oficialidade, pela oficiosidade, pela autoritariedade e pela indisponibilidade.

Como decorrência da avocação do Estado, a atividade investigatória estatal deve ser desenvolvida pelos órgãos criados por lei (oficiais), mesmo nos casos de crime de ação privada. Na mesma linha de raciocínio, Capez (2011, p. 116) reconhece que "o inquérito policial 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".

Estas atividades investigatórias devem ser conduzidas pelas autoridades indicadas pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei Processual Penal. É o que dispõe o artigo 4º do Código de Processo Penal, ao indicar que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições com o fim de apurar as infrações penais e autoria.

Nesse sentido, Marques (2009, v. 1, p. 116) assenta que o inquérito policial "é a forma por excelência da investigação", constituindo-se no mais importante dos procedimentos prévios que se destinam à preparação da ação penal, embora reconheça que pela redação do parágrafo único do artigo 4º do Código Penal, outras autoridades administrativas diversas daquelas de Polícia Judiciária possam exercer função investigatória. De qualquer forma, prevalece a noção de que, seja pelo inquérito policial ou outro mecanismo administrativo, a atividade deve ser exercida por órgão oficial.

No caso do inquérito policial, complementa a regra o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/2013, ao dispor que a autoridade policial referenciada pelo artigo 4º do Código de

Processo Penal é o delegado de polícia, a quem cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei.

Nesta linha, o "delegado de polícia representa o cargo de função instrumental ao Estado na busca da elucidação da infração penal" (DEZAN, 2013, p. 81), de sorte que o texto legal reflete harmonia com a Constituição Federal de 1988, ao indicar as carreiras jurídicas típicas de Estado. Refere, assim, ao que dispõe o artigo 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, que atribui, regra geral, a apuração das infrações penais aos órgãos de polícia judiciária que oficialmente indica.

Paralelamente à oficialidade da atividade investigatória, sobressai a sua oficiosidade, uma vez que a atividade das autoridades policiais independe de provocação, sendo de natureza obrigatória a atuação diante do conhecimento da infração penal, a não ser nos restritos casos em que a movimentação dependa de autorização do ofendido.

Corolário do princípio da legalidade (obrigatoriedade), ou dever jurídico, a instauração do inquérito policial é compulsória "diante da notícia de uma infração penal (CPP, art. 5º, I), ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (CPP, art. 5º §§ 4º e 5º)" (TOURINHO FILHO, 2010, p. 270).

Em se tratando de crime de ação penal privada, do mesmo modo que na jurisdição, a processualização da persecução penal é monopolizada, ou seja, o inquérito policial deve ser instaurado de ofício pela autoridade policial (delegado de polícia estadual ou federal), a partir do conhecimento da existência do fato delituoso (PACELLI, 2017, p. 61).

Conforme Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 274), é da autoridade policial em cuja jurisdição territorial ocorreu o delito a competência "o dever de agir de ofício, instaurando o inquérito policial. É uma verdadeira *inquisit ex officio*". Mas não é só de ofício que atua a autoridade policial. Conforme dispõe o artigo 5º do Código de Processo Penal, o inquérito policial será iniciado também mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. Em todos os casos, de ofício ou provocada, a autoridade policial fica obrigada a apurar a infração penal, tratando-se de crime de ação pública.

Por sua vez, trata-se a autoritariedade de uma exigência extraída do texto da Constituição Federal, conforme artigo 144, § 4º, no sentido de que incumbe às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, a apuração das infrações penais. É do constituinte, regra geral, a indicação de qual autoridade é a responsável pelo inquérito policial, consoante recepção do Código de Processo Penal, pelas regras do título II.

E conforme já esposado, a Lei nº 12.830/2013 regulamentou o dispositivo constitucional estabelecendo, sem dúvida, a autoridade a qual se referiu, conforme artigo 2º, § 1º, com objetivo de apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Na mesma linha, Lima (2017, p. 51) assinala que "incumbe ao Delegado de Polícia (civil ou federal) a presidência do inquérito policial", sendo a ilação retirada do texto constitucional de que fica "a cargo de órgão oficial do Estado, nos termos do art. 144, § 1º, I, c.c. art. 144, § 4º, da Constituição Federal".

Quanto à indisponibilidade, ela é uma característica que confere a plenitude do controle da sociedade sobre o inquérito policial. Após instaurado pela autoridade policial, resultado do princípio da obrigatoriedade, não pode ela dispor do inquérito. É o que apregoa o artigo 17 do Código de Processo Penal, proibindo o arquivamento pela autoridade presidente, seja ela a instauradora ou não, pois não possui competência para isso (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 288).

É o caso, inclusive, do inquérito policial redistribuído em face da matéria ou mesmo por transferência da autoridade policial que o instaurou. O novo delegado de polícia a quem recaia a presidência, concordando ou não, fica impedido de dispor da apuração criminal prometida na instauração.

Ademais, ainda que no decorrer da apuração a autoridade policial verifique tratar-se de fato atípico, irrelevante penal, ainda assim não poderá determinar o arquivamento do inquérito (LIMA, 2017, p. 107). Referida providência só pode ser tomada pela conjugação de convencimento jurídico de outros órgãos.

Trata-se de regra que advém do sistema de equilíbrio que sustenta a persecução penal: a autoridade que instaura não pode arquivar (dispor); a autoridade que pode arquivar (juiz) só pode fazê-lo por provocação do órgão titular da ação penal (Ministério Público), que pode requerer ao juiz o arquivamento, mas não arquivá-lo isoladamente. Se houver discordância entre as autoridades naturais oficiantes — juiz e promotor, aplica-se a regra do artigo 28 do Código de Processo Penal, devendo os autos ser remetidos ao Procurador Geral de Justiça, que poderá oferecer denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistir no arquivamento, quando o juiz estará obrigado a aceitar.

Fruto do referido equilíbrio, Capez (2011, p. 143) assenta que, faltando justa causa, a autoridade policial pode (aliás, deve) deixar de instaurar o inquérito, mas, uma vez instaurado, o arquivamento só se dá mediante decisão judicial, provocada pelo Ministério Público. Trata-se de desdobramento da indisponibilidade da própria ação penal pública.

Tratando-se de crime de ação penal privada, Tourinho Filho (2010, p. 332) defende que o pedido de arquivamento do inquérito por parte da pessoa com legitimidade para intentar a queixa, "equivale à renúncia, e, nesse caso, cumpre ao Juiz decretar a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, V, do CP".

Completa Capez (2011, p. 144) que não cabe recurso em face do arquivamento do inquérito policial, ressaltando os crimes "contra a economia popular, conforme artigo 7º da Lei nº 1.521/1951, e nas contravenções penais dos arts. 58 e 60 do Decreto-Lei nº 6.259/1944, quando caberá recurso em sentido estrito".

Uma vez arquivado o inquérito policial, impossível sua utilização para instruir denúncia sobre o mesmo fato, salvo se surgirem novas provas do crime ou de sua autoria (BADARÓ, 2016, p. 149). Aliás, dispõe o artigo 18 do Código de Processo Penal que "a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se outras provas tiver notícia". A regra processual demanda questões.

A percepção pela leitura do art. 18 do CPP, que permite à autoridade policial tendo ciência de outras provas, empreender novas investigações, corresponde ao entendimento esposado por Tourinho Filho (2010, p. 332), no sentido de que o "despacho que determina o arquivamento não faz coisa julgada", e à sua conclusão de que "somente as decisões que definem o juízo, que resolvem o *meritum causae*, é que transitam em julgado".

Alerta Nucci (2018, p. 263) que a decisão sobre o arquivamento, em regra, não gera coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo. Contudo, se o arquivamento ocorreu por atipicidade da conduta, deve a decisão descansar definitiva, "não havendo sentido em sustentar que, posteriormente, alguém possa conseguir novas provas a respeito de fato já declarado penalmente irrisório".

Por sua vez, Lima (2017, p. 107) aponta que a falta de lastro probatório que demanda o arquivamento do inquérito é uma decisão com efeito *rebus sic standibus*, vale dizer, "mantidos os pressupostos fáticos que serviram de amparo ao arquivamento, esta decisão deve ser mantida; modificando-se o panorama probatório, é possível o desarquivamento do inquérito policial".

O mesmo desiderato no caso do arquivamento ocorre com base em excludente de ilicitude ou de culpabilidade, cuja decisão gera coisa julgada material, eficácia preclusiva de coisa material julgada (PACELLI, 2017, p. 74), sendo descabido reabrir-se a investigação pelo desarquivamento, sob justificativa de novas provas.

A exceção é a excludente de culpabilidade por doença mental, uma vez possível a possibilidade de se aplicar medida de segurança.

Destaque-se que a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal preleciona que "arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação ser iniciada sem novas provas". É o que Badaró (2016, p. 149) aponta como efeito de imutabilidade da decisão de arquivamento que impede nova persecução penal pelo mesmo fato.

Por outro lado, como o arquivamento do inquérito enquadra-se na categoria de decisão, pois discordando da *opinio* do Ministério Público, o juiz deverá submeter a questão ao exame da chefia da instituição. Pacelli (2017, p. 74) entende que, como efeito, gera o ato direito *subjetivo* ao investigado, em face da Administração Pública, na medida em que a reabertura das investigações está condicionada ou subordinada à existência de determinado fato e/ou situação concreta (CPP, art. 18).

Quanto ao seu procedimento, o Inquérito Policial é formal, sigiloso e inquisitivo.

Considerando-se o sistema processual burocratizado, com a participação de vários atores e órgãos, impensável o inquérito policial ou a existência de uma investigação verbal (CAPEZ, 2011, p. 115); por isso a rubrica do artigo 9º do Código de Processo Penal a exigir a forma escrita como regra, o que, aliás, decorre de seu caráter inquisitivo (BADARÓ, 2016, p. 126). E em face do controle externo pelos órgãos do Ministério Público e do Judiciário, como da sua finalidade (levar ao titular da ação penal as provas da materialidade e autoria do fato criminoso), inaceitável outra forma que não a escrita.

Por outro lado, como bem observa Marques (2009, v.1, p. 129), o inquérito policial não é só instrumento da denúncia ou queixa, servindo também para a emissão de juízo de probabilidade de medidas cautelares, como no caso de prisão, temporária ou preventiva, além de outras invasivas na intimidade do investigado, e tudo "fundado tão só no procedimento policial de instrução provisória", exigindo-se, por isso, algum rigor formal da peça investigatória.

Assim, levando-se em conta o caráter escrito do inquérito policial, é discutida na doutrina a possibilidade de se utilizar do recurso de gravação audiovisual no curso das investigações policiais. Não obstante o silêncio do Código de Processo Penal, é preciso considerar que na data em que ele entrou em vigor (1º de janeiro de 1942), tais mecanismos tecnológicos eram indisponíveis.

Para Lima (2017, p. 85), seja por força de interpretação progressiva ou de aplicação subsidiária do artigo 405, § 1º, do Código de Processo Penal, há de se admitir no curso do inquérito a utilização de novos meios tecnológicos, sendo, desta forma, possível que o interrogatório do investigado, assim como os depoimentos e declarações sejam feitos "pelos

meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”.

Trata-se de uma forma de garantir a autenticidade dos atos produzidos no curso da investigação criminal, cujos áudios e imagens poderão sanar dúvidas sobre o sentido de um depoimento ou mesmo da confissão, especialmente sobre a lisura e neutralidade dos agentes da polícia judiciária.

É o artigo 20 do Código de Processo Penal que determina que a autoridade deverá assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato criminoso. Embora contrastando com o direito à informação do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988, como da liberdade de imprensa etc., o sigilo visa proteger o investigado, contra quem inexistente acusação e vigora a presunção de inocência.

Na visão de Greco (2016, p. 75), o sigilo do inquérito deriva da necessidade de "a autoridade policial ainda estar levando a efeito as diligências necessárias à elucidação dos fatos", diferentemente da ação penal que, "via de regra, possui uma natureza pública, permitindo que qualquer pessoa possa tomar conhecimento de seu conteúdo [...]".

Nucci (2018, p. 246) anota que, diferentemente da publicidade que rege o processo, não cabe a qualquer do povo, a pretexto de fiscalização das atividades do Estado-investigação, exigir o acesso ao inquérito policial. A fiscalização é exercida por órgãos estatais, o que dispensa a publicidade. Alerta, contudo, que "inexistindo inconveniente à 'elucidação do fato' ou ao 'interesse da sociedade', pode a autoridade policial que o preside, permitir o acesso de qualquer interessado na consulta aos autos do inquérito" (NUCCI, 2018, p. 246).

Badaró (2016, p. 126) destaca que o sigilo não atinge a prerrogativa do advogado, que por força do artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 9.906/1994, pode examinar em qualquer repartição ou instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de inquérito policial ou procedimento similar, findos ou em andamento.

O dispositivo não faz qualquer restrição quanto ao fato dos autos se encontrarem protegidos por "segredo de justiça". Todavia, por força do § 10, acrescido ao artigo 7º do referido Diploma, acrescido pela Lei nº 13.245/2016, o exercício da prerrogativa fica condicionado à apresentação de procuração. E mesmo antes da sobredita Lei, a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal já havia pugnado pelo direito do advogado de acesso ao inquérito policial sob sigilo, consoante segue:

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 (BRASIL, STF, 2014, *on-line*).

No julgamento do HC nº 82.354-8/PR, em 10 de agosto de 2004 (BRASIL, STF), sob relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a reserva do exercício funcional do advogado já era reconhecida como oponível ao sigilo do inquérito policial.

Por outro lado, o sigilo das investigações do inquérito policial não é absoluto. Se por um lado visa eficácia na elucidação do fato criminoso ou o próprio interesse da sociedade, de outro há casos em que a publicidade vai ao encontro da mesma eficiência, como em crime de autoria desconhecida com retrato falado do autor (LIMA, 2017, p. 110).

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2010, p. 253) pondera que há crimes em que o interesse da sociedade exige a difusão da fotografia do criminoso, permitindo que "bons cidadãos possam, de qualquer modo, colaborar com as autoridades", embora a regra ainda seja a sigilação.

Como garantia de que é o interesse público que justifica o eventual sigilo nas investigações, assenta Lima (2017, p. 110) que o artigo 325 do Código Penal prevê a violação do sigilo funcional, assim como no caso do artigo 10 da Lei nº 9.296/1996.

Por sua vez, os artigos 18 e 20 da Lei nº 12.850/2013 tratam do "crime organizado" e também cuidam da necessidade de preservar o sigilo. O primeiro pune a conduta de revelar a identidade do colaborador (delator que celebrou acordo com a administração) sem a sua prévia autorização por escrito. E o segundo penaliza o simples ato de descumprimento da determinação de sigilo das investigações que envolvam ação controlada e a infiltração de agentes.

Nos dois casos, o sigilo visa a proteção de pessoas envolvidas nos atos de apuração de crime organizado, o colaborador e o agente infiltrado. A revelação poderia não só prejudicar as investigações como colocá-los em situação de risco.

O fato do Inquérito Policial ser inquisitivo indica que todo o procedimento investigativo estará concentrado nas mãos de uma única autoridade — o presidente da investigação. Por isso, sua atuação independe de provocação, sendo obrigatória e indisponível, mas vinculada com o poder-dever de imparcialidade e busca da verdade real atingível.

Trata-se de característica decorrente dos princípios da oficialidade e obrigatoriedade, que regem a atuação policial repressiva do inquérito policial, é inquisitivo pelo fato de o procedimento e as atividades persecutórias inerentes encontrarem-se comandadas por uma

única autoridade natural que, como consequência, "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 de sua autoria" (CAPEZ, 2011, p. 117).

Consoante magistério de Tourinho Filho (2010, p. 258), "o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir o contraditório, a imposição da sigilação e a não intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios".

Como elemento justificador da característica inquisitiva, pode-se citar a discricionariedade aberta pelo artigo 14 do Código de Processo Penal, a permitir o indeferimento simples de requerimento de diligência do ofendido ou investigado (exceto o exame de corpo de delito, à vista do artigo 184), bem assim a proibição de arguição de suspeição das autoridades policiais.

Sobre a discricionariedade aberta do artigo 14 do Código de Processo Penal:

A nosso ver, e tendo em conta a ampla defesa, dogma de fé, deveria o legislador, no art. 14, conferir ao indiciado ou ofendido o direito de requerer diligências que julguem necessárias e cujo indeferimento só poderia ser fundamentado, com direito a recurso ao superior hierárquico (TOURINHO FILHO, 2010, p. 259).

Dessa forma, a natureza inquisitória do inquérito policial decorre da inexistência de contraditório, embora aplique-se a ele a ampla defesa, a exemplo das declarações defensivas no interrogatório ou do próprio silêncio (BADARÓ, 2016, p. 124).

Ademais, à impossibilidade de opor-se suspeição da autoridade policial, Tourinho Filho (2010, p. 214) arremata que, por analogia ao artigo 254 do Código de Processo Penal, deve a própria autoridade deixar de intervir no inquérito.

Contudo, importante o ensino de Saad (2004, p. 154) no sentido de que o caráter inquisitivo do inquérito policial está no fato de ele representar instrumento para a busca da verdade atingível, o que caracteriza o próprio processo penal. Alerta, entretanto, que a inquisitividade, ínsita ao processo penal, nada tem com o processo penal inquisitório.

Não se confunde inquisitividade e inquisitorialidade, ou caráter inquisitivo e processo inquisitivo, que leva a maioria da doutrina a entender que o acusado não pode ter nenhuma participação na primeira fase da persecução penal (SAAD, 2004, p. 154).

Em destaque, explica que no modelo inquisitório, que vigorou na justiça eclesiástica e que passou para a justiça secular, não era permitida qualquer ingerência do interessado no procedimento, concentrando o inquisidor as funções de acusar, defender e julgar.

Conforme ensino de Almeida (1973, p. 214), a autoridade policial, no exercício de seu caráter inquisitivo, reúne em si todos os poderes-deveres de indagação da verdade real, por força de lei, os mesmos poderes que, na fase da ação penal, estarão sendo exercidos pelo promotor e o juiz, "como realizador definitivo da norma penal".

Não bastasse, a autoridade policial, nem por um momento, liberta-se do dever de imparcialidade, nem da natural inquisitividade, motivadora da busca da verdade, obrigando-se, por igual, a colher e produzir prova em favor do suspeito e do indiciado (SAAD, 2004, p. 158).

No entanto, levando em conta os avanços garantistas introduzidos no ordenamento jurídico na última década, não é possível sustentar o caráter inquisitivo ortodoxo que a doutrina mais conservadora lhe impõe.

É o caso da Lei nº 13.245/2016, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), a ampliar o acesso dos advogados ao inquérito policial, inclusive assegurando o direito de assistência pessoal aos investigados, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento.

Importante a lição de Almeida (1973, p. 214), no sentido de que no inquérito policial não há incompatibilidade entre a inquisitorialidade e o exercício do direito de defesa pelo indiciado, sendo, pois, o seu interesse ao menos em demonstrar que não deve ser denunciado. E a "sanção às ofensas a seu direito de defesa, nesse momento, são de caráter disciplinar, e não de caráter processual". Desta forma, cai por terra a alusão de que é o inquérito policial um modelo de característica de procedimento inquisitivo puro.

Do conjunto destas características aqui mencionadas, juntamente com a finalidade do Inquérito Policial e os princípios que o regem, são evidenciados os deveres da autoridade policial. Ademais, o artigo 6º do Código de Processo Penal estabelece os iniciais deveres da autoridade policial em face do conhecimento da prática de uma infração penal. Trata-se de um elenco de providências para que a autoridade policial adote, conforme oportunidade e conveniência da medida para a infração penal investigada, se cabível ou não ao caso.

Desta forma, a obrigatoriedade estampada no verbo "deverá", encontrado no *caput* do artigo 6º referido, não pode ser assimilada de modo inflexível, posto que a complexidade de imposição de um ritual para o inquérito policial leva em conta a natureza discricionária da investigação, a depender da linha de apuração ditada pelo fato e suas circunstâncias. Contudo,

Capez (2011, p. 127) assenta que, mesmo inexistente uma ordem prática aos atos, "o art. 6º do Código de Processo Penal indica algumas providências que, de regra, deverão ser tomadas pela autoridade policial para a elucidação do crime e da sua autoria".

Sendo assim, o rol de providências do artigo 6º contempla avaliação de conveniência da aplicabilidade, considerada a natureza jurídica da infração penal apurada, sendo algumas obrigatórias e outras discricionárias. Por seu turno, os artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal anunciam um rol exemplificativo de providências investigatórias, tão logo haja ciência do fato delituoso. Tais providências podem ter caráter de obrigatoriedade, caso do exame pericial nas infrações que deixam vestígios, ou ainda natureza discricionária, quando ficará ao crivo "da autoridade policial, que deve determinar sua realização de acordo com as peculiaridades do caso concreto (v.g., reconstituição do fato delituoso)" (LIMA, 2017, p. 73).

É o caso do comparecimento pessoal no local da infração, conforme inciso I do artigo 6º do Código de Processo Penal, cujo objetivo é a preservação do estado e conservação das coisas, pelo tempo necessário, para a realização dos atos periciais.

Nessa linha, por exemplo, há crimes que não deixam vestígios, seja pelo modo de execução ou pela própria natureza da conduta, cabendo, então, à autoridade policial a avaliação da medida, em face de sua formação técnico-jurídica. Sendo o caso de infração que deixa vestígio, torna-se obrigatório o comparecimento do perito no local da infração penal, por força do artigo 169 combinado com o artigo 6º, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Os dois incisos seguintes relacionam-se com a produção de provas decorrentes do exame do local da infração. O inciso II indica que após a liberação do exame pericial, a autoridade policial providenciará a apreensão dos objetos que tiverem relação com o fato, fazendo-os acompanhar os autos do inquérito. Por sua vez, o inciso III determina a coleta de todas as provas úteis ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Em síntese, os incisos seguintes direcionam para os atos que devem consubstanciar o inquérito policial como caderno de informações para os respectivos destinatários. Assim, a oitiva do ofendido (inciso IV), do indiciado, com observância ao interrogatório judicial, no que for aplicável (inciso V), o reconhecimento de pessoas, coisas e as acareações (inciso VI), o exame de corpo de delito e demais perícias (inciso VII), a identificação do indiciado, sendo aplicável, pelo processo dactiloscópico e com cópia da folha contendo os seus antecedentes e boletim informativo de sua vida pregressa (incisos VIII e IX), visando trazer para os autos informações sobre eventuais dependentes daquele increpado, especialmente filhos menores e/ou deficientes, com o nome e contato de eventual responsável, no caso de prisão (inciso X).

Trata-se de elenco elucidativo e não taxativo, com outros atos previstos em legislação especial, cujas medidas dependerão do próprio curso investigativo adotado no inquérito policial, servindo como roteiro para que a autoridade policial tenha uma espinha dorsal das principais providências.

A execução dos atos está determinada também pelo Código de Processo Penal, conforme Título VII, que cuida das provas, contemplando onze capítulos que são aplicados ao processo penal como gênero e ao inquérito policial, considerada a sua forma inquisitiva de materialização procedimental, sem a rigidez do contraditório puro da ação penal, complementadas por legislações específicas, a exemplo da oitiva de membros da Magistratura (Lei nº 8.625/93) e Ministério Público (Lei Complementar nº 35/79), com ajuste de local, dia e hora para a diligência, nos moldes do que já previsto para outras autoridades (CPP, art. 221e §§).

Destaque-se que, fruto da Lei nº 12.830/2013, o legislador conferiu o poder requisitório ao delegado de polícia com o fito de conduzir para o caderno investigatório tudo o quanto relevante para a prova criminal, com base na requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, com objetivo dirigido, qual seja a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

2.5 Valor probatório e elementos de prova do Inquérito Policial

Está na atual redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, o conteúdo do valor probatório que juridicamente se reconhece. Ao tratar do livre convencimento racional do juiz na decisão da lide penal, a Lei nº 11.690/2008 limitou o julgador à apreciação da prova produzida sob o contraditório, proibindo-o de fundamentar a decisão exclusivamente nos elementos informativos produzidos na investigação, ressalvando apenas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas. Vale dizer, admite-se que o julgador se fundamente nas provas colhidas no inquérito policial desde que não de forma exclusiva, isto é, descolado das demais provas produzidas na ação penal e que foram referendadas no contraditório.

Marques (2009, v. 1, p. 130) já reconhecia que, como instrução provisória, o inquérito policial teria apenas valor informativo, posto que preparatório para o oferecimento da ação penal, pelo que fazia a advertência de que, em face do livre convencimento racional do julgador, não havia nenhum óbice à existência de fundamento também no inquérito, em que pese excepcional, conforme se verifica abaixo:

Se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum* forem tais que gerem a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, para fundamentar complementarmente a sua decisão. Notadamente quando os fatos apurados no inquérito policial se entrosam, como dados circunstanciais, às provas colhidas na fase judicial da instrução (MARQUES, 2009, v. 1, p. 130).

Mas, conforme observa o supracitado autor, existem no inquérito provas de caráter absoluto, a exemplo das provas periciais, que, mesmo sem a participação do réu, possuem maior dose de veracidade, "visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões". Por isso, "devem ter valor idêntico ao das provas colhidas em juízo" (MARQUES, 2009, v. 1, p. 131).

Diante do caráter de conteúdo informativo, da finalidade preparatória da ação penal e do fornecimento de elementos de convicção ao Ministério Público ou ao ofendido, Capez (2011, p. 118) defende que o valor probatório do inquérito policial é relativo, pois não são produzidos "sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito".

Igual o entendimento de Badaró (2016, p. 151), para quem os elementos trazidos pelo inquérito policial não constituem provas no sentido técnico-jurídico, mas apenas e tão somente "informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar".

Nesta esteira, pode-se citar o que dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal como fundamento para esse entendimento, dado que o juiz não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, com as ressalvas previstas. Aliás, é a redação deste artigo 155 que acolhe a distinção entre elementos de informação e provas, ao indicar que o juiz deve formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, ficando proibido de fundamentar a decisão exclusivamente nos elementos informativos da investigação preliminar (BADARÓ, 2016, p. 151).

Contudo, é de se notar que as coisas se passam de forma diferente na prática judiciária, pois os autos do inquérito policial permanecem na ação penal, conforme se extrai do artigo 12 do Código de Processo Penal, o que "sempre poderá ter alguma influência, ainda que não expressamente declarada, no convencimento judicial" (BADARÓ, 2016, p. 152).

Defendendo valor mais abrangente, Saad (2004, p. 161) ensina que o inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem e convencem, tanto que aptos a sustentar a prisão em flagrante, a prisão temporária ou preventiva, além de medidas cautelares invasivas aos direitos do suspeito.

Desta forma, os elementos constantes do inquérito policial se destinam também a gerar convencimento, completamente diferente do contexto informativo a que se quer relegá-lo. No mesmo sentido, Anselmo (2016, p. 63) refuta a tese de que o atual inquérito policial é simples peça informativa, bastando para a decretação de medidas cautelares, recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, concessão de liberdade provisória e até mesmo para determinar o arresto e o sequestro de bens.

Nada obstante, diante do texto do artigo 155 do Código de Processo Penal, a prova apta a gerar o convencimento racional do juiz deve ser aquela produzida sob o crivo do contraditório, para gozar do tratamento processual penal. E como no inquérito policial não há previsão de contraditório, mas apenas de defesa, neste sentido, o valor probatório do quanto nele produzido, tecnicamente, não pode ser absoluto.

Importante destacar que, apesar desta acepção doutrinária como peça informativa de valor relativo, o inquérito policial gera deveres, direitos e obrigações, conforme os princípios que regem o próprio processo penal, como é o caso da indisponibilidade da ação penal, a extinção da punibilidade, o reconhecimento de excludentes etc. Vale frisar, ainda, que na fase de investigação preliminar também se produzem provas sujeitas ao contraditório diferido, nomeadamente no caso das provas periciais, irrepetíveis.

Com o advento da Lei nº 9.099/1995, a forma simplificada e meramente informativa dos atos da investigação preliminar ficou restrita aos crimes de pequeno potencial ofensivo, cuja apuração se dá pelo Termo Circunstanciado de Ocorrência, reservando-se ao inquérito policial a apuração dos crimes de médio e alto potencial ofensivo.

Retomando o artigo 155 do Código de Processo Penal, cabe destacar que, embora seu texto, em sentido estrito, reconheça o *status* de prova somente àquela realizada sob o manto do contraditório pleno, é certo que há elementos de provas que derivam exclusivamente do inquérito policial, reservando-se ao julgador a liberdade de gerar seu convencimento pelo que dele se origina. Logo, em sentido lato, o tema não foge ao que se aplica ao caderno investigativo.

Tomando por base a matéria sob esse prisma, pode-se conceituar prova (em latim, *probatio*) como um "conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex.,

peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação" (CAPEZ, 2011, p. 344).

Segundo Houaiss (2015, p. 774), provar significa "mostrar a autenticidade de (algo) com razões, fato etc.; comprovar, dar demonstrações de; realizar ações ou portar-se de certo modo para convencer".

No mesmo sentido, Badaró (2016, p. 388) assevera que "a prova como atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos" e alerta, contudo, que a "palavra prova é polissêmica e seu estudo transcende o Direito", permitindo conceituação de "tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém" (2016, p. 388), mas que são comuns outros significados, atividade probatória, meio de prova e resultado probatório.

Ao tratar da prova judiciária, Pacelli (2017, p. 333) define que o objetivo pretendido é "claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal qual efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*".

No caso do inquérito policial, o objetivo delineado é também o de produzir todas as provas que promovam a reconstrução racional da verdade a partir do fato apurado. Ainda que parte da doutrina entenda existir no inquérito atos de investigação e apenas de instrução provisória, antecedente da propositura da ação penal (MARQUES, 2009, v. 1, p. 123), é certo que também outros defendem conter o inquérito atos de instrução criminal definitiva, exemplificando o caso do recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa e as provas não repetíveis (PITOMBO, 1991).

O *inquérito policial* contém, assim, atos de investigação variados. A pesquisa da verdade e dos meios de prová-la eventualmente em juízo foi objetivo claro que o legislador lhe reconheceu, sem limitações que transcendem sua própria natureza de investigação probatória em relação a certos gêneros de prova. Tais, por exemplo, os de formação do corpo do delito (ALMEIDA, 1973, p. 62).

Na mesma linha, Saad (2004, p. 169) complementa que há instrução no inquérito, porque com base nele "o juiz decide se há, ou não, fundamento para a acusação, bem como avalia se os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou outras medidas ou provimento cautelar estão, ou não, presentes faticamente".

O leque de atuações jurisdicionais que o inquérito policial concluído proporciona é, na atualidade, bem maior se comparado a criação. Além das ações cautelares relacionadas à restrição ou liberdade do investigado, às garantias de efetividade da prestação jurisdicional ou mesmo para produção de provas, é possível extrair-se do inquérito a justa causa para a instalação da ação penal ou, contrariamente, para recusá-la, a exemplo das causas extintivas da punibilidade.

Muito embora sem interesse para o objeto do presente trabalho, registre-se que há distinção terminológica na doutrina sobre fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova, restando fixado que fonte de prova recai sobre coisas ou pessoas das quais se extraia a prova, derivando sempre do sítio delituoso, independente do inquérito ou processo. Já os meios de prova são os instrumentos jurídicos que proporcionam a arrecadação daquela fonte de prova, como é o caso da prova testemunhal ou documental. Por sua vez, os meios de obtenção de prova são os procedimentos legais que proporcionam a produção da prova. Em regra, são extraprocessuais, e realizados por agentes da autoridade, peritos etc., a exemplo da interceptação telefônica, cujo laudo de transcrição pericial ou de análise das conversações leva às provas materiais.

Para Nucci (2016, p. 685), os meios de prova, como expressão jurídica, abrangem a totalidade dos "recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Podem ser lícitos — os admitidos pelo ordenamento jurídico — ou ilícitos — contrários ao ordenamento, logo vedados pela CF/88 (art. 5º, LVI)".

Consoante ensino de Badaró (2016, p. 387), a distinção entre os meios de prova e os meios de obtenção de provas está na capacidade de convencimento. Enquanto os primeiros são "aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática", os meios de obtenção de provas "são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas", funcionando o poder de convencimento de forma indireta.

Como exemplos de meios de provas, pode-se citar o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública, cujo convencimento do juiz se dá diretamente pelo contato com a prova. Quanto aos meios de obtenção de provas a relação é indireta, a exemplo de uma busca e apreensão destinada a arrecadar um extrato bancário, cujo resultado dependerá do sucesso da empreitada.

Importa destacar que os meios de obtenção de provas, em regra, restringem direitos fundamentais do investigado, normalmente afetos às liberdade públicas assentadas nos pilares da intimidade (CF, art. 5º, X), privacidade (CF, art. 5º XI) e liberdade de manifestação do pensamento (CF, art. 5º, XII), do que são exemplos, respectivamente, a suspensão do sigilo

bancário ou fiscal, a busca domiciliar e a interceptação de comunicações telefônicas (BADARÓ, 2016, p. 387).

Como meios de prova podem ser elencados no Código de Processo Penal os exames de corpo de delito e as perícias, a inquirição do ofendido e das testemunhas, o reconhecimento de pessoas ou coisas, a acareação, os documentos e os indícios, constantes no título VII. Já o interrogatório do investigado ou a confissão (capítulos III e IV do título VII), embora integrados entre os meios de prova e assim serem catalogados pela doutrina dominante, estão mais adequados como meios de defesa. Por isso, possuem uma dupla natureza jurídica.

Os meios de obtenção de provas também são denominados como meios de investigação ou de pesquisa. Badaró a eles se refere como "sendo instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova" (2016, p. 387) e alerta, contudo, que "o único meio de obtenção de prova disciplinado pelo CPP é a busca e a apreensão, embora elencada, erroneamente, entre os meios de prova" (2016, p. 387).

Feitas as breves considerações acerca das distinções semânticas, é importante destacar que a validade das provas produzidas no inquérito policial está vinculada ao cumprimento dos rigores estabelecidos pela lei. Hoffmann et al (2017, p. 23) ensinam que "tendo em conta que os atos do inquérito policial são emanados de órgão do Executivo mas seguem a forma do CPP e da CF com necessidade de chancela judicial em alguns casos, os vícios podem ser classificados em: irregularidades, invalidações e inexistências".

É também de Hoffmann et al (2017, p. 23) a explicação de que as irregularidades (ato irregular) são imperfeições sem consequências, a exemplo da nota de culpa não entregue ao autuado, embora o interrogatório tenha sido executado nos termos constitucionais; enquanto que as invalidações (ato anulável ou ato nulo) são evitadas por defeitos que invalidam o próprio ato e presume-se a perda da prova, seja relativa (indiciamento não precedido de fundamentação) ou absolutamente (interceptação telefônica sem autorização judicial); e que as inexistências são as chamadas "deficiências que acarretam a não existência do ato - exemplo do relatório de inquérito policial assinado não pelo delegado, mas pelo escrivão".

Nesta linha e em discordância a parcela considerável da doutrina que nutre o pensamento de que, por ser mero instrumento de formação da *opinio delicti*, não estaria o inquérito policial apto a nulidade por vício, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 337) afirmam que a sua natureza administrativa "não o blindava contra as garantias processuais próprias do sistema processual penal constitucional brasileiro" e concluem que "a principal razão deriva da dicção do art. 5º, LV, da CF, que amplia e estende a incidência dos princípios da ampla defesa, do contraditório e devido processo legal à fase de investigação preliminar", e por uma

razão elementar de que "não é lícito ao intérprete, quando em jogo direitos fundamentais, realizar interpretação restritiva não expressamente autorizada pelo constituinte originário".

De outra forma, refutam o argumento de que "os elementos de prova produzidos no inquérito policial não seriam utilizáveis para a fundamentação da sentença" (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 337) até porque observa o legislador (art. 155 do CPP) desde que não o faça isolada e exclusivamente.

Deste modo, os atos praticados no inquérito policial são suscetíveis do controle de legalidade jurisdicional, até porque incorporados pela denúncia à ação penal integram o processo e estão aptos à formação da convicção do julgador. Deste modo, comungamos do pensamento, embora minoritário, que desatendidos os rigores legais para a produção de elementos de provas no inquérito policial, deve o magistrado declarar a sua nulidade e desentranhamento.

Tal circunstância exige que a autoridade policial blinde a produção de provas por elementos instruídos pela legalidade formal e material, adotando como padrão não só os dispositivos processuais, mas também os constitucionais, especialmente os regidos pelos princípios fundamentais. Destarte, por meio dos rigores legais, consolida-se o próprio regime democrático que está sedimentado sob alicerces, entre os quais a dignidade da pessoa humana, consoante se confere pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Relembrando que os meios de obtenção de provas podem ser encontrados em leis especiais: interceptação das comunicações telefônicas (Lei nº 9.296/1996); interceptação ambiental (nominada na Lei nº 12.850/2013); as quebras de sigilo financeiro (Lei Complementar nº 105/2.001), fiscal (CTN, art. 198) e bancário; a infiltração de agentes (Leis nº.s 12.850/2013 e 13.441/2017); a ação controlada; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos e privados e de informações eleitorais e comerciais; a cooperação entre instituições e órgãos públicos; etc., cabe observar que o surgimento de novos meios de obtenção de provas é decorrente também da própria evolução social, cultural e tecnológica.

A sociedade moderna é retratada a partir do século XX como fruto de uma vida globalizada pelos fetiches tecnológicos que não permitem o isolamento da própria identidade. De algum modo, o individualismo e a blindagem da identidade restringiram-se a poucos aspectos em face da evolução dos equipamentos de comunicação e controle social da rede de internet.

Não bastasse isso, o moderno modelo de vida decorrente da evolução das comunicações entre pessoas, empresas e o próprio Estado, ao mesmo tempo em que criou

facilidades sociais, também possibilitou que crimes fossem cometidos por meio dele. Paralelamente, a mesma tecnologia que melhorou a vida em sociedade, por se materializar por meio de plataformas eletrônicas, digitais ou materiais, bem assim possibilitou a prática de crimes digitais, e uma vez direcionada para a persecução penal também fornece mecanismos como meio de obtenção ou produção de provas.

Inadmissível que o império da lei pudesse conviver com um território inacessível a um mínimo e aceitável controle social, ainda que digital, como é o das redes sociais, do trânsito de comunicações telemáticas etc. Assim, as mensagens eletrônicas, por e-mail ou aplicativos, redes sociais e de computadores, telefones celulares, arquivos digitais em nuvem ou em plataformas físicas etc., transformaram-se em um rico celeiro para a busca de provas criminais. Entretanto, por se tratar de arquivos pessoais protegidos por normas constitucionais de cunho fundamental, decorrentes da inviolabilidade da intimidade e vida privada, o acesso do Estado é limitado e controlado.

Destarte, a própria tecnologia torna-se o embaraço (é o caso da troca de mensagens criptografadas), inacessíveis ou dificultadas pela forma de transmissão — ponto-a-ponto, caso da plataforma utilizada pelos aplicativos whatsapp, telegran etc; o acesso só pode ser permitido sob controle jurisdicional e condições rigorosas da legislação processual.

A mais moderna delas e que revolucionou os meios de obtenção de provas é a interceptação telefônica e telemática prevista na Lei nº 9.296/1996, a qual transformou o campo processual penal pela influência da comunicação à distância na vida atual. Consoante o significado semântico, interceptação é o ato de obstrução, apreensão, de surpresa, do que é enviado a outrem. Derivado de interceptar, cujo sentido é "interromper o curso, deter, captar ou apreender (aquilo que é dirigido a outrem)" (HOUAISS, 2015, p. 551).

A Lei nº 12.850/2013, que trata das figuras delitivas envolvendo as organizações criminosas, contém um rol atualizado de meios de produção de provas que se aplicam, em especial, nas investigações do inquérito policial. O artigo 3º da sobredita Lei especifica meios de obtenção de provas, aplicados a qualquer fase da persecução penal, sem prejuízo de outras leis:

I. colaboração premiada; II. a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III. ação controlada, IV. o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V. a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI. o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII. a infiltração, por policiais, em atividade de investigação; VIII. a cooperação entre instituições e órgãos

federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Para Pacelli (2017, p. 846), as importantes novidades da Lei nº 12.850/2013 não constavam do catálogo jurídico-cultural do País, razão pela qual foram importadas, fato que, por si só, jamais seria um problema, eis que as experiências legislativas e culturais devem ser compartilhadas entre os povos.

O conceito de organização criminosa é fornecido pelo § 1º do artigo 1º desta mesma Lei como a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada, com divisão de tarefas entre os envolvidos, mesmo que de modo informal, tudo com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

2.5.1 Colaboração premiada

Instituto integrante do ordenamento jurídico até então com o título de "delação premiada", estava previsto também como redutor de pena em várias leis. A Lei nº 7.492/1986 (Sistema financeiro nacional), pelo artigo 25, § 2º, e a Lei nº 8.137/1990 (Ordem tributária), artigo 16, parágrafo único, ambas com alterações da Lei nº 9.080/1995, que já concediam benefícios a criminosos, como estímulo à delação de cúmplices e confissão espontânea reveladora da trama infratora. A Lei nº 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos), conforme artigo 7º, § 4º, além da previsão no § 4º do art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro, premiando o concorrente com redução de pena, se da ação proporcionar a libertação do sequestrado).

A Lei nº 9.034/1995, que tratava das organizações criminosas, pela redação do artigo 6º, à época estimulava a colaboração espontânea de cúmplices para o esclarecimento das infrações, mediante redução de pena.

Da mesma forma, a própria Lei nº 9.269/1996, já comentada, assim como a Lei de Proteção a Testemunhas (Lei nº 9.807/1999), conforme artigos 13 e 14, permitem ao réu colaborador benefícios que podem chegar ao perdão total ou a redução de pena, obedecidas condições legais.

A Lei nº 11.343/2006, que cuida da repressão aos crimes de tráfico de drogas, consoante art. 41, estabelece premiação ao réu colaborador com redução de pena. Finalmente,

a Lei nº 12.683/2012, que deu nova redação ao § 5º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, tratando da lavagem de capitais, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, se da colaboração resultar esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A delação, ou o chamamento do corréu, segundo define Badaró (2016, p. 454) consiste na afirmativa feita por um dos acusados, ao ser interrogado em juízo ou na polícia, pela qual, além de confirmar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa.

Trata-se de confissão, em que o interrogando reconhece sua participação no crime e, na qualidade de colaborador espontâneo, para que o Estado possa desarticular a organização criminosa, labora fornecendo detalhes do funcionamento e integrantes, o que se apresenta, para parte da doutrina, como uma testemunha especial, com o que discorda Badaró (2016, p. 454), por não haver compromisso que resulte em falso testemunho ou pela impossibilidade de contradita.

Conforme Busato (2016, p. 217), a adoção da medida pela Lei nº 12.850/2013 atendeu a ditames internacionais, em especial da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado e transnacional (Convenção de Palermo) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ambas internalizadas regularmente no País.

A disciplina da colaboração processual na Lei nº 12.850/2013 é o documento legislativo mais avançado, por contemplar efetiva regulação sobre conteúdo, forma, momento e, ainda que parcialmente, o procedimento probatório da delação, já que anteriormente, o instituto era tratado apenas em seus efeitos materiais (BADARÓ, 2016, p. 457).

Pacelli (2017, p. 848) assenta que não há direito subjetivo do eventual investigado e/ou processado em acordo de colaboração processual, devendo prevalecer o interesse público na admissão pelas autoridades. É que muitos crimes, pelas nuances e envolvimento de poderosos na arquitetura da organização criminosa, pelos meios dispostos na persecução penal não poderiam ser alcançados, senão pela colaboração.

Na atualidade, diante da complexidade de crimes cometidos sob o subterrâneo da relação social, especialmente os que envolvem agentes políticos com prerrogativa do exercício da função pública ou da imunidade por mandato, a colaboração premiada tornou-se o único e eficaz mecanismo investigativo.

2.5.2 Infiltração de policiais, ação controlada e cooperação entre instituições e órgãos públicos na busca de provas e informações de interesse da investigação ou instrução criminal

A infiltração de policiais é medida prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), obrigando a execução por policiais, conforme o texto legal, "em atividade de investigação, na forma do art. 11", o mesmo artigo que exige que a infiltração policial na organização criminosa seja precedida de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, em que seja demonstrada a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Verifica-se, assim, serem cinco os elementos básicos para a aprovação da infiltração que deverão ser analisados pelo magistrado, e devem ser demonstrados pela autoridade proponente: indícios de materialidade (art. 10, § 2º, da Lei nº 12.850/2013); necessidade da medida, a se realizar de forma oculta e com caráter subsidiário (art. 10, § 2º, segunda parte, da Lei nº 12.850/2013); o alcance das tarefas, representadas pelo grau de intromissão na intimidade alheia, para nortear o magistrado nos limites da diligência (art. 10, *caput*, parte final, da Lei nº 12.850/2013); nomes ou apelidos dos investigados, ou seja, as informações, ainda que incompletas, dos alvos que serão objeto do monitoramento investigativo visando possibilitar que a organização seja identificada na sua estrutura e os envolvidos; e o local em que a operação se desdobrará, embora não se exija precisão acerca de tal informação, conforme se depreende do texto legal (NUCCI, 2016, p. 702).

De acordo com Pacelli, a infiltração de agentes foi prevista anteriormente na Lei nº 9.034/95, com redação dada pela Lei nº 10.271/2001 (antiga legislação sobre organizações criminosas), assim como na Lei nº 11.343/2006, que cuida do tráfico de drogas, do mesmo modo que a ação controlada.

A natureza jurídica do instituto da infiltração de agentes, na concepção de Nucci (2016, p. 724) é de um meio de prova misto, envolvendo a busca de testemunha, visto que o infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha.

Sobre o conceito, Nucci (2016, p. 724) assenta que "representa uma penetração em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros", fazendo uma comparação com a infiltração de água, que "segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida". Deste modo, conclui que o objetivo é possibilitar que investigadores ingressem, legalmente, no âmbito da organização criminosa, como se integrantes fossem. Para tanto,

[...] mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas, hierarquia interna. Nesta atividade, o agente infiltrado pode valer-se da ação controlada para mais adequadamente desenvolver seus objetivos (NUCCI, 2016, p. 724).

A operação exige pleno controle judicial, podendo, tal qual a colaboração premiada, ser adotada também durante a instrução criminal. Se autorizada durante o inquérito policial, sendo proposta pelo *Parquet*, deverá ser ouvido o delegado de polícia para manifestação técnica. Mas, se efetivada no curso da instrução criminal, precisa estar em perfeita harmonia com a polícia judiciária, para haver sucesso na empreitada, respeitando-se, em qualquer caso, o necessário sigilo (NUCCI, 2016, p. 724).

São requisitos da infiltração de agentes: a) que se trate de policiais (civis ou federais); b) os executores da medida, que se trate de tarefa de investigação criminal sediada em inquérito policial, regido sob o absoluto sigilo; c) manifestação do Ministério Público; e d) a indispensável autorização do juiz competente.

No mesmo sentido, a infiltração de agentes policiais na rede de internet para fins de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente, consoante previsão da Lei Federal nº 13.441/2017, que alterou o Estatuto da Criança e Adolescente. O meio de obtenção de prova somente poderá ser implementado em sede de investigação criminal, por prazo determinado e com autorização judicial.

Questão relevante, e que se aplica a qualquer dos mecanismos legais de produção de prova aqui tratados, é o instituto da serendipidade (expressão originária da lenda oriental referente aos três príncipes viajantes de Serendip, que no trajeto fizeram descobertas distintas do objetivo a que se destinava a viagem), e que no processo penal está identificado como encontro fortuito de provas de infração penal diversa da investigada. É o caso de uma busca domiciliar destinada a um objetivo relacionado a um crime, mas que na execução é também encontrada prova de outra infração penal sem relação com a investigada.

Atualmente, os tribunais têm validado a prova fortuita para motivar nova investigação sobre o crime aleatoriamente descoberto. E não poderia ser diferente, pois a impunidade resultaria em mal maior por atingir a coletividade. Em tempos de amplo alcance das interceptações telefônicas autorizadas, tal prática é cada vez mais corriqueira pela popularização dos telefones celulares que passaram a oferecer inúmeros serviços de comunicação à distância.

Veja-se o que ocorre no interior das cadeias e penitenciárias: mesmo ilegalmente introduzidos, os aparelhos de celulares são cada vez mais utilizados na prática de crimes, muitos possibilitando que facções criminosas continuem operando de forma organizada.

Quanto à ação controlada, trata-se de instituto ligado ao poder-dever das autoridades policiais de ação no caso de crimes em estado flagrancial, inerente ao princípio da obrigatoriedade na apuração criminal, adotando, em consequência, todas as providências pertinentes para efetuar a prisão em flagrante.

Pacelli (2017, p. 884) retrata que a ação controlada é tipicamente uma atividade investigativa, "como estratégia para ampliar a coleta de elementos informativos, retardando o cumprimento de determinadas diligências, cuja realização imediata poderia reduzir o campo de informações necessárias à persecução penal mais eficaz de determinadas infrações penais".

Arremata, ainda, que ao contrário de possível ilação no tocante ao artigo 1º da Lei nº 12.850/2013, que autoriza a ação controlada como retardamento da intervenção policial ou administrativa na investigação, de que poderia o instituto alcançar ações fora do contexto policial, pelo artigo 8º da Lei, somente à autoridade policial destina-se a medida (PACELLI, 2017, p. 884).

De outro modo, a ferramenta de coleta de prova já era conhecida no ordenamento jurídico pátrio. Antes, a Lei nº 9.034/1995, que tratava das organizações criminosas, e a Lei nº 11.343/2006, referente ao tráfico de drogas, já previram o instituto.

Conforme artigo 8º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, a autoridade policial deverá promover a anuência do juízo sobre a adoção da medida, que estabelecerá os limites temporais e funcionais concernentes, informando o membro do Ministério Público.

Destaque-se que a procrastinação da ação policial em casos de crimes da Lei nº 11.343/2006, referente ao tráfico de drogas, mencionada pela doutrina como "entrega vigiada", conforme artigo 53, inciso II, também é autorizada, no caso de portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, tudo para proporcionar às autoridades a possibilidade de identificar e responsabilizar o maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Evidente que, diante do princípio da obrigatoriedade inserto no artigo 301 do Código de Processo Penal, a atuação policial deverá ser precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, nos termos do caput do artigo 53, desde que conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores, condicionante imposta pelo parágrafo único do mesmo artigo.

Tal qual na ação controlada, a ação vigiada permite ao agente de segurança que, percebido o cometimento do crime de tráfico de drogas, possa acompanhar os criminosos sem que seja necessária sua atuação naquele momento, através de prisões ou abordagens.

Deste modo, a entrega vigiada é também uma exceção aos casos de prisão em flagrante, uma vez que o agente de segurança — mesmo presenciando uma ação criminosa — não agirá, uma vez que busca a maior eficiência em sua ação policial.

O instrumento da entrega vigiada também encontra abrigo na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada pelo Decreto nº 154/1991. Em seu artigo 1º, alíneas "I" e 11, a entrega vigiada está conceituada como mecanismo de produção técnica de prova:

1) Por "entrega vigiada" se entende a técnica de deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes, substâncias psicotrópicas, substâncias que figuram no Quadro I e no Quadro II anexos nesta Convenção, ou substâncias que tenham substituído as anteriormente mencionadas, saiam do território de um ou mais países, que o atravessem ou que nele ingressem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, com o fim de identificar as pessoas envolvidas em praticar delitos especificados no parágrafo 1º do Artigo 3º desta Convenção.

Por sua vez, a Convenção de Palermo, cuidando de dotar a sociedade internacional de mecanismos de cooperação transnacional para repressão aos crimes que transcendem a área geográfica dos países, também traz um conceito de entrega vigiada. O texto, da mesma forma, rotula como técnica, e neste sentido, com a finalidade de permitir, sob o conhecimento e controle das autoridades competentes, que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

Quanto à cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal é medida que leva em consideração que as provas dos ilícitos relacionados às organizações criminosas, nem sempre estão concentradas em um único local, sendo necessário o comprometimento de todos os órgãos e instituições que compõem a administração do Estado nas três esferas.

Nucci pontua que a previsão do artigo 3º, inciso VIII, da Lei nº 12.850/2013 é desnecessária, pois é da própria natureza da Administração Pública a cooperação entre seus vários órgãos e instituições. Trata-se de uma "decorrência lógica do funcionamento da

máquina estatal, além de constituir uma ação positiva de colaboração e não um mecanismo de demonstração da verdade do fato" (NUCCI, 2016, p. 701).

O que se percebe, na prática, é que a cooperação acaba se personificando muito mais em torno do entrosamento entre os agentes do serviço público, desconcentrando o lado institucional que deveria imperar.

2.5.3 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica

Conceitua-se ação de captar sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos por interceptação ambiental, no ato de terceira pessoa monitorando outras duas ou mais, servindo-se, para tanto, de aparelho ou mecanismo de gravação por instrumento eletrônico ou tecnológico.

Busato (2016, p. 220) assenta que o tema em comento se refere a provas obtidas por meio de "escutas, microfones, monitoramento à distância, por satélite, por antenas direcionais e outras tantas tecnologias hoje existentes para esse fim, matéria que já antes figurava no ordenamento brasileiro, regulamentada pela Lei nº 9.296/96".

No entanto, a captação ambiental foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, ao alterar a Lei nº 9.034/1995, acrescentando o inciso IV ao seu artigo 2º, para permitir como procedimento de investigação e formação de prova, "a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial".

A Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), com mínimas variações, manteve a figura processual em comento, conforme se verifica do artigo 3º, inciso II, que ficou assim constituído: "Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos".

Entende-se pacífico o entendimento no sentido de que a captação ambiental de sinais eletromagnético é a absorção das transmissões de ondas de rádio, televisão e outras formas de comunicação diferentes da telefônica, a exemplo dos rádios de transmissões, fixos e portáteis.

Os sinais acústicos, as ondas sonoras e os ruídos (vozes e sons, por exemplo), alcançáveis por mecanismos de gravação de áudios, desde simples canetas à base de *chips* até sofisticados sistemas providos de antenas direcionais. Já os sinais ópticos, interpretados como

radiações luminosas nos moldes da fotografiação e gravação de imagens, armazenáveis em câmeras próprias, atualmente agregadas até em aparelhos celulares *smartfones*.

De acordo com Nucci (2009, p. 283), as comunicações entre pessoas podem ocorrer de diversas formas (ex. por telefone, por carta, de forma presencial etc). Contudo, captação significa a "colheita de determinados dados, feita por um interlocutor em relação ao outro", desde que não seja pelo telefone, carta ou meio digital. É a conversa com "contato pessoal entre os interlocutores, enquanto um deles colhe, por qualquer meio (gravação de voz, registro de imagem fotográfica, filmagem), o que se passa entre ambos".

Nucci (2009, p. 283) entende que há violação ao direito à intimidade, em especial se a conversa ocorre em local privado, como é o caso do interior de uma residência ou, ainda, quando uma das partes invoca o sigilo, circunstâncias em que indispensável a "autorização judicial para que essa captação seja realizada e validada, depois, como prova lícita".

Tratando de captação por terceiro da comunicação ambiental, está-se diante da interceptação ambiental, que conforme Nucci (2009, p. 284) é o colóquio que se realiza em recinto aberto, a permitir o contato entre as pessoas que têm a conversa devassada por terceiro. No caso, "em nome do direito à intimidade, necessita-se da autorização judicial para que a prova seja validamente colhida e utilizada em juízo, desde que em ambiente privado".

Contudo, Nucci (2009, p. 284) defende que "a captação ou interceptação ambiental é viável, ainda que concretizada sem autorização do juiz, caso ocorra em ambiente público e sem que as partes demandem sigilo".

Já a escuta ambiental é a gravação de conversa entre presentes, realizada com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores. Para Badaró (2016, p. 504), a tutela está prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e deve preceder de autorização judicial, conforme ressalva do próprio legislador constituinte. O tema será melhor explorado juntamente com a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, haja vista a transversalidade jurídica. Por interceptação, conforme esposado, entende-se o ato de imiscuir-se em conversa alheia, seja por meio telefônico ou computadorizado, seja por outras formas abertas ou ambientais.

No caso da comunicação telefônica, há previsão protetiva diretamente do texto constitucional que cuida da sua inviolabilidade como regra, ressaltando-se, conforme já tratado, pela parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a autorização judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (NUCCI, 2016, p. 700).

Segundo Badaró (2016, p. 504), considerando que, no campo terminológico, é preciso distinguir a interceptação telefônica da escuta telefônica, consoante o próprio texto do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, a primeira é aquela realizada por terceira pessoa, sem o consentimento dos interlocutores, e a segunda é aquela levada a efeito por apenas um dos interlocutores ou terceira pessoa, com o conhecimento de um deles.

Além da distinção principal, quando a conversa é interceptada por terceiros não participante e sem o consentimento dos interlocutores, e a gravação ambiental, conversação gravada com o consentimento de apenas um dos envolvidos (BADARÓ, 2016, p. 504), ainda se tem que, no caso da gravação, ambiental ou por meio telefônico, ser realizada por um dos interlocutores, os tribunais têm admitido como válido o procedimento, especialmente se a prova for defensiva e não viole direito à intimidade ou segredo, tutelados pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, caso do médico que grava conversa telefônica com a paciente e depois revela, sem justa causa, a doença que a acometia (BADARÓ, 2016, p. 504).

Outra questão diz respeito ao alcance da inviolabilidade do direito à intimidade constante no texto do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, considerando-se o âmbito de aplicação da Lei nº 9.296/1996, que permite a invasão na privacidade do investigado mediante ordem judicial.

Embora a análise literal exija cautela, o texto constitucional prevê a inviolabilidade do sigilo em quatro circunstâncias: (1) correspondência e (2) das comunicações telegráficas, (3) de dados e (4) das comunicações telefônicas, opondo a ressalva para, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Contudo, sob o ponto de vista da ressalva inserida pelo legislador, parte da doutrina e da jurisprudência tem observado que o texto é dirigido a dois conjuntos de comunicações, haja vista a partícula "e" empregada como conectivo das correspondências e comunicações telegráficas, e, de dados e comunicações telefônicas, aplicando-se, em consequência, a quebra por intervenção judicial na última (comunicações de dados).

Ao todo, são quatro correntes⁶ que tentam explicar o real alcance do referido inciso, prevalecendo a corrente contemporânea a defender que nenhum direito ou garantia individual

⁶ Explicam Furlaneto Neto, Santos e Gimenes que a incorreta grafia utilizada pelo legislador fez surgir quatro correntes: a que defende que somente pode ser quebrado o sigilo de comunicações telefônicas, com observância restrita dos critérios legais; aquela que entende haver dois grupos, o da correspondência, cujo sigilo é absoluto, e o das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, em que o sigilo é relativo; a corrente em que o entendimento prevalecente é o de que o sigilo

é absoluto. Logo, com a adoção do princípio da proporcionalidade, em face do imbricamento de direitos e garantias individuais, é possível identificar qual direito deve prevalecer em detrimento do outro, sem que, jamais, o de maior valor possa suprimir o de menor valor, a exemplo da quebra de sigilo da correspondência epistolar para fins de apreensão de carteiras de habilitação falsas enviadas pelo correio (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 130).

Badaró argumenta que não sendo a comunicação armazenável, como é no caso da telegráfica e de correspondência, em que o arquivo na fonte do envio ou destino possibilita a apreensão do meio, tem-se que a comunicação de dados pode ser instantânea e sem arquivo para busca, assim como a telefônica; por isso, o único recurso é a interceptação autorizada.

Escorando-se no ensino de Prado (2005, p. 73, *apud* BADARÓ, 2016, p. 509), o autor em comento afirma que, tratando-se de dados informativos que repousem em bancos de dados, haverá violação da Constituição a sua interceptação. Diferentemente, se presente a transmissão de dados na forma *online*, sem arquivo em bancos de dados ou forma similar, que permita a apreensão. É o caso das comunicações efetivadas por meio de aplicativos de troca de mensagens com arquivos restritos aos aparelhos conectados pela aceitação entre os interlocutores. Se não é possível a interceptação pela instantaneidade da comunicação, as conversações ficam armazenadas nos dispositivos utilizados com o aplicativo.

2.5.4 Do acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais e do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica

Ao regular o instituto do acesso a registros já existentes, o artigo 15 da Lei nº 12.850/2013 garantiu ao delegado de polícia e ao Ministério Público que, independente de autorização judicial, possam obter dados de registros de ligações telefônicas e telemáticas armazenadas em bancos de dados públicos ou privados, além das informações do cadastro eleitoral ou comercial.

absoluto abrange o grupo das comunicações telegráficas e correspondência, havendo sigilo relativo quanto ao grupo das comunicações telefônicas e de dados; e a que defende que nenhum direito ou garantia fundamental da pessoa humana é absoluto, de maneira que, com observância do princípio da proporcionalidade, é possível a busca de uma interpretação harmônica da Constituição Federal, a fim de desvendar, de acordo com o caso concreto, qual garantia fundamental deve prevalecer em detrimento de outra em rota de embrocamento, sem que, jamais, a de maior valor tenha o condão de excluir a de menor valor. Hodiernamente, a última corrente tem prevalecido nos tribunais superiores.

Conforme esclarece Nucci (2016, p. 732), trata-se dos dados pessoais do investigado, como a filiação, qualificação pessoal, endereço residencial e comercial, número de telefone etc., devendo a Justiça Eleitoral, as empresas telefônicas, as instituições financeiras e fiscais, as administradoras de cartão de crédito e os provedores de internet atenderem às requisições cujas informações cadastrais instruirão o caderno investigativo.

As informações fornecidas não poderão ser utilizadas para outros fins, que não o procedimento investigativo. Por intermédio delas, possível o direcionamento da investigação pelos outros meios de produção de provas (monitoramento pessoal, por exemplo, que independe de autorização judicial), ou as medidas pendentes de licença judicial, caso da interceptação telefônica, ou ainda, as de caráter cautelar.

Desta forma, o empoderamento da investigação criminal pela possibilidade de requisição direta, tanto da Lei nº 12.830, como da Lei nº 12.850, ambas de 2013, deram abrangência ao poder investigatório das autoridades encarregadas da apuração do fato criminoso. Resta evidenciado o chamado “poder requisitório” do delegado de polícia, eis que no exercício de suas legítimas funções lhe é dado, por força da lei, o poder de requisitar quaisquer “informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”.

Segue, ainda, pela mesma esteira, a Lei nº 9.613/1998, com a nova redação dada pela Lei nº 12.683/2012, que trata dos crimes de lavagem de capital, modalidade complexa de investigação, cujo texto legislativo também reafirmou o poder investigativo da autoridade policial e do Ministério Público, conforme artigo. 17-B do Texto Legal.

Mesmo repetindo, praticamente, o enunciado do artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 12.850/2013, combinado com o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.830/2013, fica claro que o permissivo legal não viola o direito fundamental à intimidade dos investigados, pois a previsão do artigo 15 da referida Lei representa apenas um meio de identificação do indivíduo.

No mesmo sentido, a Lei nº 13.344/2016 dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, com alterações importantes no texto do Código de Processo Penal.

É o que se verifica pelo artigo 13-A, sendo caso de crimes previstos nos artigos 148, 149 e 149-A, no § 3º do artigo 158 e no artigo 159 do Código Penal, além da previsão contida no artigo 239 da Lei nº 8.069/1990. Nas investigações desse tipo, o delegado de polícia ou membro do Ministério Público "poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos".

E o que é importante, com prazo para que a requisição seja atendida (vinte e quatro horas), até porque, em investigações dessa natureza, encontra-se em jogo o risco de morte da própria vítima, exigindo o legislador que a autoridade requisitante esteja identificada no requisitório, assim como o número do inquérito policial e a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Pelo texto do artigo 13-B da Lei nº 13.344/2016, as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática, ainda estão obrigadas a fornecer, no prazo referido, os dados e os meios técnicos adequados — como sinais, informações e outros, que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso. Sem dúvida, são ferramentas que colocam a investigação preliminar no patamar de uma instrução criminal com plenos poderes de resposta diante da criminalidade cada vez mais violenta.

Assim como também é ferramenta bastante valiosa o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica. Previsto originalmente na Lei Complementar nº 105/2001, conforme texto do artigo 1º, § 4º: "A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes", os quais indicados em nove incisos.

São os subsequentes delitos: terrorismo (Lei nº 13.260/2016, conforme artigo 16, cujo texto manda aplicar as regras da Lei nº 12.850/2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes respectivos); tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins (Lei nº 11.403/2006, art. 53 *caput*); contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção (CP, art. 334; art. 18 da Lei 10.826/2003 e CPP); extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP e CPP); contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/1986 e CPP); crimes contra a Administração Pública (Título XI do Código Penal e CPP); crimes contra a ordem tributária e a previdência social (Leis nºs 8.137/1990 e 9.983/2000, com regras do CPP); lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613/1998, art. 4º e regras do CPP); e praticado por organização criminosa (Lei nº 12.850/13).

Tendo em vista que os sigilos bancário e fiscal são bens tutelados pela Constituição Federal, sob o título da intimidade e vida privada, Nucci (2016, p. 700) anota que só podem ser quebrados por meio de autorização expedida por juiz competente. Trata-se de direitos protegidos sob a cautela fundamental destinada a controlar as ações do Estado, exigindo-se para penetração na intimidade do investigado ou acusado, o exercício do poder controlador exercido pela autoridade judiciária, sob pena de ilegalidade penal.

Sendo objetivo da pesquisa apresentar uma releitura democratizada do inquérito policial, com foco nas garantias que ele proporciona ao investigado na medida em que se encontra plenamente sintonizado com o ordenamento jurídico pós Constituição Federal de 1988, então o discurso sobre sua atual forma legal, ressaltando características, objetivos, histórico, natureza jurídica, conceituação etc, facilita a compreensão das diretrizes do garantismo e das perspectivas que se avizinham para o seu aperfeiçoamento.

E neste contexto, não se pode ignorar a integração com as ferramentas da moderna tecnologia de informação que proporcionaram e proporcionam avanços consideráveis no modelo de comunicação da sociedade atual, do qual também se serve a persecução penal na fase preliminar com a adoção de modelo eletrônico de elaboração do inquérito policial.

CAPÍTULO 3 – INQUÉRITO POLICIAL: GARANTISMO E NOVAS PERSPECTIVAS

O pensamento garantista tem como principal protagonista o jurista italiano Luigi Ferrajoli, ex-magistrado, professor de Filosofia do Direito da Universidade Camerino, de tradição iluminista e liberal, cuja reflexão jurídica representa uma visão moderna para o relacionamento da soberania penal do Estado e seus súditos, especialmente pela crescente demanda por segurança pública.

Embora tomando por base o ordenamento jurídico italiano, especialmente a força normativa constitucional, os conceitos advindos são perfeitamente adequados aos institutos pátrios, haja vista a semelhança no mundo contemporâneo dos pilares do Estado democrático de Direito como balizador do Estado constituído.

Para Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 48), o termo garantismo reclama desmistificação ao exigir a busca pelo "significado jurídico dessa expressão". Apresentam ainda que o termo seja originário do Direito Privado, assim entendidas as garantias provenientes do Direito Romano, com vistas "[...] a assegurar o adimplemento das obrigações e a tutela dos correspondentes direitos patrimoniais".

Na mesma linha ensina Perazzoni (2017, p. 19) que a teoria refere-se:

[...] em apertada síntese, ao conjunto de teorias a respeito do direito penal e processual penal concebido pelo referido autor, segundo o qual toda norma jurídica deve ser lida e interpretada em conformidade com seus princípios formadores (e, portanto, *garantidores* de sua própria vigência, validade e eficácia normativas).

Contudo, o garantismo que teoriza a doutrina constitucionalista é o mesmo que, tecnicamente, designa a tutela dos direitos fundamentais, pouco importando se frutos de direitos negativos (liberdade) ou positivos (sociais):

Podemos, neste ponto, redefinir os *direitos fundamentais*, em contraposição a todas as outras *situações jurídicas*, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais - do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a "todos" em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. É esta sua igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável (FERRAJOLI, 2002, p. 727).

Entretanto, observam Lopes Jr. e Gloeckner (2014, p. 49) que foi no Direito Penal que o verdadeiro significado do garantismo adquiriu alargamento, haja vista o momento histórico que vivia a Itália nas décadas de 1980 e 1990 com os contornos policialescos da "operação mãos limpas", em que os acusados reclamaram as mesmas garantias processuais e penais oferecidas ao tempo dos iluministas no século XIX.

No plano penal, Ferrajoli (2002, p. 684) aduz que o garantismo:

[...] designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Nos dizeres de Lopes Jr. e Gloeckner (2014, p. 51), o garantismo na esfera da persecução penal também serve como ferramenta de aferição do nível de autoritarismo ou democracia de determinado Estado, isto é, "de arbitrariedade ou de irracionalidade de certo ordenamento jurídico posto em exame". E para tanto, formulam princípios "capazes de concretizar essa avaliação":

Destarte, assim como no Direito Penal a legalidade, a ofensividade, a taxatividade etc. constituem expressões de um Direito Penal racional, o processo penal também possui princípios reitores capazes de organizar o poder punitivo, tencionando a redução ao mínimo possível do grau de irracionalidade (que sempre ultrapassa suas barreiras de contenção, por mais bem elaborado que seja o sistema de limitações) (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 51).

Conforme se verifica, a análise teórica do garantismo no campo penal e processual penal proporciona ao operador do Direito uma ótica de aplicação das normas, equilibrada pelo filtro dos direitos fundamentais.

Aduz Machado (2009, p. 131) que o "binômio eficiência e garantismo, no processo penal, traduz-se na necessidade de se balancear adequadamente os direitos fundamentais à liberdade e à segurança". E sob este aspecto, para uma persecução penal garantista e eficiente é fundamental "um processo equilibrado, que a um só tempo, satisfizesse os anseios sociais por segurança (reprimindo a conduta comprovadamente criminosa) e o direito individual à liberdade (garantindo ao acusado meios para se defender e afastar imputações injustas)".

E incluído no sistema processual penal pátrio sob rígido controle dos postulados protetivos dos direitos e garantias fundamentais, a investigação extraprocessual levada a efeito pela polícia judiciária, não está excluída deste contexto.

3.1 Garantismo e os direitos fundamentais

A essência do garantismo está na arquitetura jurídica que garante os direitos fundamentais do infrator da lei penal, funcionando, o respeito a esses direitos, como freios ao poder do Estado no exercício do *jus puniendi*. Ou seja, presta-se como um mecanismo balizador do exercício da força estatal penal.

Reconhecendo que após a Constituição Federal de 1988 a nova ordem jurídica instalada demanda "inquestionável *déficit* hermenêutico nos campos do Direito e Processo Penal no Brasil", Rosa (2015, p. 1) sentencia que a validade do sistema penal e processual passa pela necessária compreensão de realinhamento constitucional democrático, vez que os atuais Códigos Penal e de Processo Penal são originários, na matriz, de "outra ordem constitucional ideológica, bem assim porque houve significativa modificação do desenho político criminal contemporâneo" (ROSA, 2015, p. 1)⁷.

Ainda, a doutrina dos Direitos Humanos foi acolhida na Constituição em patamar com capacidade para dar "eficácia imediata no campo de Controle Social". Logo, "há necessidade de adequação da própria noção do papel e função do Direito e do Processo Penal diante da redemocratização do país" (ROSA, 2015, p. 1).

Nesse sentido, Rosa reconhece que esse esforço se materializa em face da:

- i. baixa constitucionalidade, entendida como a ausência de cultura democrática no Direito; ii. necessária superação do aparente dilema entre sistemas acusatório versus inquisitório; iii. herança equivocada de uma imaginária 'Teoria Geral do Processo', quando, na verdade, os fundamentos do processo penal democrático assumem viés individual e não coletivo, a saber, não cabe 'instrumentalidade processual penal pro societate'; iv. difusão de modelo coletivo de 'segurança pública' que fomenta uma certa 'cultura do medo' em que o Direito Penal seria o lenitivo; v. expansionismo do Direito Penal e recrudescimento dos meios de controle social, a partir da lógica de diminuição dos custos estatais; e vi. prevalência de teorias totalitárias, como Direito Penal do Inimigo, atreladas ao discurso da Lei e da Ordem (ROSA, 2015, p. 1).

⁷ Texto publicado originariamente, com alterações posteriores, no livro: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

E mesmo admitindo que o acolhimento da teoria garantista não seja pleno, uma vez que seus pressupostos teóricos são neopositivistas e, portanto, destoam da sua forma de pensar, Rosa (2015, p. 1) admite que "diante do quadro inautêntico brasileiro, Garantismo é melhor do que deslizamentos metafísicos".

Como concepção epistemológica Ferrajoli (2002, p. 30) justifica a teoria garantista penal como decorrência dos princípios consolidados nas constituições e codificações modernas que formam, em seu conjunto, um "sistema coerente e unitário", embora a unidade do sistema dependa, quanto à identificação do desvio penal, da orientação que assegure o "máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade".

Rosa pontua que a teoria garantista se apresenta compreensiva e sistematizada em quatro frentes:

i. revisão da teoria da validade, diferenciando validade/material e vigência/formal das normas jurídicas; ii. distinção entre as dimensões da Democracia formal e substancial, tendo os Direitos Fundamentais como índice; iii. ratificação do lugar de garante do magistrado em uma Democracia mediante a sujeição do juiz à lei, não mais pela mera legalidade, mas da estrita legalidade, na qual a validade de norma (princípio e regra) deve guardar pertinência material e formal com a Constituição da República; e iv. revisão do papel crítico da ciência jurídica não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro. Supera assim a noção meramente técnica, a saber, reconhece a responsabilidade do ator jurídico e não de singelo aplicador da norma (ROSA, 2015, p. 2).

Verifica-se, assim, que há perfeita sintonia, pelo menos no plano teórico, entre a sistemática garantista de Ferrajoli e a Constituição Federal, bastando como argumento axiológico o fato do art. 1º, inciso III, apresentar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da própria República, sedimentada em um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, Ferrajoli (2011, p. 9) sabidamente propõe uma definição de natureza teórica, "puramente formal ou estrutural, de 'direitos fundamentais': são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir".

Conforme Rosa (2015, p. 2), sendo a matriz da dignidade humana, qualquer desrespeito a esse catálogo de cunho garantista representa a "deslegitimação democrática das instituições".

Logo, garantir os direitos a todos os sujeitos, principalmente aos investigados ou processados criminalmente, pela peculiar posição que ocupam no contexto criminal, emerge como necessidade garantista.

E no aspecto da legislação ordinária, ensina Ferrajoli (2011, p. 10) que os direitos fundamentais devem ser garantia de observância pelo legislador, dado que "são fundamentais, por exemplo, também os direitos de defesa determinados ao imputado pelo código de processo penal, que é uma lei ordinária".

Amplia-se, assim, o conceito de garantia fundamental inserido no contexto do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito, pois cerca o investigado ou réu, alcançado pela persecução penal, de direitos cuja efetividade se acha instrumentalizada na própria formalidade processual. E sob este parâmetro, é o Estado que zela pela observância das garantias para a validade dos atos inerentes ao *jus puniendi*.

Para Rosa (2015, p. 2), o garantismo aponta quatro classes de direitos: os Direitos Humanos, que alcançam os direitos primários de todos; os direitos políticos, primariamente reconhecidos à classe dos cidadãos; os direitos civis, apontados como secundários e adstritos a todas as pessoas humanas capazes de agir, tais como contratar, negociar, escolher e trocar de trabalho, "vinculados à autonomia privada, na matriz capitalista de Mercado"; direitos políticos, também de caráter secundário, assim compreendidos os "reservados exclusivamente aos cidadãos, nos quais se baseia a representação e a democracia política".

Considerando referidas propostas, Rosa (2015, p. 2–3) indica que o garantismo de Ferrajoli propõe quatro teses em relação aos Direitos Fundamentais, a saber: (i) A diferença de estrutura entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais; (ii) O respeito e implementação dos *Direitos Fundamentais* representam interesses e expectativas de todos; (iii) A pretensão supranacional de grande parte dos Direitos Fundamentais; (iv) A relação entre direitos e garantias, considerando-se que "os direitos fundamentais se constituem em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestação ou proibição de lesão – garantias primárias".

Por outro lado, Baldan (2007, p. 259–260) refere que "os dez mandamentos de Luigi Ferrajoli, na marca do garantismo, sinalizam: i) quando e como punir (1, 2, 3); ii) quando e como proibir (4, 5, 6); iii) quando e como julgar (7, 8, 9, 10)".

- 1) Nenhuma pena sem crime. 2) Nenhum crime sem lei. 3) Nenhuma lei sem necessidade. 4) Nenhuma necessidade sem lesão. 5) Nenhuma lesão sem ação. 6) Nenhuma ação sem culpa. 7) Nenhuma culpa sem processo. 8)

Nenhum processo sem acusação. 9) Nenhuma acusação sem prova. 10) Nenhuma prova sem defesa (BALDAN, 2007, p. 259–260).

Confere-se, assim, que o garantismo é um caminho sem volta no contexto da persecução penal, se considerados os pilares da dignidade da pessoa humana elevados à categoria de fundamento da própria república. E no mesmo sentido, decorrência desta posição geográfica, os direitos fundamentais do artigo 5º da Carta de 1988, constituídos explicitamente como mecanismos de garantia e limitadores da ação estatal, especialmente no que diz respeito aos infratores da lei penal.

E considerando o garantismo como foco principal do presente trabalho, faz-se necessária a sua avaliação no contexto da investigação preliminar retratada pelo modelo formal do Código de Processo Penal, já que a obediência à forma prescrita em lei (estrita legalidade) também representa fidelidade com a proposta ferrajoliana.

3.2 Garantismo e o Inquérito Policial

Posicionado como o principal instrumento da persecução penal preliminar, com o advento da Constituição de 1988, o instituto do Inquérito Policial ganhou nova roupagem democratizante, deixando no passado o protagonismo puramente inquisitivo.

E levando em conta esta circunstância, Saad (2004, p. 196) pontua que "o inquérito policial é procedimento administrativo, cautelar, que tem por função elucidar o fato, o qual aparenta ser ilícito e típico, sua autoria e participação". Por isso, "tem natureza inquisitiva e não inquisitória".

Saad (2004, p. 196) conclui que, na condução do inquérito, a autoridade policial "tem discricionariedade e o poder-dever de busca da verdade material e isso de forma alguma impede a participação e a colaboração da defesa do acusado nessa fase preliminar da persecução penal, bem assim do ofendido".

Nesta linha de raciocínio, "além do caráter informativo, o inquérito policial possui valor instrutório. Serve de base ao juízo de acusação e também à decretação das medidas e provimentos cautelares restritivos de direitos individuais" (SAAD, 2004, p. 196).

Contém atos de investigação e atos de instrução. Enquanto a autoridade perquire, rastreia, pratica tão só atos de investigação, e que nenhum papel ativo ou interferência cabem ao acusado. Quando a autoridade documenta a diligência, reduzindo-a a escrito e visando a instruir a autoridade judicial, pratica atos de instrução. Nesta fase, o acusado tem o direito de defesa e participação ativa, no procedimento (SAAD, 2004, p. 197).

A comprovação de que o texto do Código do Processo Penal vigente deve ser modulado com o acervo de direitos garantistas do investigado fica ainda mais patente a partir da Lei nº 13.245/2016, que alterou o artigo 7º da Lei nº 8.906/1994, alargando a participação da defesa técnica na fase da investigação preliminar, conforme tratado no capítulo anterior.

Consoante Badaró (2016, p. 125), a alteração legal advinda da Lei nº 13.245/2016, em sintonia com a posição da Suprema Corte, cuidou de ampliar a participação do advogado na fase investigativa, sem, contudo significar um autêntico contraditório que é composto pelo "binômio 'informação' e 'reação'"; e não tendo a novel legislação assegurado esses dois elementos nas investigações de qualquer natureza, o inquérito policial continua a ser inquisitório.

Justifica, neste sentido, Badaró (2016, p. 125) que a presença do defensor continua sendo facultativa, conforme o texto do próprio artigo 7º da referida lei, em que resulta na "nulidade do interrogatório ou depoimento dos investigados se lhe fosse negada a assistência de seu advogado".

E acrescenta que, à luz de uma visão garantista em consonância com o artigo 8.2, letra d, da Convenção Americana dos Direitos Humanos,

[...] desde que haja um investigado sobre quem pese uma acusação em sentido lato, isto é, seja identificado alguém contra quem substancialmente - mesmo que não formalmente - formula-se a imputação penal provisória na investigação, é de se lhe assegurar o direito a um defensor [...] (BADARÓ, 2016, p. 125).

Neste sentido, garantindo a sobredita lei o direito de assistência do defensor, sob pena de nulidade do ato, a norma de controle limitador do Estado-investigador em prol de exclusivo interesse do investigado, sintoniza-se com a essência do garantismo de Ferrajoli no Inquérito Policial.

O artigo 14 do Código de Processo Penal já reclamava uma interpretação em consonância com a ordem constitucional de 1988. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, diante da omissão legislativa, emitiu a Súmula Vinculante 14, de 09 de fevereiro de 2009, reconhecendo que:

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 (BRASIL, *on-line*).

Nesta seara, numa visão garantista irradiada na investigação extraprocessual, não é mais possível a posição de obscuridade passiva do investigado a assistir o curso da investigação sem qualquer participação, como ensina Baldan (2007, p. 265) ao tratar exatamente da regra descrita no texto do artigo 14 referido, que exige "uma hermenêutica evolutiva que acarreta leitura garantista", ainda que submetido ao 'juízo da autoridade', que não mais permite a denegação por pura discricionariedade.

[...] não se pode, nesse instante, argumentar-se, para a denegação, com a sobreposição, do interesse público na apuração do crime, à garantia individual da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do devido processo legal. O único juízo possível, nessa nova interpretação conforme à Constituição, consiste na aferição, pelo Delegado de Polícia, quanto à legalidade da prova cuja produção a pessoa investigada indica. É, portanto, mero juízo de admissibilidade de prova, cuja produção somente será passível de vedação em caso de ilegalidade (ilicitude ou ilegitimidade). Será ilícita se a prova em si, ou os meios necessários para sua obtenção, violarem preceito constitucional; será ilegítima se, embora *prima facie* lícita, tiver por objetivo único o embaraço das apurações, implicando em subversão tumultuária da marcha investigatória lógica cuja direção cabe, esta sim com exclusividade, à autoridade policial (BALDAN, 2007, p. 265).

Baldan (2007, p. 266) acrescenta, acertadamente, que o artigo 14 do Código de Processo Penal é a "chave hermenêutica que sendo habilmente manejada pela autoridade policial, pode descerrar as portas do inquérito policial para o ingresso da legalidade constitucional na atividade estatal de polícia judiciária".

E sobre a questão, observa Badaró (2016, p. 126) não ser mais possível concordar "com a posição tradicional de que, embora o investigado possa requerer meios de prova, caberia à autoridade policial, discricionariamente, deferi-los ou não". Ora, sendo relevantes e pertinentes os meios de investigação, ou seja, "não se mostrando desarrazoados ou inócuos, a autoridade policial deverá deferi-los", tratando-se de ato, agora, vinculado à fundamentação no caso de indeferimento.

Deste modo, o próprio controle externo da atividade policial, previsto constitucionalmente para exercício pelo Ministério Público, passa a ser exercitado também pela Ordem dos Advogados do Brasil, na figura do defensor a quem a Constituição reservou posição de imprescindibilidade aos interesses da Justiça, cuja polícia judiciária lhe é auxiliar (BALDAN, 2007, p. 266).

Veja-se que ao discorrer sobre o garantismo, Pacelli (2017, p. 37) expõe que, no que tange à estrutura principiológica, "o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser

aplicado com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvida. A Constituição da República, de há muito, lançou novas luzes sobre a matéria".

É o caso da possibilidade de o defensor apresentar quesitos em face da perícia a ser requisitada no inquérito policial. Como pontua Nucci (2018, p. 545), por se tratar de prova cuja produção não poderá ser novamente realizada na instrução criminal, consoante regula o art. 150, § 3º, do Código de Processo Penal, lícito que "o indiciado, por seu defensor, pode apresentar quesitos, na fase extrajudicial, quando se tratar de prova pericial pré-constituída".

Assim, atualmente, o inquérito policial deixou de ser fonte exclusiva de produção de peças informativas para o órgão acusador na ação penal, permitido que, com a atuação ativa da defesa técnica em parcela da produção de provas, desde que não prejudicado o curso do procedimento quanto àqueles atos que a própria lei restringe o acesso, e garantindo que a verdade possível esteja plausível para o desfecho de uma sentença justa.

Ponto crucial na análise sobre a teoria garantista no sistema pátrio da investigação preliminar, retrataram Perazzoni e Silva (2015, p. 88), comparando as críticas ao modelo italiano feitas pelo próprio Luigi Ferrajoli e o inquérito policial.

No interrogatório do investigado, a presença do defensor não é permitida na Itália, enquanto no Brasil é uma garantia constitucional; da mesma forma, as prisões em nosso país, por iniciativa própria da autoridade policial só podem ocorrer na hipótese legal de flagrante, e já na Itália, além desta, também em casos excepcionais com comunicação posterior à autoridade judiciária no prazo de 48 horas; também as medidas de descapitalização (sequestro de bens), que no Brasil somente podem ocorrer por autorização judicial, ouvido o Ministério Público, são permitidas no sistema italiano por iniciativa da polícia judiciária; e ainda para buscas domiciliares, aqui possíveis somente por ordem judicial, são permitidas por iniciativa policial naquele país (PERAZZONI e SILVA, 2015, p. 88).

Conclui-se, afinal, que o inquérito policial no Brasil está muito mais sintonizado com o garantismo ferrajoliano que no próprio país berço da teoria e, exatamente, por obrigar a aplicação das medidas de garantias constitucionais e infraconstitucionais em todos os atos que atinjam interesses individuais.

Veja-se que todos os princípios constitucionais processuais já comentados estão alcançados pelo inquérito policial; por isso, inclusive, a necessidade de que a autoridade presidente tenha formação jurídica e imparcialidade, uma garantia para o Estado e para o próprio investigado.

3.3 O direito de defesa (garantista) no Inquérito Policial

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o direito de defesa está presente na fase de investigação preliminar, especialmente a partir do garantismo positivado nos postulados constitucionais de proteção da liberdade do investigado no contexto da devida investigação legal.

Se antes da Carta Constitucional, restrito ao disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal, conforme discorrido, cuja interpretação da discricionariedade do delegado de polícia, tornava o deferimento ato puramente subjetivo, com a nova ordem garantista a recusa infundada pode representar a nulidade de atos consequentes, conforme impõe o § 12 do artigo 7º da Lei nº 8.906/94, com redação da Lei nº 13.245/2016⁸.

Antes mesmo da vigente modificação legal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já sinalizava não ser absoluta a natureza inquisitiva do inquérito policial, conforme decisão da Corte no julgamento em que se reconheceu que, embora não presente o contraditório absoluto, em certas circunstâncias o acesso ao conjunto probatório deve ser reservado ao conhecimento do investigado⁹.

Em casos singulares, é o legislador processual que regula o equilíbrio do sistema de acesso e defesa do investigado. Veja-se a decretação de sigilo da investigação no caso de crime da Lei nº 12.850/2013¹⁰, em que para garantir a celeridade e eficácia das diligências

⁸ Art. 7º, § 12 da Lei nº 13.245, de 12.01.2016: "A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente."

⁹ "O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado." (Inq 2266, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 26.5.2011, DJe de 13.3.2012).

¹⁰ Lei nº 12.850/13, art. 23: O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito

investigatórias, pode a autoridade judicial competente decretar o sigilo do inquérito policial. Contudo, fica garantido ao defensor, no interesse do investigado, o amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

E uma vez decretado o sigilo, ao defensor é assegurada a prévia vista dos autos classificados como sigilosos, e no prazo mínimo de três dias que antecedem ao ato, com possibilidade de prorrogação, neste caso, a critério da autoridade policial.

Em magistério sobre o dispositivo referido, Nucci (2016, p. 742) explica que se trata de sigilo por força de lei, por ocasião da distribuição dos pedidos de ação controlada e infiltração de agentes (art. 8, § 2º; art. 12 da Lei nº 12.850/2013). Uma vez resultado em indiciamento, o defensor eleito e com procuração nos autos, em nome do representado, deverá "ter amplo acesso aos elementos de prova, com autorização judicial prévia, no tocante às diligências já realizadas".

No tocante à simples tomada de declarações do investigado, Nucci (2016, p. 742) assevera que "outra novidade inserida por esta lei (art. 23, parágrafo único) diz respeito ao chamamento de pessoa investigada — ainda não indiciada — para ser formalmente ouvida em declarações, com a prévia vista dos autos ao seu defensor".

Portanto, intimando-se o investigado para declarações, deve-se dar ciência ao seu defensor, se já possuir. De todo modo, é preciso fazer constar do mandado de intimação do investigado o direito de ter advogado, inclusive com o acesso antes do seu comparecimento. Se estiver preso, deve-se dar vista dos autos à Defensoria Pública, antes de ouvi-lo ou mesmo indiciá-lo. Cuida-se de uma construção concreta para privilegiar o princípio constitucional da ampla defesa, o que não torna o inquérito policial contraditório, mas somente aprimora o seu trâmite (NUCCI, 2016, p. 742–743).

Destaque-se, todavia, que na conceituação *lato sensu* o direito de acesso ao processo penal é ato inerente ao exercício do contraditório, ainda que mitigado. E o acesso aos elementos de prova produzidos no inquérito garante o direito de defesa anterior à ação penal; pois, informado, poderá o defensor oportunizar a defesa técnica.

Neste sentido, também o magistério de Nucci (2018, p. 79) ao tratar dos princípios regentes na devida investigação legal do inquérito policial ou termo circunstanciado, que a

ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Parágrafo único: Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

defesa não tem início em juízo: "em verdade, ela tem início tão logo alguém é formalmente apontado pelo Estado como autor do delito (indiciamento). Mas a ampla defesa atinge o grau máximo em juízo, não significando inexistência durante a investigação".

Por sua vez, Badaró (2016, p. 259) pontua que, com o advento da Lei nº 12.830/2013, o § 1º do artigo 2º passou a definir importância diferente quanto à finalidade do inquérito policial, uma vez que o texto incluiu o objetivo de apuração das circunstâncias da materialidade e da autoria das infrações. Assim, "parece, pois, que o legislador optou pela corrente que não limita a finalidade do inquérito ao atingimento de um mero juízo de probabilidade visando simplesmente o oferecimento da denúncia".

Logo, alargando-se os objetivos finais do inquérito policial por definição do legislador e, por outro lado, garantindo-se, conforme pacificado, o direito de participação da defesa na fase preliminar da ação penal, evidente que o contexto divisor da Constituição Federal de 1988, com seus postulados garantistas, conferiu-lhe nova roupagem democrática, no interesse maior da dignidade humana, no caso, do investigado.

Consoante Nucci (2018, p. 77), corolário do garantismo absorvido pela Carta Constitucional, aplicam-se na fase do inquérito policial todos os princípios concernentes ao processo penal, seja de forma plena ou mitigada.

O equívoco é imaginar que todos os princípios penais e processuais penais se aplicam somente ao processo criminal, pois a persecução estatal pode oprimir o indivíduo desde o início, que ocorre na fase do inquérito policial. Diante disso, mantêm-se ativos durante a *devida investigação penal* os princípios da legalidade, da retroatividade benéfica, da culpabilidade, da imunidade à autoacusação, da vedação das provas ilícitas, dentre outros, perfeitamente compatíveis com a atividade do Estado na busca do crime e de seu autor (NUCCI, 2018, p. 77).

Vieira (2016, p. 337) adverte a respeito dos elementos de informação produzidos na fase preliminar da persecução penal, para continuidade ou encerramento, ressaltando, pela relevância que tem esta fase de apuração, a atenção que "o direito positivo brasileiro dá à investigação defensiva pode ser vista como critério de legitimidade para a persecução penal como um todo".

Já comungava do desiderato de suporte defensivo que tem a apuração preliminar do inquérito policial Almeida (1973, p. 11, grifos do autor), ao indicar tratar-se de "instrução preliminar" e indispensável à justiça penal, sendo seu primeiro benefício o de "*proteger o inculpa*", fornecendo "à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os

indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento".

Cuidando como um dever ético-profissional dos responsáveis pelo inquérito policial e não como mera faculdade, Vieira (2016, p. 341–342) ensina que a investigação defensiva tem uma natural ligação com o direito probatório, "pois afinal com ela o que se propõe é que alguém se defenda 'provando', isto é traga aos autos elementos que possam, da melhor maneira possível, fornecer os interesses do investigado".

Neste sentido, pode a prova encartada, pela defesa ou mesmo pelo compromisso ético-profissional e imperativo do delegado de polícia com a verdade possível, produzir elementos que inclusive indiquem a justa causa para impedir que a ação penal se instale, como no caso de comprovar a extinção da punibilidade pela prescrição do *jus puniendi*.

Embora não prevista no sistema processual penal pátrio, não está impedida a produção de provas pela defesa, inclusive fora do contexto do inquérito e, uma vez oportuno, requerer sejam encartadas no inquérito policial, conforme preceituam o artigo 14 do Código de Processo Penal e o artigo 7º, inciso XXI, letra "a", da Lei nº 13.245/2016 que autoriza o defensor constituído a apresentar "razões e quesitos", conforme esposado anteriormente.

E não adstrito ao princípio da obrigatoriedade, a investigação defensiva autoriza o defensor, inclusive, a manter-se resguardado do encarte de prova porventura produzida fora do contexto oficial do inquérito. Vigora aí, na sua plenitude, o direito de ampla defesa no sentido de poder o defensor escolher entre contribuir ou não para o inquérito policial.

Em sua conceituação, Baldan reconhece a investigação defensiva como:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial (2007, p. 269).

E conclui que no contexto do garantismo, "o direito de defesa pelo investigado representa uma garantia bifronte" (BALDAN, 2007, p. 269–270): garantia formal e garantia material.

Primeiro como garantia formal, "traduzida no direito à produção de elementos de convicção (ou de provas)". E por sua vez, representa o direito de ministrar, pela investigação, elementos de conhecimento ao Delegado de Polícia, ao Promotor e inclusive ao Magistrado.

Há, aqui, uma intersecção entre o direito de autodefesa e da defesa técnica, eis que a produção da prova defensiva consiste de uma reação do investigado à ação investigatória oficial e essa contra-ofensividade pode operar-se quer pessoalmente pelo imputado (que exhibe ou indica elementos de convicção que lhes são favoráveis), quer pelo defensor com habilitação técnica que colhe, produz ou sistematiza tais provas (materiais, documentais ou mesmo subjetivas) através de seu labor jurídico, eventualmente coadjuvado por expertos de outras áreas do conhecimento humano (BALDAN, 2007, p. 270).

E segundo, como garantia material, no sentido "do direito à preservação da liberdade, da moral, do patrimônio do imputado". Aqui, a consequência de não sofrer privação (cautelar) da liberdade individual, ou medidas restritivas de toda ordem, como o caso de buscas e apreensões domiciliares, arrestos, sequestros, violações provocadas por interceptações telefônicas etc, ou mesmo "vilipêndios morais senão quando existentes elementos de convicção razoáveis (e lícitamente produzidos) de materialidade e autoria da infração penal investigada" (BALDAN, 2007, p. 270).

Verifica-se, assim, que a investigação defensiva é motivo de frequentes debates doutrinários e legislativos, incluindo-se, pelo panorama atual, entre os objetivos do inquérito policial na medida em que o presidente da investigação é uma autoridade que exerce atribuição sem interesse na causa, com imparcialidade.

3.4 O contraditório mitigado¹¹ no Inquérito Policial

Embora a questão seja amplamente discutida na doutrina com defesas dissonantes sobre o contraditório no inquérito policial, é certo que desde a edição do atual Código de Processo Penal, muitas mudanças legislativas sinalizam uma série histórica de equilíbrio.

De um lado a defesa da aplicabilidade do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, uma vez que os termos litigantes e acusados em geral compreendem tratamento inerente a benefícios de natureza fundamental (da matriz dos direitos humanos), portanto, abrigados pela forma interpretativa aberta e não restritiva.

¹¹ A expressão contraditório mitigado tem sido utilizada na doutrina para distinção do contraditório pleno da ação penal e o diferido, exercido em face de provas produzidas na fase extrajudicial não passíveis de repetição, as quais a defesa só pode contraditar posteriormente, ou seja, no curso da ação. Trata-se de conceito que indica que no inquérito policial há campo para um contraditório informal, simplificado, conforme se verifica pelo art. 14 do CPP e regras impostas com a Lei Federal 13.245/2013.

Ensinam Hoffmann et al (2017, p. 4) que o contraditório consiste em disponibilizar conhecimento do que foi praticado no procedimento ao interessado, a partir do que poderá ele resistir, "sendo possível influir no convencimento da autoridade".

Já a "ampla defesa abrange a possibilidade de manifestação, seja pessoalmente (autodefesa) - em seu favor (defesa positiva) ou se abstendo de produzir prova contra si (defesa negativa) - ou por meio de defensor (defesa técnica)" (HOFFMANN ET AL, 2017, p. 4).

Contudo, estabelecem os autores que o contraditório está umbilicalmente ligado à ampla defesa, representando "a primeira faceta do contraditório (direito a informação)" (HOFFMANN ET AL, 2017, p. 4). Sendo o inquérito policial inquisitivo, pressupõe-se que "garanta o elemento surpresa imprescindível à eficácia mínima da colheita inicial de prova. Em outros termos, a sigiliosidade é corolário da inquisitorialidade" (HOFFMANN ET AL, 2017, p. 5).

E não poderia ser diferente, pois a surpresa na investigação é a vantagem que o Estado-investigador possui em face de que somente o infrator têm o conhecimento pleno da infração (materialidade e autoria).

Da mesma forma que o contraditório e a ampla defesa andam lado a lado, a inquisitorialidade e a sigiliosidade também podem ser consideradas siamesas. E tais princípios não são incompatíveis com estas mencionadas características do inquérito policial (HOFFMANN ET AL, 2017, p. 5). Nesse sentido, concluem os autores:

[...] pode-se afirmar que no inquérito policial a participação da defesa não se dá de forma contemporânea. Somente após a conclusão das diligências policiais e sua juntada nos autos do inquérito policial é que o defensor pode ter acesso aos documentos. Trata-se de sigilo interno parcial que impede que o sujeito passivo atrapalhe a produção dos elementos probatórios e informativos. Nesse panorama, percebe-se que o contraditório incide de maneira mitigada (HOFFMANN ET AL, 2017, p. 5).

E de outro lado, os processualistas penais defendendo o contraditório em sentido estrito, o que seria inviável, pois as investigações preliminares perderiam sua eficiência se a cada ato a autoridade responsável tivesse que informar ao investigado e seu defensor a data e horário da realização, como verificado na própria ação penal.

Por isso, o que se confirma é que não se trata do contraditório formal verificado na ação penal, quando o litígio está instalado de forma rígida, mas a garantia de um mínimo direito do investigado cuja indicação de autoria já se tenha definido e com elementos de provas indiciárias produzidas.

É o caso do chamamento para o ato de indiciamento que, nos moldes tradicionais, sem qualquer incidência garantista, só apresenta ao investigado uma única saída: - comparecer e responder ou não aos questionamentos, sem a possibilidade de oferecer resistência, pois desconhece o que é materializado nos autos. Ora, como colaborar com o desiderato com uma participação apenas passiva?

Sobre a semântica “acusados em geral” e o sentido abrangente, Saad (2004, p. 234) leciona que aceitar a expressão “apenas em sentido estrito leva a que a pessoa envolvida em inquérito policial reste indefesa na etapa em que mais lhe é cara a produção de provas”. Contudo, a ampla defesa garantida constitucionalmente assegura a aplicação “nas etapas anteriores à acusação processualmente válida”.

E não poderia ser diferente. Não se explica teratologicamente que na ação penal formal tenha o acusado o direito a ampla defesa, mas na fase extrajudicial, tenha direito a restrita defesa.

Assim, a fim de não deixar dúvidas, a Constituição da República utilizou-se, no artigo 5º, inciso LV, da expressão “acusados em geral”, o que significa que há pelo menos duas espécies de acusados (o restrito e o amplo, o formal e o informal). Acolheu, então, o significado amplo da expressão, e não o restrito, que apenas admite a acusação formal (SAAD, 2004, p. 235).

Saad complementa que a expressão “acusados em geral” comporta “toda sorte de acusados, ou seja, acusados em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o indiciado, o acusado e o condenado, em seus diferentes graus de incriminação, reconhecidos pelos doutrinadores” (2004, p. 235–236).

A propósito de que a expressão em referência deve ser tratada sob a égide dos direitos individuais, pois se encontra estampada, geograficamente, entre os direitos fundamentais relacionados à liberdade, Tucci ensina que:

Representa, outrossim, autêntica conquista do Direito Processual Penal Constitucional moderno, em que a *contraditoriedade da investigação criminal* consiste num *direito fundamental* do imputado, direito esse que, por ser um elemento decisivo do processo penal, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal; e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de *nulidade* dos atos procedimentais praticados sem a *efetiva assistência do defensor técnico constituído* pelo indiciado, ou público (cf., também, arts. 5º, LXXXIV, e 234 da CF) (2004, p. 358).

No sentido da ampla defesa, mas sem contraditório formal, Fernandes argumenta que a participação da defesa é ponto incontroverso, sendo o âmbito do alcance o ponto de dificuldade, *verbis*:

[...] não nos parecendo que se trata de participação em contraditório, mas a que proporciona ao advogado o direito à ampla ciência das atividades de investigação desenvolvidas, podendo efetuar requerimentos e usar de todos os mecanismos do sistema em favor do investigado: pedido de relaxamento de prisão em flagrante, pedido de liberdade provisória, impetração de *habeas corpus* (FERNANDES, 2005, p. 287).

E em sentido contrário, pela inaplicabilidade, na fase da investigação preliminar do inquérito policial, do contraditório e da ampla defesa, Tourinho Filho (2012, v. 2, p. 572), sob argumento de que “durante essa primeira etapa da *persecutio criminis*, não se exerce o *jus accusationis*, e, assim não pode haver defesa onde não existe acusação”.

De igual entendimento, Pacelli (2017, p. 58) pontua que o tema em sede de jurisprudência não revela maiores indagações, sendo também frequente na doutrina e nos meios acadêmicos, observando que “seria uma exigência constitucional” a presença do contraditório no inquérito policial, mas que, entretanto, “[...] sob o ponto de vista da ordem jurídica brasileira em vigor, não vemos como acolher a ideia”.

Pacelli (2017, p. 58) observa que as alterações da Lei nº 11.690/08 instituíram a possibilidade de o acusado indicar assistente técnico, mas somente a partir da admissão pelo juiz, o que indica a não aplicabilidade do contraditório na fase preliminar. E conclui que o “risco, evidente e concreto, é a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas no cotidiano de nosso Judiciário”.

Já Nucci (2018, p. 79) entende que a ampla defesa também é mitigada na fase policial, posto que o procedimento é inquisitivo, “voltado à captação de provas para a formação do convencimento do órgão acusatório – e não do juiz”. Contudo, pondera que há defesa no inquérito policial, que se inicia no momento em que o autor do delito é assim apontado formalmente pelo Estado (indiciamento).

Sobre o contraditório, Nucci (2018, p. 79-80) assenta que ele está presente no inquérito policial, não como regra, mas como exceção, pois ao defensor não é permitido intervir, contrariando a prova produzida; no entanto, pode impugnar certos atos investigatórios, quando abusivos, mesmo que se faça pela ação própria de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Por sua vez, Badaró (2016, p. 125) aborda a questão do contraditório no inquérito policial sob a égide da alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil pela Lei nº 13.245/2016, que ampliou o direito de acesso aos autos pelos advogados, bem como assegurou o direito de “assistirem seus clientes que sejam investigados, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento”. Contudo, “não estabeleceu a necessidade de o advogado ser intimado de todos os atos da investigação e, muito menos, de poder reagir a cada um deles”.

Sendo o contraditório “formado pelo binômio ‘informação’ e ‘reação’, e não tendo a nova legislação assegurado esses dois elementos nas investigações de qualquer natureza, o inquérito policial continua a ser inquisitório” (BADARÓ, 2016, p. 125).

Questão também relevante para o contexto da maior abrangência da defesa na fase da investigação preliminar, conforme abordado com mais ênfase no tópico anterior trouxe a Lei nº 12.850/2013, no artigo 23, quando tratou do sigilo da investigação, assegurando ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova relacionados ao direito de defesa, mediante autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. E o parágrafo único do referido artigo assim restou redigido:

Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

Embora judicializada a participação pela precedente autorização judicial, haja vista o sigilo decretado pelo juiz e a respectiva autorização para a vista do inquérito policial no prazo de três dias, de modo que o defensor conheça os elementos de provas já materializados nos autos, é forte indicativo de que há um mínimo contraditório, pois ao imputado da autoria da infração penal está sendo garantido o conhecimento do que existe no inquérito antes de nele participar.

Deve-se concluir que a participação da defesa no inquérito policial, conforme artigo 7º, inciso XXI, da Lei nº 8.906/1994, pela alteração da Lei nº 13.245/2016, garantindo ao defensor a assistência ao investigado durante a apuração do inquérito, sob pena de nulidade absoluta do ato (interrogatório ou depoimento) e, conseqüentemente, de “todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”, não deixa dúvida de que houve a ampliação da defesa nesta fase.

E embora nada assemelhado ao contraditório formal da ação penal, é possível verificar que a natureza só inquisitiva do inquérito, no formato previsto inicialmente pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941, em nada se assemelha depois das sinalizações registradas com as alterações legislativas, estando muito mais próximo da ampla defesa e do contraditório, ainda que mitigados.

Compreensível, vez que o garantismo insculpido na Constituição Federal de 1988 não deixa dúvida da posição do investigado como sujeito detentor de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, a exigir que o Estado, mesmo diante da atribuição de autoria de uma infração penal, esteja limitado pelo *standart* protetivo do imputado para que seus tenham legitimidade.

E muito mais garantista a participação da defesa no inquérito em se tratando de investigado preso, pois os direitos inerentes à privação provisória de sua liberdade exigem a obediência da forma prevista pelo diploma processual penal, sob pena do relaxamento da prisão com suas consequências.

3.5 Inquérito Policial (auto de prisão em flagrante) e audiência de custódia

Ponto crucial para determinação da validade da prisão em flagrante, por exemplo, está na imediata submissão do procedimento elaborado e do preso ao juízo garantista da audiência de custódia. Trata-se de fase da investigação preliminar que, para se manter, exige a judicialização perante o juízo de jurisdicionalidade.

A realização das audiências de custódia, implementadas no Brasil pela Resolução 213 do Conselho Nacional da Magistratura, de 15 de dezembro de 2015, tem como fundamento o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, através do Decreto 592, de 06 de julho de 1992, conforme artigo 9º, item 3, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 22 de dezembro de 1969, em vigor no Brasil pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, que estabelece no item 5º do artigo 7º que "toda pessoa presa ou detida, tem o direito de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais".

Deve-se observar que a questão de submissão do preso em flagrante ao crivo de autoridade com funções judiciais é prevista em vários diplomas processuais, como no caso do artigo 236 do Código Eleitoral; do artigo 66, § único, da Lei nº 5.010/1966 (conclusão de inquérito policial de indiciado preso na Justiça Federal); ou mesmo no processamento do

habeas corpus (art. 656 do CPP) e da prisão temporária, consoante artigo 2º, § 3º, da Lei nº 7.960/1989.

Sobre especificamente a audiência de custódia, com a apresentação imediata (na data e horário determinados pela autoridade judicial com competência), trata-se de procedimento com forma e objetivo próprios.

E não obstante estes e outros formalismos para a sustentação de uma prisão em flagrante, o próprio artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece requisitos legais garantidores do direito do preso que, não atendidos, importa em negativa do encarceramento. O inciso LXII prevê que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente.

Duas questões merecem ser abordadas. A primeira refere à determinação constitucional de comunicação imediata sobre a prisão e o local onde se encontra o preso, e outra, referente ao envio, em 24 horas, de cópia do auto de prisão em flagrante e demais peças, ao juiz competente, ao representante do Ministério Público e à Defensoria Pública, no caso de preso sem assistência de advogado, conforme artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ora, então já eram duas as circunstâncias do controle jurisdicional sobre a prisão em flagrante: a da comunicação imediata (constitucional), expressão que dispensa qualquer digressão interpretativa acerca do conteúdo da locução "imediatamente", como providência a ser tomada pela autoridade policial responsável pela condução do auto de prisão e pelo envio dos autos no prazo estabelecido.

Sobre estas duas particularidades, se faz importante o registro de que em 1988, tão logo a Constituição Federal entrou em vigor, o entendimento inicial era o de que as duas situações decorrentes da prisão em flagrante eram autônomas: comunicação imediata pela via do direito fundamental inserto constitucionalmente, e a segunda, após as formalidades da lavratura do auto, com a expedição da nota de culpa como consequência do convencimento da autoridade policial sobre a legalidade e regularidade da prisão¹².

¹² A Constituição Federal entrou em vigor em 05 de outubro de 1988 e, pela regra do § 1º do art. 5º, os direitos ali inseridos como fundamentais, aplicados imediatamente. Muitos magistrados interpretaram o inciso LXII do art. 5º sob o rigor literal do legislador constituinte. Assim é que exercíamos o cargo de delegado de polícia no Distrito Policial de Ilha Solteira, vinculado à comarca de Pereira Barreto, cujo juiz alinhou-se, num primeiro momento, à tese de que eram realmente duas as circunstâncias de comunicação: uma decorrente do inciso LXII do art. 5º da CF/88 e a outra, formal, relacionada ao art. 306, § 1º, do CPP (texto original). Assim, comunicava-se o juiz no momento em que o preso era apresentado na unidade policial (geralmente por telefone, com certificação no próprio auto de prisão) e, concluídas as demais providências, enviava-se a cópia do auto de prisão, da nota de culpa e das demais peças relevantes, ao mesmo juiz que recebera a

Em um raciocínio garantista, a instalação das audiências de custódia objetivam exatamente o mesmo ponto, ou seja, o efetivo e imediato controle e a fiscalização pela autoridade judiciária das medidas protetivas em favor do preso, posto que presentes defensor e acusação no ato.

Embora a instalação de tais audiências mereceu defesas divergentes sobre sua necessidade, considerando os custos para todo o sistema de justiça criminal e o rigor já exercido pelas autoridades que laboram em face da prisão em flagrante, é certo que um resultado foi alcançado com sucesso: a diminuição entre a população carcerária, do número de presos provisórios.

Alerta Nucci (2018, p. 790), analisando as audiências de custódia, que o Delegado de Polícia (polícia judiciária, segundo a CF) é um operador do Direito que tem entre suas funções justamente "controlar as prisões" realizadas, cabendo-lhe "a primeira classificação do caso (tipificação)" e a análise "se cabe ou não o flagrante (art. 302, CPP); caso entenda não ser cabível recolher o preso, pode relaxar o flagrante e não o levar ao cárcere, soltando-o (art. 304, CPP)".

Formando a sua convicção no sentido de caber a prisão em flagrante, o Delegado ainda pode arbitrar fiança, que, uma vez paga pelo preso, o liberta de pronto (art. 322, CPP). Em nosso modesto entendimento, trata-se de uma autoridade com funções típicas de juiz pode prender; pode soltar (NUCCI, 2018, p. 790).

E o delegado de polícia não está imune das providências decorrentes da presença do próprio defensor que, estando na formalização do auto, indiretamente exerce o papel de filtro da estrita legalidade do ato, podendo adotar, por exemplo, providências inerentes a corrigir qualquer ilegalidade.

Apesar de todo o controle exercido, vencidas todas as etapas iniciais da formalização da prisão, conforme esposado, o promotor, o defensor e o juiz terão acesso aos documentos produzidos, em 24 horas. E, obrigatoriamente, deverá o juiz analisar se é caso de manutenção da prisão (conversão em preventiva) ou de relaxamento, se ilegal, tudo conforme impõe o artigo 310 do Código de Processo Penal. Mantida a prisão, deverá o juiz, ainda, analisar se é

comunicação imediata, prevalecendo o prazo de 24 horas para este ato. Tal procedimento se sustentou por meses, até que as autoridades judiciárias e o próprio Poder Judiciário estabeleceram procedimento que dispensava a comunicação constitucional imediata da prisão, entendendo-se que a simples remessa dos autos ao juízo cumpria a primeira finalidade. Hoje, assistimos à instalação das audiências de custódia com a visão que aquela época já retratava o contexto constitucional protetivo do conduzido na prisão em flagrante, frente ao gigante poder do Estado na subtração da liberdade individual.

caso de concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de medidas alternativas (art. 319 do CPP).

Observa também Nucci (2018, p. 790) que, embora pelo rigor legal, a audiência de custódia seja "um direito fundamental que estava hibernando há 23 anos", depois de tantos anos passaram alguns a defender a tese "de que o referido art. 7º, item 5, da mencionada Convenção, não vinha sendo cumprido; afinal, apresentar o preso ao Delegado de Polícia não é o mesmo que apresentar ao Juiz de Direito".

Reconhece Nucci (2018, p. 791), sobre a obrigatoriedade das audiências de custódia, que:

Por trás dessa questão, no entanto, sabe-se haver a velha política criminal para "dar um jeito" na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz *veja* o preso à sua frente, *ouça* as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva. Num primeiro momento, pode-se considerar a audiência de custódia um sucesso, pois "estatísticas" mostram que, assim fazendo, os juízes soltam 40% (pelo menos) mais presos do que habitualmente faziam.

Por sua vez, ostenta Pacelli (2017, p. 555) o entendimento de que a audiência de custódia "destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva".

E levando em conta que as audiências foram primeiramente implementadas no Estado de São Paulo, conforme Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça Paulistas, restou ao documento estabelecer que a expressão "sem demora" da norma internacional não estaria suprida pelo termo 24 horas para o recebimento da cópia do auto pelo juiz; que há necessidade de participação do Ministério Público e do defensor; e que a autoridade com atribuição para presidir a audiência é o magistrado e não delegado de polícia (PACELLI, 2017, p. 555).

Considerando que a prisão antes da sentença penal transitada em julgado deve ser exceção e que o texto da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), em seu artigo 7º, item 5, é claro no sentido de indicar a necessidade do preso ser apresentado perante o juiz ou "outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais", nos parece que todo formalismo cumprido pela autoridade policial não supre a previsão da norma internalizada pelo Brasil.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal foi provocado por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.240), proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil contra o Provimento Conjunto nº 3 TJ/SP e CGJ/SP, acima referido, que instituiu a necessidade de realização das audiências de custódia, tendo o Plenário da Corte confirmado a validade de tais normas, conforme notícia de 20 de agosto de 2015 no site do STF. E sob o argumento de que o provimento apenas regulamentou normas internacionais internalizadas pelo Brasil, garantidoras do direito de presos serem imediatamente apresentados perante um juiz ou autoridade judiciária legal, a ação foi julgada improcedente. Ou seja, as audiências de custódia vieram para ficar.

E embora concordante com as ponderações de que as audiências de custódia acabam por repetir um filtro de legalidade da prisão já exercido pelo delegado de polícia, cuja legitimidade para tanto é reconhecida por matéria pacificada em decisão do Supremo Tribunal Federal, resta-nos laborar pelo seu cumprimento.

3.6 Inquérito Policial eletrônico

Conforme demonstrado no capítulo segundo, o inquérito policial tem previsão em norma processual da primeira metade do século passado e, embora tenha atravessado todos os anos sendo adaptado às formas procedimentais de cada período (manuscrito, datilografado e digitado em plataformas de computadores e impresso), ingressa no século XXI reclamando nova adaptação, desta feita, ao formato eletrônico.

Destarte, por se tratar de uma ferramenta atual e em construção no próprio cenário da tecnologia de informações, escassos os trabalhos doutrinários produzidos até agora contendo material fonte para pesquisa, razão pela qual são poucos os autores citados neste tópico.

A era da tecnologia da informação é sem dúvida a mais influente como mecanismo de intervenção na sociedade moderna, pois alcançou todas as esferas da existência humana e os movimentos que retratam a evolução social.

Ocorre que com todos os benefícios decorrentes desta verdadeira onda de expansão do conhecimento gerado pela tecnologia da informação, com abrangência global, como não poderia deixar de ser, também a criminalidade se beneficiou pelas facilidades agregadas para as práticas criminais, como novas condutas foram desenvolvidas pelos infratores, obrigando as forças do sistema de justiça criminal a criarem mecanismos para responderem ao novo modelo.

No caso do Estado de São Paulo, coube à Polícia Civil o desenvolvimento de ferramentas investigativas e a modernização de todo o sistema de apuração dos crimes, ainda que a legislação processual permanecesse a mesma.

Assim foram os vários projetos implementados na estrutura da polícia judiciária e órgãos que integram a Polícia Civil Paulista, fruto da evolução da tecnologia de informação e da integração às novas exigências do modelo de sociedade do século XXI: delegacia eletrônica, autoatendimento em totens policiais, disque denúncia, web denúncia, programa estadual de recompensas etc., formas de contato com os destinatários dos serviços exclusivamente pelo sistema virtual.

Igualmente se vê no uso da tecnologia voltada para a investigação com os mais diversificados sistemas de informação: *Ômega*, *Alpha*, *Infocrim*, *Phoenix*, *Detecta*, *AFIS*, Sistema Guardião, Relatório Digital de Inteligência (RDI) o próprio Registro Digital de Ocorrências (RDO), utilizado para o registro de boletins de ocorrência, além do próprio Inquérito Policial eletrônico. Adiante discorreremos sobre cada sistema em particular e sua funcionalidade.

Os sistemas de informática usados na investigação inteligente são acessórios que auxiliam a atividade policial no seu mister de apurar as infrações penais e que compõem uma base tecnológica apta a instruir o inquérito eletrônico por possuírem a mesma arquitetura, ou seja, o conjunto de informação.

3.6.1 Sistemas de investigação inteligente

A título de ilustração, a arquitetura da investigação inteligente na Polícia Civil do Estado de São Paulo está constituída dos seguintes projetos:

Sistema *Ômega*, que tem sua base funcional na forma de um "investigador virtual" que, consoante Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 182), é "capaz de consolidar em um único ambiente várias bases de dados", funcionando com "tecnologia de inteligência artificial para potencializar a *information retrieval*", ou seja, a recuperação da informação.

Explicam com propriedade Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 183) que a "inteligência artificial permite que a expressão de busca utilizada pelo usuário possa recuperar uma maior quantidade de documentos relevantes, já que os termos de indexação estão interligados por *thesaurus* e ontologias".

Funcionalmente, o sistema proporciona a identificação da placa de um veículo suspeito cujo registro das letras e números são apenas parcialmente conhecidos, pois potencializa a busca por utilizar variadas fontes e bases de dados.

O sistema ômega utiliza a base de dados do RDO, Delegacia Eletrônica, IIRGD, Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários (Coesp), Sisv (notícias), cadastro de armas e o banco de dados do Detran (CNH, multas e veículos), possibilitando buscas quanto a pessoas, boletins de ocorrências, *modus operandi*, veículos, armas e mandados de prisão (FURLANETO NETO, SANTOS e GIMENES, 2018, p. 183).

E o mais importante, se a busca for infrutífera o sistema pode receber um alerta para, no caso de futura inserção de dados relevantes, o policial responsável receba uma notificação.

O sistema Alpha é constituído pelo banco de dados digitalizados dos prontuários civis e criminais do Instituto de Identificação "Ricardo Gumbleton Daunt" (IIRGD), permitindo pesquisa diretamente no número de registro geral ou através de dados cadastrais aproximativos por nome, filiação, naturalidade e data de nascimento, proporcionando tal pesquisa os dados indelévels de uma pessoa procurada, pois permite o acesso à fotografia e planilha com as impressões digitais.

O Infocrim é o sistema que promove o cruzamento de dados coletados dos boletins de ocorrência, tais como local, data, horário e demais informações utilizadas para a elaboração do mapa da criminalidade, usando para tanto, o georeferenciamento que possibilita o cruzamento visual do quadro estatístico criminal.

O sistema Phoenix é composto por um grande banco de dados de voz, imagens e impressões digitais de indiciados e sentenciados que ingressaram no sistema prisional. Segundo Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 181), o sistema permite que se concentre em uma mesma base "a sinalização de dados antropométricos, tais como face, sobrancelha, olhos, nariz, boca, queixo, orelhas, cabelos e barba, faz com que seja gerado um desenho idêntico da imagem fotográfica do indiciado, servindo de base para a realização de futuras pesquisas".

É de se destacar que, com a alimentação do banco de dados, torna-se possível construir um parâmetro nacional de faces para a composição de um retrato falado, por exemplo. Conforme Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 181), "a base de dados antropométricos poderá ser utilizada para a localização de uma pessoa com a simples fotografia de um suspeito", a partir da digitalização da foto e a marcação dos pontos de interesse.

O sistema Detecta é composto no formato de um programa de busca que combina vários bancos de dados e órgãos, inclusive de câmeras em tempo real, tanto originadas por

entidades públicas, caso de prefeituras, rodovias, penitenciárias, rodoviárias, estações de metrô etc., como de particulares que tenham aderido ao sistema, disponibilizando as imagens coletadas em prédios, praças de pedágio e condomínios, cuja plataforma seja compatível.

Segundo Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 184), a plataforma tecnológica é composta:

[...] por complexo algoritmo de processamento e em regras de negócios parametrizáveis, capaz de fazer a gestão de informações geradas por sensores, ou seja, dispositivos que produzem informações automáticas, em cujo contexto se inserem as câmaras de vídeo e detectores de placas de veículos automotores que, integradas a outros bancos de dados em uso pelas Polícias Civil e Militar, tais como o RDO, Fotocrim, cadastro de pessoas procuradas e desaparecidas, dados do Detran, bem como registro de veículos furtados, roubados e clonados, possibilita gerar alertas automáticos e em tempo real, utilizando, para tanto, a infraestrutura do Datacenter da Prodesp, em funcionamento ininterrupto.

O exemplo mais característico da eficiência do referido *software*, que por funcionar por meio de busca em diversificadas fontes é tido como um sistema leve, é o caso de um veículo suspeito detectado em um local de crime pelo registro de uma câmera, que será praticamente monitorado por todas as câmeras integradas na busca e, assim, ao cruzar em uma rua ou um radar com câmera, é imediatamente detectado pelo sistema que emite o alerta e as forças policiais agem.

O AFIS - Sistema de Identificação Automatizada de Impressão Digital (*Automated Fingerprint Identification System*) apresenta-se como uma das mais eficientes ferramentas de investigação digital. Sua plataforma, que também está sediada no Instituto de Identificação Civil e Criminal "Ricardo Gumbleton Daunt" (IIRGD), permite que um fragmento de impressão digital, extraído durante exame pericial de local de crime, possa ser pesquisado no banco de dados criminais e civis para identificação de autoria.

Do ensino de Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 187), o sistema permite, em questão de segundos da pesquisa, a orientação do analista (papiloscopista ou auxiliar de papiloscopia) com a indicação das várias impressões digitais com parâmetros correspondentes. Desta forma, "promovendo maior celeridade ao processo" que, pelos meios manuais, pode demandar meses de pesquisa.

Por se basear em uma estrutura que alcança um universo abrangente de impressões digitais, muitos crimes podem ser resolvidos pela eficiente pesquisa de local visando encontrar fragmentos que possibilitem comparação. E a natureza de perenidade das saliências papilares fornece, com segurança, o resultado da pesquisa (positiva ou negativa), sendo que, pelo fato de

continuar latente no arquivo, o fragmento pode positivar uma identificação pela futura inserção de impressões digitalizadas.

O Sistema Guardião é uma ferramenta utilizada no emprego e armazenamento digital de diálogos originados por ligações telefônicas, fruto de interceptações autorizadas judicialmente, oferecendo inclusive possibilidades de tratamento da qualidade dos arquivos de vozes, além de fornecer mecanismos para controle de data e horário das gravações interceptadas, "facilitando a recuperação dos diálogos de interesse para a investigação, bem como o cruzamento de dados com relação às ligações efetuadas e recebidas pela linha alvo a ser fornecida pela operadora" (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 182).

E como atrativo maior, o sistema possibilita que a ligação interceptada possa ser redirecionada em tempo real (sistema "siga-me") ao policial cadastrado na operação, portanto, devidamente autorizado pelo juiz, de modo que permite a adoção de ações imediatas.

A Delegacia Eletrônica é um sistema que permite o registro de determinadas naturezas de ocorrências policiais, por meio da internet. São aos casos de registros de ameaça; furto e roubo de veículos; furto, roubo e perda de objetos e documentos; crimes contra a honra; desaparecimento ou encontro de pessoas; acidente de trânsito sem vítimas; evitando assim que o usuário tenha que comparecer à uma delegacia de polícia.

Atualmente, do universo de registros de ocorrência, mais de cinquenta por cento já é gerado pela delegacia eletrônica, desonerando o Estado de meios físicos para a recepção em delegacias físicas com todas as consequências (impacto no sistema viário das cidades, aparelhamento de prédios públicos etc.).

O sistema é integrado ao RDO - Registro Digital de Ocorrência, um gigante banco de dados cuja base permite interagir de forma *on-line* todos os cadastros arquivados. O usuário autorizado pode pesquisar o banco de informações e assim identificar e encontrar pessoas, veículos, telefones de interesse, gerando para o inquérito policial documentos diversos.

E aliado a tais sistemas tem-se os mecanismos de laboratórios multidisciplinares aptos a alcançarem a verificação da situação de falso e verdadeiro nas entrevistas policiais, gerindo equipamentos viabilizados por meio da neurotecnologia e nanoscopia.

Deste modo, o caminho do inquérito policial eletrônico tornou-se prioridade pela incompatibilidade de uma investigação totalmente informatizada com um inquérito policial físico, baseado no formato da primeira metade do século XX.

A plataforma do Relatório Digital de Inteligência (RDI), coordenada pelo Departamento de Inteligência da Polícia Civil de São Paulo, é uma ferramenta utilizada pela comunidade de inteligência que compõe as Unidades de Inteligência Policial - UIP's, sediadas

nos Departamentos de Polícia, aos quais estão vinculados os Centros de Inteligência Policial - CIP's, encravados nas sedes de Delegacias Seccionais de Polícia. Trata-se de um banco de dados interligado onde todos os relatórios de inteligência ficam disponíveis para pesquisa exclusivamente para fins de conhecimento sobre crimes, integrantes de organizações criminosas, *modus operandi*, suspeitos etc.

3.6.2 Arquitetura do Inquérito Policial eletrônico

Conforme Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 180) o Inquérito Policial eletrônico "pressupõe a informatização do inquérito policial", a ser elaborado e armazenado em uma base de dados "dotada de equipamentos informáticos de última geração, *hardware* e *softwares* de especialidades que possibilitem armazenamento de dados e interligação de bancos de dados".

E com implantação conjunta com o Tribunal de Justiça Paulista (Sistema de Automação da Justiça - SAJ), em consonância com o processo criminal eletrônico, labora pela economia, eficiência e praticidade das informações, a fim de reduzir custos com a devida segurança, sem a utilização de papel e demais insumos físicos. Deste modo, o inquérito policial eletrônico lança a polícia judiciária paulista, definitivamente e por completo, na era digital, haja vista encontrar-se integrada com uma investigação inteligente e aparelhada por moderna tecnologia da informação.

Consoante Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 189), o primeiro debate sobre a implementação do inquérito eletrônico recaiu sobre a "possibilidade de as novas tecnologias da informação virem a ferir as características que permeiam no inquérito policial, assim como ele é disciplinado pelo CPP". Em resposta, os autores fundamentaram aspectos relacionados aos atos probatórios que instruem os inquéritos policiais e a segurança do fluxo, sigilo e armazenamento das informações no ambiente eletrônico.

São os mesmos autores (2018, p. 189) que explicam que as tecnologias da informação, na verdade, potencializam e dinamizam a investigação, conforme abordado com referência aos vários *softwares* que permitem a busca da verdade com maior eficiência e rapidez, a exemplo do "sistema guardião", cujo formato permite o armazenamento e controle de arquivos digitais de conversações telefônicas. Antes da tecnologia em referência, os operadores eram obrigados a se servirem de gravadores portáteis com limitadíssima capacidade, sendo as conversas gravadas em "CD's" que tornavam o modelo altamente vulnerável, colocando em risco as provas coletadas.

Da mesma forma que o "Sistema Guardião", todos os demais, anteriormente abordados, por serem integrados ao inquérito policial eletrônico, oferecem mecanismos seguros de formalização da prova no formato digital. A propósito do tema, esclarecem Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 192):

No que tange à coleta de provas no inquérito policial eletrônico, a Lei de Informatização Judicial possibilita que os atos processuais sejam realizados integralmente por meio eletrônico, ou que, na impossibilidade, sejam digitalizados, de forma que os documentos digitalizados tenham o mesmo valor que o documento original.

E são vários os elementos de provas que, em face do formalismo exigido pelo Código de Processo Penal, a instrumentalização deverá persistir no formato físico para em seguida ser digitalizado, a exemplo do auto de reconhecimento pessoal e fotográfico (de pessoa ou objeto), em que o reconhecedor e testemunhas assinam o documento.

E uma vez digitalizados para o inquérito policial eletrônico, considerando-se a possibilidade de revisão criminal, deverão os documentos originais produzidos fisicamente e digitalizados, ser mantidos em arquivo (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 192). Contudo, vislumbram a solução da assinatura por meio de *scanner* biométrico que permitiria autenticar a participação das partes no documento pela verificação nos vários sistemas informatizados que reconhecem os arquivos nos bancos de dados mantidos pelo Estado (referente à carteira de identidade, por exemplo).

Quanto à segurança do fluxo, arquivo e sigilo das informações concentradas no Inquérito Policial eletrônico, a própria tecnologia proporciona mecanismos que permitem toda sorte de proteção do sistema com senhas fechadas para os diversos atos, sob rigoroso controle, como é o caso da certificação digital que autentica e identifica os responsáveis pelos atos.

Esclarecem Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 199) que:

O ajuizamento do IPe, cujo sistema está em desenvolvimento pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, seja para fins de dilação de prazo, seja no caso de inquérito policial concluído, somente será possível após as peças produzidas no bojo do inquérito policial estarem assinadas digitalmente por meio de certificação digital. As peças podem ser assinadas individualmente ou por lote. O sistema possibilitará visualizar todas as peças assinadas digitalmente em um único arquivo PDF, o qual poderá ser visualizado pelo Poder Judiciário via sistema e-SAJ.

Com o Inquérito Policial eletrônico há maior rapidez no curso do procedimento, proporcionando maior qualidade e uniformidade dos trabalhos, com menores gastos em

recursos humanos e materiais. Além do que, as comunicações com os demais organismos estatais são maximizadas, o que é de suma importância ao papel repressivo do Estado.

A validade jurídica dos documentos assinados por meio da certificação digital foi objeto de regulamentação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que editou, em 2017, o Comunicado CG nº 2.167/2017 (Processo nº 2.015/163757), dirigido a todos os operadores do sistema judiciário, com "regras de processamento". O item "a", letra "4", encontra-se o seguinte texto: "os termos de oitivas e interrogatórios da fase policial serão assinados digitalmente pela Autoridade Policial e os termos físicos assinados por todos permanecerão na Delegacia de Polícia podendo ser solicitados a qualquer tempo".¹³

Dirigido a todas as autoridades, órgãos e funcionários que operam direta ou indiretamente com a persecução penal, especialmente no âmbito da investigação preliminar, o regramento pelo comunicado referido estabelece a forma de integração do Inquérito Policial eletrônico com o sistema judiciário.

Sob o contexto garantista, a arquitetura do Inquérito Policial eletrônico está perfeitamente alinhada com os fundamentos da teoria. E isto ocorre por proporcionar efetivo controle externo e interno por parte das autoridades corregedoras, do Ministério Público e da defesa do investigado, em regime de economia processual pela ausência de burocracia e pela presença de agilidade no trâmite digital, além da permissão para que as partes envolvidas tenham acesso aos atos materializados, desde que não prejudiciais ao deslinde, de maneira simplificada e com possibilidade de reprodução.

3.6.3 Escorço histórico da migração do inquérito físico para o eletrônico

Nenhum processo de transformação tão abrangente como o de substituição de um modelo de investigação burocratizado pela forma física para um centrado no formato eletrônico poderia ser construído sem muito planejamento, estratégia, capacitação e operacionalidade dos operadores.

Assim foi com o Inquérito Policial eletrônico na Polícia Civil do Estado de São Paulo, cuja primeira experiência preparatória veio muito antes com o tráfego de cartas precatórias, diligências que se realizam fora da sede do inquérito policial por meio de solicitação a autoridade policial de outra circunscrição.

¹³ O Comunicado CG 2.167/2017 (Processo nº 2.015/163757) regulamenta o funcionamento do Inquérito Policial eletrônico e o trânsito de documentos entre as delegacias de polícia e os órgãos do Poder Judiciário.

Por imposição normativa todas as cartas precatórias passaram ser expedidas por meio de correio eletrônico, com documentos digitalizados e após o cumprimento pelo deprecado, devolvidas pelo mesmo mecanismo.

Já com o Inquérito Policial eletrônico, por envolver órgãos diferentes e com plataformas e sistemas distintos, foi necessário primeiramente a composição de uma equipe conjunta para a operacionalização da integração possibilitando a interface do Inquérito Policial eletrônico da Polícia Civil e o e-SAJ do Poder Judiciário.

Ensinam Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 145) que a entrada em vigor da Lei nº 11.419/2006, instituindo o processo judicial informatizado, "trouxe novas reflexões a permear o processo penal". E o inquérito policial, como primeira *ratio* da persecução penal, lastro da maioria das ações penais, não poderia permanecer alheio.

E diante da pequenez dos intérpretes, reafirmam Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 146), que o § 1º do mencionado diploma legal se encarregou de "estabelecer a aplicabilidade dos novos dispositivos aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais criminais, em qualquer grau de jurisdição".

Advertem, contudo, que por possuir duas fases, uma de natureza inquisitivo-garantista e outra regulada pelo contraditório e pela ampla defesa, o processo penal, diferentemente dos demais (civil e trabalhista), exigiu a integração de sistemas (policial e judiciário).

Inegável, ainda, que o juízo criminal também atue na fase de investigação criminal, na medida em que avalia a legalidade de uma prisão em flagrante, na decretação de uma prisão temporária ou preventiva, na concessão de um mandado de busca e apreensão domiciliar, enfim, em várias medidas cautelares que dependem de autorização judicial para a sua decretação (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 146).

Deste modo não se justifica qualquer defesa para não se promover a integração de sistemas entre o inquérito policial (ou o termo circunstanciado de ocorrência ou as demais medidas cautelares da polícia judiciária) no tráfego informatizado que incluiu a ação penal.

E o mais importante. Com acesso pelos defensores do investigado remotamente, após cadastro no sistema e mediante anexação de documentos comprobatórios do patronato, oportunizando as garantias fundamentais ao autor do ilícito. Assim, ao lado do defensor, a própria sociedade é beneficiada com a celeridade, recebimento de laudos periciais e conclusão dos procedimentos.

A digitalização inicial do inquérito policial físico, durante a migração para o novo sistema, ficou a cargo da Corte Paulista por um prazo de um ano, conforme aprovado pelo

Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Minuta de Resolução 702/15, Processo 32.172/2015 (CONJUR, 2015), de modo que toda a persecução adquiere o formato 100% digital.

E, em sintonia, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, o Departamento de Inteligência da Polícia Civil (DIPOL) foi o órgão encarregado de viabilizar o projeto em nível organizacional.

Destaque-se que a experiência paulista não foi isolada. No âmbito federal, a Polícia Federal, no ano de 2010, implantou o E-IPL (Inquérito Policial Eletrônico), modernizando os procedimentos de Polícia Judiciária da União. O inquérito policial federal nº 12/2010 gerou o processo nº 50000.13.53.2010.404.7100 e já está à disposição, em mídia eletrônica, na 2ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS.

Tal medida foi capitaneada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A informação prestada pela Comunicação Social da Superintendência da Polícia Federal no Rio Grande do Sul foi divulgada pelo SINPEFRS (2010).

O tema é tão emergente, que tramita na Câmara Federal o projeto de Lei nº 1.811, de 2015, prevendo a desmaterialização do inquérito policial e do processo judicial criminal. Neste contexto, os públicos, interno e externo, teriam acesso ao sistema mediante senhas próprias. Não será diferente do que já o é no Processo eletrônico, no qual todas as peças processuais (petições, certidões, despachos, etc.) são virtuais, ou seja, digitalizadas em arquivos para visualização por meio eletrônico, proporcionando interação com os demais operadores do direito, que poderão praticar os seus atos diretamente no sistema.

No caso paulista, a ideia residiu no acesso por meio da rede mundial de computadores (web), simultaneamente e em tempo real, com um banco de dados central, devidamente protegido, sob a guarda dos anais da Polícia Civil, ao qual os seus operadores têm permissão para acesso e alimentação do sistema. Outros usuários internos e externos contam com uma ferramenta para apenas acessar, sem possibilidade de armazenamento. Para tanto, é exigido um cadastro de usuário com respectiva senha pessoal e intransferível, com uma chave especial de consulta, possibilitando visualizar todas as peças e informações do procedimento.

O trâmite totalmente eletrônico dos inquéritos tem como maior desafio os níveis de sigilo e segurança exigidos, por sinal, invioláveis. E com a implantação, outras funcionalidades são agregadas ao sistema, fruto natural do desenvolvimento cada vez mais apurado da tecnologia de informação, permitindo o desenvolvimento de novas funcionalidades.

Corolário da natureza humana sobre o temor do novo, a resistência dos operadores, considerada pelos idealizadores como normal em face da mudança cultural de todas as pessoas

envolvidas, deverá ser superada pelo treinamento e pela demonstração paulatina das melhorias. Neste sentido, foi criada a disciplina de Inquérito Policial eletrônico na Academia de Polícia com ementa própria, destinada a recapacitar os policiais civis e preparar os novos ingressantes.

No lapso entre as medidas de integração e a efetiva entrada em vigor do projeto, os policiais civis das carreiras de delegado e escrivão de polícia passaram a receber informações por intermédio de palestras e cursos com as plataformas digitais, ainda que no formato experimental, considerando-se que o próprio sistema encontrava-se em consumação.

Outra dificuldade considerada e que significou empenho gigantesco para implementação do Inquérito eletrônico foi a diferença de infraestrutura entre os organismos envolvidos no procedimento - Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria e a Ordem dos Advogados do Brasil.

3.6.4 Inquérito policial eletrônico e o garantismo ferrajoliano

Na prática e funcionalmente o inquérito eletrônico é cadastrado e distribuído pelo delegado de polícia. Logo que instaurado, passa a ser examinado de qualquer local e por qualquer um dos integrantes da equipe, possibilitando, inclusive, visualizar a regularidade da atuação. Assim, com a emissão eletrônica de pareceres sobre a regularidade da prisão, é possibilitado ao juiz imediatamente decidir acerca da homologação ou do relaxamento de prisão, fixação de fiança ou concessão de liberdade provisória.

Neste sentido, cumpre o inquérito eletrônico um dos basilares princípios garantistas da cultura ferrajoliana, pois possibilita o controle processual da fase de investigação preliminar pelo magistrado em tempo real, tanto para a adoção de medidas corretivas como para adoção de decisões em prol do respeito aos direitos do investigado.

O sistema Inquérito Policial eletrônico da Polícia Civil paulista somente será acessado via intranet (sistema por rede de acesso restrita). Depois de ajuizado, poderá ser acessado via e-SAJ, inclusive pela internet, com o emprego de certificação digital.

Para viabilizar a agilidade e celeridade das análises, haverá um plantão virtual por parte dos demais órgãos envolvidos no sistema, com pronta análise dos fatos. Do mesmo modo, a defesa do investigado poderá a qualquer momento intervir ou requerer no seu interesse, pedidos ou diligências. E para a segurança do sistema, toda vez que o usuário cadastrado fizer acesso ao sistema, será possível identificá-lo, por meio do certificado digital, ou seja, a identidade eletrônica.

Quando a infração investigada exigir elementos sigilosos de informação, para se evitar prejuízos às diligências policiais, o delegado de polícia poderá definir o grau de sigilo e gerar um incidente em níveis, limitando o acesso aos dados, como nos casos de interceptações telefônicas, representações de buscas e de prisões ou quebras de sigilos bancários e fiscais. Tais restrições serão encerradas uma vez cessada a sua necessidade. Igual providência, no caso de testemunha protegida, quando a identificação é preservada, consoante o Provimento 32/2000 da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo.

No âmbito da ação penal, o processo eletrônico permitiu aos advogados visualizarem peças e peticionarem do seu próprio escritório, fazendo-o em horários diferenciados e com muita segurança e rapidez. Inclusive o início do processo pode ser feito pelo peticionamento eletrônico conforme prevê a Lei nº 11.419, de 19/12/2006, facilitando o acesso das partes, sem a necessidade do uso de papel, contribuindo para o meio ambiente sustentável.

Todo o trâmite do inquérito eletrônico obedece à forma digital e com a facilidade de acesso pela abertura de abas acionáveis por direcionamento do cursor, de forma simplificada; sendo, portanto, acessível mesmo a profissionais com mínimos conhecimentos em informática. Isto ocorre porque se ajusta ao cotidiano que esses profissionais já vivenciam por encontrar-se assentada na plataforma do próprio sistema RDO (Registro Digital de Ocorrência).

A edificação está hospedada no site “inquerito.policiacivil.sp.gov.br/inquerito”, numa interface construída com o novo registro digital de ocorrência (RDO). A implantação definitiva já está se ampliando segundo cronograma estabelecido pelo Tribunal de Justiça, após aprovação da fase BETA TESTE, com projeto piloto iniciado em delegacia específica (3.^a Delegacia de Defesa da Mulher na capital do Estado) e estendido para todas as Unidades Policiais do Estado.

Na primeira fase de implantação, os órgãos do Poder Judiciário estabeleceram que os termos circunstanciados de ocorrência e as representações cautelares só seriam recebidas pelo sistema do Inquérito Policial eletrônico. Tão logo a absorção seja assimilada e os erros corrigidos, a segunda fase alcança os demais atos da polícia judiciária (auto de prisão em flagrante e o próprio inquérito policial eletrônico).

Aliás, as cautelares são postuladas na base do próprio RDO (Registro Digital de Ocorrência) e as postulações dos advogados viabilizadas pela internet ou mesmo pelo

comparecimento na Unidade Policial. As assinaturas nos termos em que se faz necessário coletá-las poderão ser feitas por via eletrônica, com base na certificação digital¹⁴ biométrica.

Como o Inquérito Policial eletrônico é baseado no sistema intranet, enquanto não judicializado (primeira distribuição com pedido de dilação de prazo, por exemplo), o acesso do advogado poderá ser realizado diretamente nos terminais da Unidade Policial, comprovado o patronato, ou pela internet após a judicialização, via sistema SAJ-e, restrito a algumas funções e mediante um par de chaves para a sua assinatura digital.

Para Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 147), a base do Inquérito Policial Eletrônico será a certificação digital, por meio de cartão, contendo atributos e a digital do seu signatário, certo que a admissibilidade "é reforçada pelo art. 11, § 1.º, da mencionada lei (Lei nº 11.419/2006), quando possibilita a autoridade policial digitalizar documentos a serem juntados aos autos do processo, conferindo o mesmo valor probante dos documentos originais".

Inegável que as novas tecnologias da informação necessitam ser utilizadas a serviço do Inquérito Policial, rompendo o paradigma de que ele deva ser escrito em um suporte de papel. Sem ignorar que durante a implantação, mudanças ainda serão implementadas e aperfeiçoadas, é certo que o Inquérito Policial eletrônico não trará prejuízo às características do persecutório investigativo, pois estará cercado de sistemas que garantem a sua autenticidade, com chaves de segurança para encriptar, propiciando um ambiente eletrônico seguro, com integridade e autenticidade das informações produzidas, tanto na armazenagem, bem como na transmissão dos fluxos, conferindo confiabilidade.

A mudança do formato eletrônico em contrapartida ao de papel não afeta as características do inquérito policial, pois a rede mundial de computadores, com a sua evolução, fornece ferramentas para que os órgãos encarregados na atuação da investigação disponham de tecnologia adequada possibilitando uma rápida atuação para reprimir o crime, respeitando a dignidade e as garantias fundamentais do investigado, mas sem perder a eficiência.

3.6.5 Vantagens do Inquérito Policial eletrônico sobre o meio físico

Apontam Ortiz, Moraes e Pimentel Júnior (2017, p. 4) que são várias as vantagens do meio eletrônico sobre o físico, entre as quais antecipam a gestão cartorária informatizada, a

¹⁴ Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 193-194), quanto à coleta de assinatura das partes chamadas a intervir (vítima, testemunha e investigado), apontam como solução que pode ser incorporada ao inquérito policial eletrônico, o uso da biometria. O sistema poderia checar a digital coletada diretamente no banco de dados do IIRGD. Ou por interligação do Inquérito Policial eletrônico com o sistema *AFIS - Sistema de Identificação Automático de Impressões Digitais*.

celeridade e a qualidade na produção de documentos e peças legais de polícia judiciária, a economia de recursos materiais, temporais e humanos com deslocamento, a otimização no manejo de informações, maior e melhor participação da defesa na investigação criminal e maior segurança e controle.

Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 191) citam a questão da incorporação de provas criminais produzidas por equipamento de vídeo e utilizam o exemplo do ocorrido durante a realização dos jogos Pan-Americanos do Rio de Janeiro, realizados em julho de 2007. Na ocasião, as forças de segurança utilizaram olhos eletrônicos, “com comunicação em tempo real via *palm's* e celulares aos policiais civis em operação”.

No inquérito policial em trâmite físico, provas originadas por gravação em vídeo necessitam de exame pericial para comprovação da autenticidade. Com o inquérito policial eletrônico,

[...] pode-se anexar a imagem “independentemente de perícia para transcrição e ilustração, fotográfica quadro a quadro, exame que trouxe maior credibilidade à prova realizada, pois será capaz de corroborar a inexistência de montagem” (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 191).

Outra grande vantagem que oferece o Inquérito Policial eletrônico, conforme assentam Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 191), está no contexto da comunicação entre a autoridade policial e seus agentes. Através do emprego de *tablet's*, os investigadores de polícia podem receber ordens de serviço, cujo relatório, após cumprimento, pode ser remetido pelo mesmo mecanismo.

No cumprimento da ordem de serviço, o policial civil poderia fazer as anotações imediatas, de forma a armazená-las em arquivo e inclusive fornecer seus relatórios conclusivos em tempo real. Os *tablet's* trariam mobilidade no acesso à informação, na medida em que permitiriam ao investigador de polícia variadas pesquisas por meio da rede Infoseg, desafogando os meios de comunicação tradicionais (rádio) (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 191).

Chama a atenção também, e merece destaque, o fato do novo modelo de inquérito policial disponibilizar mecanismos mais eficientes para a participação da defesa técnica na investigação criminal, tanto dos Defensores Públicos quanto dos próprios Advogados que estejam atuando nos interesses do investigado.

A operacionalidade do sistema eletrônico possibilitará aos defensores facilidade no acompanhamento da tramitação dos atos procedimentais relativos à investigação. E com a mesma visibilidade na plataforma que a dos demais interlocutores do procedimento, Ministério Público e Juiz, o que garante transparência e credibilidade, sem contar a facilidade de acesso sem sair do seu escritório ou repartição, "visto que poderão interagir e participar de maneira ativa e informatizada, mediante pedidos e manifestações que considerem pertinentes aos interesses de seus clientes defendidos" (ORTIZ; MORAES; PIMENTEL JÚNIOR, 2017, p. 6).

Complementam ainda Ortiz, Moraes e Pimentel Júnior (2017, p. 6) que a defesa terá acesso às cópias digitais integrais dos inquéritos policiais, a exceção dos atos temporariamente sob sigilo interno. Para tanto, bastará que estejam de posse de um dispositivo de armazenamento (*pen drive*, por exemplo), ou indique endereço de correio eletrônico apto ao recebimento.

Outro grande avanço do meio eletrônico de elaboração do inquérito policial sobre o físico está relacionado à sustentabilidade, já que há abandono do uso do papel. Sustentam Ortiz, Moraes e Pimentel Júnior (2017, p. 6) que, em uma modesta e conservadora avaliação, quando os quatrocentos e cinquenta mil inquéritos físicos anuais, elaborados pela Polícia Civil Paulista, forem totalmente substituídos pelo eletrônico, 180 milhões de folhas de papel serão economizadas em média, o que representará uma economia de 27 milhões de reais.

Além da economia de papéis e mecanismos físicos de impressão, também se economizará com a logística de arquivos, tanto nos cartórios das delegacias como dos fóruns criminais.

Por outro lado, o controle interno pelos órgãos corregedores da atividade policial que, no sistema físico, necessitam manusear cada folha dos inquéritos policiais e limitados àqueles que estejam nos cartórios, demandando tempo e gastos com deslocamentos, a partir do Inquérito Policial eletrônico, têm visibilidade disponibilizada por uma aba própria do poder correccional. Com senhas próprias e certificação para o exercício do ato de correição, as autoridades policiais e judiciais com atribuição correccional, terão acesso a todos os "Inquéritos Policiais eletrônicos" em andamento na unidade policial em questão.

O relacionamento do Inquérito Policial eletrônico com os órgãos da Superintendência de Polícia Técnico-Científica (Instituto Médico Legal e Instituto de Criminalística) é apontado como mais vantajoso que o do meio físico. É que o modelo antigo exigia o tráfego de requisições e entrega de laudos periciais, burocracia que sempre onerou o trabalho de peritos pelo volume e exíguo prazo indicado pelo Código de Processo Penal (art. 160, § único - 10 dias).

Enfim, no Inquérito Policial eletrônico todo o trânsito de documentos entre os órgãos policiais e os técnico-científicos, devem ser consumados por meio eletrônico, inclusive os laudos. Prevê a plataforma, inclusive, um sistema de gestão de bens em face das peças examinadas e a cadeia de custódia, já que o Código de Polícia Penal indica que os instrumentos de crime acompanham o Inquérito Policial.

Portanto, o Inquérito Policial eletrônico da Polícia Civil paulista é o mais importante instrumento processual da investigação preliminar já idealizado e que, diferentemente dos modelos anteriores, é assecuratório, em tempo real, da autenticidade e do controle por parte de todos os órgãos envolvidos no sistema acusatório.

Registra-se, ainda que a intenção maior do Inquérito Policial eletrônico é criar um ambiente único onde se possam acessar os principais *softwares* de especialidades em uso pela Polícia Civil paulista, potencializando o acesso e a recuperação da informação, maximizando a investigação.

Importante destacar que, sob o enfoque do princípio da eficiência, acrescido entre os princípios constitucionais da Administração Pública pela Emenda Constitucional nº. 19/1998, conforme art. 37, caput, da CF/88, o Inquérito Policial eletrônico encontra-se plenamente sintonizado.

Ensina Silva (2005, p. 671) que eficiência "não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades". Deste modo, "eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado".

E levando em conta a eficiência como princípio, esclarece Silva (2005, p. 671) que ele

[...] orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

Nesta mesma linha, Di Pietro (2011, p 84) sistematiza o princípio da eficiência em duas vertentes. A primeira, relacionada à atuação do agente público, de eficiência no desempenho de suas atribuições, visando aos produtivos resultados. E a segunda se refere "ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público".

Advogam Lima e Souza (2014, p. 257) que o princípio da eficiência está expresso também na conjugação de providências dos vários setores da administração pública visando

“reduzir as assimetrias dos mesmos”. Ora, não teria cabimento a ação penal se desenvolver em uma plataforma eletrônica e o inquérito policial continuar no ambiente físico, em descompasso com a realidade do processo digital.

E é neste aspecto que o inquérito policial eletrônico sintoniza-se com o princípio da eficiência; pois, conforme já retratado, oferece um formato acessível em uma plataforma de tecnologia da informação, facilitando o trabalho dos operadores envolvidos, servidores públicos e advogados, economizando tempo e recursos materiais, além de tornar desnecessária a forma impressa.

Deste modo, aperfeiçoada a organização da administração pública com uma moderna estrutura de elaboração de inquéritos policiais, possibilita-se que o desempenho dos agentes públicos protagonistas também seja melhorado e obtenha resultados mais produtivos.

3.7 Perspectivas para a investigação preliminar no Projeto do Novo Código de Processo Penal

O projeto do novo Código de Processo Penal é fruto do requerimento 227, apresentado no Senado Federal em março de 2008, propondo a nomeação de uma “comissão de juristas”¹⁵ destinada a apresentar um projeto de código de processo penal, sendo que decorrido um ano de sua tramitação, transformou-se no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009.

Silva (2017, p. 3), ressaltando aspectos do projeto, reporta que “estava dado a conhecer o que se pensava e se propunha para nosso futuro direito processual penal, e, como esperado, diversas e polêmicas inovações se fizeram presentes naquele projeto”.

Silva também esclarece que o referido projeto é composto de seis livros, dos quais, o mais importante pelas inovações e repercussão é o Livro I, que trata exatamente da persecução penal:

Entre outras tantas inovações, ali foi inserida não só uma esperada definição sistêmica de nosso processo penal (artigo 4º), mas também apresentada duas figuras novas para o direito brasileiro: a investigação defensiva (art. 14) e o juiz de garantias (artigo 15 e seguintes) (SILVA, 2017, p. 4).

¹⁵ A Comissão de juristas nomeada pelo Ato nº 11/2008, do Senador Garibaldi Alves Filho, foi composta por: Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins de Oliveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Sandro Torres de Avelar, conforme informação publicada em 05.06.2008 no Diário Oficial do Senado e disponível no endereço eletrônico do Senado Federal.

Embora as alterações que o texto sofreu nos debates no Senado Federal, a estrutura original foi preservada, e o Projeto foi enviado ao exame da Câmara dos Deputados, onde foi recepcionado como Projeto de Lei nº 8.045/2010.

Importante destacar que a matéria é pouco explorada na doutrina pelo fato de se tratar de projeto de lei ainda em debate na Câmara Federal, sob nº 8.045/2010, embora o texto já tenha sido aprovado no Senado e a sua estrutura mantida entre os deputados. Portanto, a despeito das alterações que o texto sofreu nos debates do Senado Federal, a estrutura original foi preservada e o Projeto foi enviado ao exame da Câmara dos Deputados, onde foi recepcionado como Projeto de Lei nº. 8.045/2.010.

Cabe esclarecer que é o texto que será o objeto de análise deste trabalho, considerando o estágio em que se encontra na Casa, decorridos mais de sete anos de debates e alterações promovidas, achando-se atualmente em fase final de votação pelo Plenário. Também cabe esclarecer, por outro lado, que levando-se em conta os objetivos desta dissertação, interessa o foco exclusivamente retratado no Livro I, que cuida da persecução penal, e da mesma forma o contexto que reorganiza o inquérito policial, daí o porquê do recorte da abordagem.

Importante ressaltar que o projeto do novo Código de Processo Penal é justificado na medida em que o atual Código de Processo Penal foi concebido sob égide de uma Constituição Federal (1937) que ostentava inspiração, como já explorado, de um regime ditatorial. E a necessidade de adequação à atual Constituição é medida incontestável; por isso, o texto do Projeto 8.045/2010 é recepcionado com entusiasmo no cenário jurídico nacional.

De início, já é perceptível a mudança de regência e a alcance das normas que deverão imantar o processo penal pátrio, conforme se verifica com o texto do artigo 1º no projeto do novo Código de Processo Penal: "O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil".

Enquanto o atual Código de Processo Penal, em seu artigo primeiro "ressalva" os tratados, as convenções e as regras de direito internacional, o novo projeto prevê a aplicabilidade do direito internacional, com seus princípios e normas extraídos dos Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil como complemento da normatização do processo penal. Ou seja, em vigor, os operadores terão que considerar também as normas internacionais no que couber.

Consoante Silva (2017, p. 21), com o texto do novo projeto, o Código de Processo Penal deixou de ser a principal fonte normativa da persecução, tornando-se mais uma ao lado

dos documentos internacionais e dos princípios fundamentais constitucionais, fruto da verdadeira "onda de internacionalização do direito processual penal, por força dos tratados de Direitos Humanos e das modificações introduzidas por sucessivas emendas constitucionais, sobretudo a EC nº 45 [...]".

Percebe-se, desta forma, que também a investigação preliminar, como parte da persecução penal, passa, com o novo código de processo penal, a ser alcançada definitivamente pelas normas e princípios constitucionais fundamentais, bem como pelas convenções e tratados internacionais relativos aos direitos humanos.

Desta forma, é importante destacar os mais relevantes princípios que integram o texto do novo código, eis que uma vez seja ele implementado, tais princípios se tornarão balizadores da atividade investigativa, ganhando o investigado um *standart* protetivo maior que o hoje previsto pelo atual código e normativa respectiva.

Pelo texto do novo Código de Processo Penal, conforme expõe Silva (2017, p. 42) o devido processo legal constitucional é incluído de forma inovadora dentro do Código de Processo Penal, conforme dispõe o artigo 2º, ao estabelecer que "as garantias processuais previstas neste Código serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência ao devido processo legal constitucional".

Deste modo, como peça principal da investigação preliminar na persecução penal, o Inquérito Policial deverá ser regido pelo princípio da "devida investigação legal constitucional". Daí, as regras estabelecidas para o procedimento investigativo deverão preservar a estrita legalidade dos atos, no interesse não só do Estado, como agente da apuração da infração criminal; mas, especialmente, do investigado e da defesa, que passam a ter participação ativa na produção de provas.

E não é por acaso. Verifica-se que, a partir da Constituição Federal de 1988, várias normas regulamentadoras, editadas pelo legislador, se adaptaram aos princípios e regras estabelecidas pela Carta. E a última delas, a Lei Federal nº 13.245/2016, ampliou consideravelmente a participação da defesa na fase preliminar não só do inquérito policial, mas de qualquer instrumento investigativo que se proponha a apurar infrações penais (caso do procedimento de investigação criminal do Ministério Público).

Tal normativa afasta definitivamente, conforme já esposado, o caráter exclusivamente inquisitório do inquérito policial, para aproximá-lo de um modelo mais flexível à dialógica de um mínimo de contraditório e de ampla defesa.

Contestados no modelo atual, a ampla defesa e o contraditório assumem papel relevante na devida investigação legal e constitucional do novel Código de Processo Penal, consoante estabelece o seu artigo 3º, ao dispor que "todo o processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais".

Verifica-se, assim, que houve uma mudança brusca na investigação criminal, pois, como se denota do próprio texto legal (art. 3º), todo o processo penal realizar-se-á sob o contraditório, garantindo-se a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais. Assim, o legislador, nesta reforma pretende instituir o contraditório, bem como, a ampla defesa também na fase investigatória (SILVA, 2017, p. 49).

Conforme tratado anteriormente e, consoante defendem diversos doutrinadores, no atual sistema do Código de Processo Penal já existe aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório no Inquérito Policial, ainda que de forma restrita e informal. Se por contraditório é entendido o direito à informação para adoção de uma medida defensiva, não há como negar sua existência no modelo atual, tendo em vista a Súmula Vinculante¹⁴ e, como abordado, a dialética estabelecida pela Lei nº 13.245/2016.

O que não surpreende, por consequência, a opção do legislador do novo Código de Processo Penal em literalmente estabelecer sua adoção para o Inquérito Policial, inclusive com a permissão aberta para que a própria defesa promova investigação defensiva (art. 13), deixando clara a opção pela paridade como princípio que deve imperar na fase preliminar.

Pela paridade de armas, ensina Badaró (2016, p. 59), com propriedade, que a igualdade de tratamento não deve ser somente do juiz, mas também do legislador, "ao disciplinar institutos processuais", devendo "fazê-lo de modo a garantir a isonomia de partes na dinâmica processual". Portanto, seguiu bem o legislador no projeto do novo Código de Processo Penal.

E seguindo nessa linha, Badaró (2016, p. 60) anota:

É de se reconhecer que há uma desigualdade inicial na persecução penal. A defesa se coloca em uma posição de desvantagem na fase da investigação, que se inclui no direito à investigação das fontes de provas. A investigação da acusação é realizada por órgãos estatais, estruturados para tanto. Por outro lado, a defesa deve desenvolver sua investigação com as próprias forças. O problema se mostra ainda mais sensível ao se considerar que a imensa maioria dos acusados e investigados no processo penal é pobre e não tem condições de desenvolver qualquer atividade investigativa.

Para Fernandes (2005, p. 52), a igualdade processual de tratamento entre defesa e acusação significa conceder os mesmos direitos e deveres, levando em conta a própria desigualdade existente. Assim, "o tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dubio pro reo; favor rei*".

Na persecução penal, proporciona o Estado o forte aparato de todos os seus órgãos para subsidiar o órgão acusador no propósito de promover a acusação. Está presente "todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado" (FERNANDES, 2005, p. 53).

A ativa participação da defesa técnica no texto do projeto do novo Código de Processo Penal não deixa dúvida, pois, conforme indicado, o artigo 3º, parte final, reclama tratar-se de garantia "a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais".

E como já prevê a Lei nº 13.245/2016, o artigo 11, do texto do projeto do novo Código de Processo Penal, refere que o defensor e o investigado têm assegurado o direito de acesso (informação) a todo o material já produzido, ressalvando apenas o relativo às diligências em andamento, garantindo o parágrafo único consulta ampla, realização de apontamentos, reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

Conforme abordado, no caso do Inquérito Policial eletrônico instalado no Estado de São Paulo, o defensor e o investigado contarão com acesso mais qualificado quanto à reprodução do material produzido por se tratar de plataforma digital em que um simples dispositivo portátil de guarda de arquivo (*pen drive*, por exemplo) será suficiente para a reprodução do inquérito.

Igual tratamento deverá contar o próprio investigado. A obrigatoriedade do condutor da investigação preliminar em ouvir o investigado, posto tratar-se de direito e garantia deste, consoante o que estabelece o artigo 12, do texto do novo Código de Processo Penal, deixa para trás a discricionariedade da autoridade policial que, no atual modelo, conduz a investigação sem o compromisso formal da oitiva do investigado.

Em nosso pensar, exigida a oitiva do investigado no inquérito policial, extrai-se que a investigação formal será obrigatória em sendo apurada a autoria da infração penal e encontrado o investigado.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidariamente encastelado no interesse público da realização de um

processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (PACELLI, 2017, p. 46).

Diante da redação do referido dispositivo, o contraditório e a ampla defesa na investigação criminal estão restritos ao fato do investigado ser encontrado, inexistindo a obrigatoriedade no caso de foragido.

Questão que surge é saber se o contraditório, realizado na investigação criminal, substitui o formal da ação penal. E a resposta deve ser conduzida à negação, vez que não há espaço no Inquérito Policial, por exemplo, a um formalismo dialético como o que se instala na ação penal.

A nosso pensar, trata-se aqui de um mínimo de contraditório, totalmente desprovido de formalidades, e que objetiva tão somente informar ao investigado o resultado das provas produzidas e materializadas, para que, como mecanismo de aperfeiçoamento da participação defensiva, querendo, requeira ou produza prova de seu interesse. Ou seja, não serão o investigado e seu defensor informados que uma diligência destinada à coleta de determinada prova vai ser realizada. Não teria sentido; pois, avisado antecipadamente, poderia frustrar o seu resultado, inviabilizando os objetivos.

Assim, mesmo considerando estas garantias (ampla defesa e contraditório) no período investigatório, que são muito importantes, acreditamos que as diligências produzidas na investigação devem ser repetidas em juízo, onde temos, uma estrutura dialética processual com garantias plenas pré-definidas, ao contrário do que temos na fase da investigação (SILVA, 2017, p. 108).

Deste modo, tal qual já possibilitado no atual modelo de persecução penal, conforme defendido por vários autores, entre os quais Lopes Junior (2006, p. 352):

É importante destacar, que quando falamos em "contraditório" na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento da informação. Isto porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito à informação - importante faceta do contraditório - adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

Pela quadra do artigo 4º, do texto do novo Código de Processo Penal, estabelece o legislador que o processo penal brasileiro será regido pelo princípio acusatório em sua estrutura, vedando expressamente a "iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

O sistema acusatório, opção literal do novo Codex, é caracterizado pela distinção entre o julgador, o acusador e a defesa, como regra. Explica Nucci (2018, p. 47–48) que o sistema atual do modelo pátrio é o acusatório e que, entre as suas características, verificam-se:

[...] nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade da defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Para Badaró (2016, p. 96), a essência do modelo acusatório "é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender". É que, uma vez "eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo".

O modelo em que predomina a concentração das funções de acusar, defender e julgar é o inquisitivo, taxado de antidemocrático e característico de regimes autoritários; portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

No sistema acusatório brasileiro atual, diferentemente do texto do projeto do novo Código de Processo Penal, o julgador tem poderes probatórios independentes das partes, o que se extrai da leitura do artigo 156 do atual Código de Processo Penal. Para Pacelli (2017, p. 463), isto não retira do modelo brasileiro a característica acusatória, reconhecendo que deve ser considerado que o Codex atual data de um período de "inspirações inegavelmente autoritárias".

Assim, embora reconheçamos a amplitude da iniciativa probatória deferida ao juiz no Código de Processo Penal, não podemos esquecer que esta atividade probatória somente deve se desenvolver a partir da existência de dúvida sobre ponto relevante do processo, não sendo aceitável, porém, e em nenhuma hipótese, a adoção de posição supletiva ou subsidiária da atuação do órgão acusador (PACELLI, 2017, p. 463).

Conforme esposado, com o novo texto, o legislador pátrio, de forma clara, introduz o sistema acusatório puro no processo penal, vedando qualquer participação do juiz na fase probatória da investigação preliminar, o que não impede o controle jurisdicional sobre as medidas assecuratórias e cautelares durante a apuração da infração.

Ocorre que ao dispor o legislador no artigo 4º que é "vedada a iniciativa do juiz na fase da investigação preliminar e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", estaria o magistrado autorizado a substituir a defesa no interesse da produção de provas?

Em nossa forma de ver, o sistema acusatório proposto pelo projeto, quando disse que o juiz não pode substituir a acusação na fase probatória, implicitamente, disse que ele poderia substituir a defesa, dando clara legitimação à figura do juiz-defensor, figura esta que, como se viu acima está ligada ao sistema inquisitivo, havendo vários documentos históricos nesse sentido [...] (SILVA, 2017, p. 88).

Em sentido oposto à posição de Silva, entende-se que o texto deve ser interpretado no seu conjunto. E ele é claro na primeira parte ao "vedar a iniciativa do juiz", o que por si já responde à indagação. Se não é lícita a iniciativa, não poderá substituir nem o órgão acusador e nem o defensor.

E como o texto institui o modelo acusatório proibindo o juiz natural de atuar na investigação preliminar, para resolver esta questão, o legislador cria a figura do juiz de garantias, a quem está destinado decidir sobre todas as medidas de intervenção jurisdicional na fase investigativa. Deste modo, protege-se a imparcialidade do julgador vez que, somente no recebimento da denúncia, o juiz de garantias libera-se da jurisdição, que passa a ser exercida pelo juiz do processo.

Do magistério de Gomes (2011, *on-line*), o sistema acusatório visa não mesclar as funções de acusar, defender e julgar e, na parte de produção de provas, cada um deve produzir as provas que lhe interessa. Ao juiz, somente no caso da dúvida, é facultado determinar diligências por sua própria iniciativa. E ao órgão acusador, autonomia absoluta, enquanto o juiz permanece com total imparcialidade, para não contaminar a produção de provas, permitindo-se o uso dos recursos da informática.

Segundo a exposição de Silva, "em respeito ao próprio sistema acusatório, na fase da investigação é vedada a produção de prova de ofício pelo juiz". E, nesse sentido, "o projeto inovou e criou o juiz de garantias para a investigação preliminar, na qual não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos individuais [...]" (2017, p. 73).

Ao que tudo indica, foi uma resposta do legislador quanto ao permissivo de atuação do juiz na produção de provas, conforme o referido artigo 156 do atual Código de Processo Penal. Nesse sentido, parte considerável da doutrina já condenava a flexibilidade sem controle ao permitir a participação do magistrado na produção de provas, sob o argumento de que o resultado prático de tal prova seria a contaminação da persuasão racional isenta, esperada do julgador.

E mesmo ao juiz de garantias¹⁶, o texto do novo Código de Processo Penal veda a iniciativa durante a fase de investigação, verificando-se que todas as ações direcionadas ao magistrado possuem caráter provocativo. Conforme Silva (2017, p. 74), ao juiz de garantias:

[...] o projeto atribui competência para 'ser informado da abertura do inquérito policial', 'requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação' e 'determinar o trancamento dessa investigação quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento.

Como se constata, com a comunicação de instauração do inquérito policial, o juiz de garantias torna-se um verdadeiro auditor da legalidade da investigação, além de concentrar o poder correcional sobre indevidas ações que desatendam os direitos do investigado.

Desse modo, as medidas de interesse para a produção de provas que a autoridade policial entender necessárias, desde uma simples busca e apreensão domiciliar até a intervenções mais invasivas na vida privada do investigado (interceptação telefônica, telemática, quebra de sigilos fiscal, bancário etc) deverão ser controladas pelo juiz garantista.

Segundo Gomes (2011, *on-line*), o juiz de garantias vai tomar conta das liberdades das pessoas em investigação. As cautelares que interferem nos direitos e garantias fundamentais

¹⁶ 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 de prisão em flagrante, para efeitos 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; VII- decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII- prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX- determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X- requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI- decidir sobre os pedidos de: a- interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b- quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; 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- arquivar o inquérito policial; XV- assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os artigos 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.

ficarão sob o controle do magistrado garantidor, para não contaminar a imparcialidade do juiz natural. A crítica que se estabelece é pelo fato de existirem comarcas com apenas um juiz, o que se resolverá criando a figura do juiz de garantia regional, responsável pelas pequenas comarcas.

E a questão da imparcialidade do juiz do processo é levada a tamanha proteção que o artigo 16 prevê expressamente que o juiz que praticar qualquer ato incluído nas competências do artigo 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no artigo 748, inciso I, que ressalva a não aplicabilidade do impedimento nos casos de comarcas ou seções judiciárias que contam com apenas um juiz, mas somente enquanto lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição e, quanto aos processos em andamento, quando entrou em vigor do Código de Processo Penal (art. 748, II).

É certo que o juiz do processo não fica totalmente inerte, podendo atuar para corrigir dúvidas suscitadas na instrução. Assim é que o artigo 165¹⁷ do projeto do novo Código de Processo Penal autoriza o juiz, antes da sentença, a determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes (SILVA, 2017, p. 76).

E não poderia ser diferente, pois é previsível que o julgador, duvidoso sobre questão suscitada na instrução, não esteja totalmente preparado para entregar a prestação jurisdicional justa que a sociedade dele espera. Assim, é lícito que possa determinar quantas diligências se acharem necessárias para sanear a questão.

A figura do magistrado de garantias é, sem dúvidas, a principal introdução proposta pelo legislador processual penal, inspirado no modelo ensinado por Ferrajoli, verificando-se que, por atuar exclusivamente na fase da investigação preliminar, o inquérito policial ganha nova roupagem democratizante, cumulada com o conjunto de medidas garantistas a serem implementadas na proteção do investigado.

Conforme se confere pela comparação com a regra do artigo 83 do atual Código de Processo Penal, a regra da prevenção é uma das formas de competência do magistrado que têm atuação em atos do inquérito policial, o que demonstra a guinada garantista proposta pelo novo modelo de persecução penal em projeto no Parlamento brasileiro.

Em magistral ensino, Lopes Júnior (2006, p.174), ao tratar do tema da prevenção do juiz, há mais de uma década, declara a impropriedade do sistema de distribuição de

¹⁷ Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único: Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligência para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

competência por referido critério, por atingir o que chama de "princípio supremo do processo" que identifica como "imparcialidade do órgão jurisdicional".

A nosso juízo, deveria ser uma causa de exclusão, pois determinar que o mesmo juiz que homologou uma prisão em flagrante ou decretou a prisão temporária ou preventiva no curso do inquérito seja o que irá receber e julgar a causa não é o melhor critério. A prevenção pode fulminar a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 174).

E, na exposição de motivos do referido projeto, são apresentadas as motivações desejadas, além do mergulho completo no sistema acusatório para o processo penal brasileiro:

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional, e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação (BRASIL, 2009, p. 17).

Questão que merece ser pontuada está na possibilidade do impedimento do próprio juiz de garantias, levando em conta a essência da imparcialidade retratada na proposta do projeto. Logo, os mesmos critérios de suspeição e impedimento se aplicam ao juiz de garantias (art. 430 e seguintes do projeto do novo CPP).

Contudo, a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça implantou em todo o país as audiências de custódia, conforme já abordado, obrigando a autoridade policial a apresentar todo preso não afiançado ao crivo deste magistrado. E, verificando o rol de competências do juiz de garantias (art. 14 e seguintes do texto do projeto do novo CPP), nele não consta qualquer alusão sobre a audiência de custódia.

Acaso o juiz de garantias participe da audiência de custódia estaria impedido de funcionar como juiz de garantias?

Considerado o critério de neutralidade do magistrado, a resposta deverá ser positiva, pois uma vez tendo decidido sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, estaria contaminado para funcionar como garante dos direitos do investigado.

Sobre o tema, registra Silva (2017, p. 164) que, no caso do juiz presidir a audiência de custódia, “não poderá atuar na investigação, e nem no processo, pois, pode ter sido *contaminado* pelo que ficou sabendo, mesmo que este procedimento analise somente as circunstâncias da prisão”.

Destaque-se que, o PLS apresenta outras causas geradoras de impedimento pelo juiz de garantias, dentre elas, a de zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este, seja conduzido à sua presença e de o juiz determinar o trancamento do inquérito policial, investigação criminal, quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (SILVA, 2017, p. 164).

Verifica-se, assim, que se um mesmo juiz não pode jurisdicionar nas garantias e no processo, pois contaminada estaria a sua persuasão racional, na mesma linha de raciocínio do projeto do novo Código de Processo Penal, o juiz da audiência de custódia, já que tal competência não lhe foi atribuída.

A bem ver, tratando do juiz de garantias e considerando o objetivo cumprido pela audiência de custódia – exatamente zelar pela legalidade da prisão e preservar os direitos fundamentais do preso – não estaria o magistrado contaminado pelo simples fato de ter analisado os critérios da prisão. Até porque, consoante *caput* do art. 14 do projeto, consta ser o juiz das garantias “o 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 [...]”.

Por outro lado, a prisão em flagrante é exatamente uma das formas de início da investigação criminal, cuja comunicação e envio do auto de prisão a autoridade policial cumpre na pessoa do juiz garantista (art. 14, incisos I e II do projeto). E como o dispositivo em testilha faculta ao juiz determinar a condução do preso a sua presença durante o decorrer da investigação criminal (art. 14, inciso III do projeto), ou seja, desde a prisão, não há incompatibilidade ou contaminação da isenção do juiz pelas funções exercidas na audiência de custódia. Aliás, esta função perde o objetivo que motivou sua própria criação.

O título II do novo Código de Processo Penal está denominado "da investigação criminal", tratando o capítulo I das "disposições gerais" em apenas seis artigos. Embora sem conceituar o que seria investigação criminal, o legislador indica os objetivos aos quais ela se destina. Assim, estabelece o artigo 8º que ela visa à "identificação das fontes de provas e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal".

Refere Silva (2017, p. 95–96) que, por investigação, no contexto do projeto do novel Código de Processo Penal, entenda-se "o conjunto de diligências e atos realizados pela autoridade competente visando à apuração de uma infração penal e sua respectiva autoria, a fim de formar ou não o convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação".

Silva (2017, p. 96) afirma que "a investigação criminal não busca comprovar a infração penal", ou seja, seu objetivo não destina a "confirmar a tese acusatória", mas verificar

a sua plausibilidade, o *fumus commissi delicti*, vale dizer a fumaça do cometimento da infração delituosa.

Vê-se que a justa causa da instauração do procedimento investigatório está na razoabilidade fática da infração penal, vez que se o desejo do legislador foi cercar o investigado de garantias de modo que não se viabilize ações penais infundadas, esse é o primeiro filtro que deve ser aplicado através da investigação preliminar.

Já o objetivo de identificar as fontes de provas leva à conclusão de que o legislador confiou na técnica investigativa do condutor da investigação preliminar, outorgando-lhe a discricionariedade para assenhorear-se delas. E não poderia ser diferente, pois a busca pelas provas de materialidade e autoria de uma infração penal depende de cada caso *in concreto*, e, acaso genericamente fizesse o legislador previsão individualizada, a chance de sucesso se reduziria consideravelmente.

Entretanto, consoante Silva (2017, p. 96), a autonomia da investigação criminal não é despreendida da taxatividade legal dos atos praticados pela autoridade, consoante regra do artigo 5º, inciso LVI, que rechaça qualquer tipo de prova ilícita. E é instrumental "porque serve para auxiliar o acusador na escolha ou não do processo penal".

Por isso, mesmo não servindo para gerar/iniciar o processo penal, ela alcança seu objetivo que é o de auxiliar o órgão de acusação para justificar ou não o processo. Além disso, a investigação serve, também para fundamentar prisões e outras medidas cautelares, ainda que de modo sumário (SILVA, 2017, p. 96).

Contudo, diante da discricionariedade investigativa, preocupou-se o legislador mais com os aspectos garantistas do investigado, conforme se verifica na redação do artigo 9º, ao estabelecer uma condição jurídica do investigado, reconhecida a "partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de infração penal", sem considerar-se a "qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação".

Ao titular do *standart* dessa condição jurídica, nascem todos os direitos garantistas inerentes ao qualificativo de sujeito de direitos no contexto da devida investigação legal constitucional, inclusive na assistência técnica e pessoal.

Está estampado no artigo 10 do projeto de Código de Processo Penal, textualmente, a garantia do sigilo necessário à elucidação do fato, como o dever da autoridade investigante na preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e de outras pessoas indiretamente envolvidas, cabendo ainda impedir que sejam submetidas à exposição

dos meios de comunicação. A disposição do texto do artigo 10 é totalmente de cunho protecionista, carregada de imposições negativas à liberdade da autoridade investigante voltada para blindar o investigado de garantias. É a presença do garantismo da doutrina de Ferrajoli:

[...] a fase de investigação é, antes de tudo, uma garantia de qualquer pessoa. Garantismo, significa, nada mais, do que as técnicas previstas no ordenamento jurídico para reduzir a distância entre a normatividade - previsão normativa dos direitos, e a efetividade - realização concreta dos direitos, unindo teoria e prática (SILVA, 2017, p. 98).

Sob o ponto de vista da doutrina ferrajoliana, complementa o professor Silva (2017, p. 99), o "garantismo penal decorre inicialmente e especialmente da necessidade de se observar os direitos fundamentais dos cidadãos, valendo, substancialmente, dos princípios maiores estampadas na Constituição Federal".

E não poderia ser diferente no caso da investigação criminal. A efetividade das garantias processuais constitucionais, estampadas nos princípios da presunção de inocência, vedação da prova ilícita, não obrigatoriedade de fazer prova contra si mesmo, devida investigação legal e constitucional, garantia da motivação dos atos da autoridade investigativa, sigilo e preservação da intimidade e da vida privada do investigado, legalidade e lealdade processual penal, ônus acusatório probante etc., seria letra morta sem a normatividade instrumental.

Assim, o legislador do projeto do novo Código de Processo Penal sedimentou a investigação criminal com a efetividade das garantias que cercam o investigado de direitos para fazer frente ao poder oficial da persecução penal.

Tais garantias não atendem exclusivamente o investigado. A tutela dos valores constitucionais são também garantias em prol de todos abstratamente, pois leva em consideração que, na devida investigação legal e constitucional, o Estado continua armado no sentido de impedir a impunidade. Contudo, sem desprezar os valores maiores que a ele coube preservar para garantia do Estado Democrático de Direito, em especial por envolver liberdade com essência na matriz da dignidade humana. Nesse sentido, no respeito às garantias da pessoa do investigado, toda a sociedade que reclama por segurança, abstratamente, está sendo atendida.

Outra questão relevante que o legislador do texto do novo Código de Processo Penal tratou é a segurança jurídica, estampada na razoável duração da investigação criminal. É o que se extrai da leitura do artigo 32 que estabelece o prazo máximo de setecentos e vinte dias para o curso de uma investigação. É um paralelo do princípio insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII,

da Constituição Federal, que garante a razoabilidade da duração, no âmbito judicial e administrativo, dos processos e "os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Relevante mudança propõe o projeto do novo Código de Processo Penal quanto ao instituto da investigação defensiva, até então recusado pela persecução penal pátria, que se restringia ao requerimento perante a autoridade condutora do inquérito policial (art. 14 do atual CPP). Sem cerimônias, o artigo 13 e seus seis parágrafos¹⁸ cuidam do direito do defensor exercer a investigação defensiva, tal qual a própria autoridade estatal, sob cautelas do juiz de garantias.

Assim, facultado ao defensor público ou ao seu advogado com mandato do investigado, "tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas".

Diferentemente da autoridade condutora da investigação, o defensor tem necessidade de obter consentimento formal das pessoas, tratando-se de entrevistas com testemunhas e vítimas, é caso de somente com autorização do juiz de garantias, que poderá estabelecer as condições, e com consentimento pessoal; o que não deixa de ser um fator de relativização da defensividade, compreensível em face da vítima ter interesses no deslinde da apuração, não podendo ser constrangida.

E sobre este aspecto, levando em conta os limites da ação do advogado na investigação defensiva, as entrevistas só poderão ser realizadas mediante reserva e discrição necessárias, "em dias úteis e com observância do horário comercial", a demonstrar que o objetivo a ser alcançado não pode ser extrapolado. Preserva-se, assim, a responsabilidade do investigador defensivo por meio do formalismo protetivo dos atos autorizados.

Levando em conta a relevância do que foi produzido pela investigação defensiva, o legislador observa o poder discricionário de a autoridade policial encartar ou não o material produzido. É evidente, que a recusa não é absoluta, na medida em que confere mecanismo recursal para que o pedido possa ser reconsiderado.

¹⁸ Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º. A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardando o seu consentimento. § 3º. Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º. Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º. As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

E o mais importante, assim como as autoridades e agentes estatais, os responsáveis pela investigação defensiva podem responder criminal, civil e disciplinarmente por eventuais excessos cometidos no curso das ações adotadas.

Conforme expõe Silva (2017, p. 116), trata-se de legitimação para que a defesa, como faz o Ministério Público em seu gabinete, produza fontes de provas em seu próprio escritório ou local escolhido, "quando requer esclarecimentos, ou tem alguma dúvida sobre o fato, em tese delituoso".

Ao que tudo indica, andou bem o legislador em face do reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal do poder investigatório, por meios próprios, do Ministério Público (RE 593.727), apesar dos debates doutrinários verificados. Com a abertura legal para que também o defensor do investigado, por seus meios e dentro da estrita legalidade, possa realizar produção de fontes de prova, restabeleceu, implicitamente, a paridade na persecução penal durante a primeira fase.

E não poderia ser diferente. Se o órgão acusador, comprometido com a tese acusatória, está legitimado a produzir provas do seu interesse, resta desequilibrado o sistema isonômico em face da defesa, o que está sendo corrigido com o projeto do novel Código de Processo Penal, como já anunciavam as mudanças legislativas, implementadas na legislação processual penal (vide Lei Federal nº 13.245/2016, que acrescentou ao artigo 7º da Lei nº 8.906/1994, os incisos XIV, XXI) e outros dispositivos aqui abordados, além da Súmula Vinculante 14, do STF.

E não há que se alegar a impossibilidade da investigação criminal defensiva pela ampla maioria de investigados pobres envolvidos nas apurações policiais, pois há garantia constitucional de atuação por parte da Defensoria Pública, conforme inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, o *caput* do artigo 13 deverá suscitar dúvidas quanto à investigação defensiva ser realizada, no interesse do investigado, "por outros mandatários com poderes expressos", além do defensor público e do advogado. O dispositivo reconheceu o direito do investigado em contratar profissional com recursos e capacidades para realizar a investigação do seu interesse. É o caso dos detetives ou investigadores particulares que podem produzir fontes de provas, evidentemente lícitas, que, por descuido ou desídia os agentes policiais "deixaram passar".

Muito utilizados tais profissionais por grandes empresas, preocupadas com a segurança orgânica, patrimonial e de seus diretores e altos funcionários, há no mercado atualmente efetivo compatível com os do Estado, em termos de pessoas, equipamentos e tecnologia empregados no ramo de segurança privada.

Não por acaso, o texto do dispositivo em comento menciona a realização de entrevistas e não de depoimentos, o que indica a possibilidade, inclusive, no caso de o defensor ou o advogado terceirizarem a realização do ato por seu preposto.

E por não gozar das mesmas prerrogativas de imperatividade que obriga testemunha a comparecer perante a autoridade pública responsável pela investigação, o investigador defensivo deve contar com maior flexibilidade para a busca da fonte de prova.

No entanto, dependendo da fonte de prova que o investigador defensivo pretenda, a execução só pode ser realizada pela autoridade pública. É o caso da interceptação telefônica, cujo pedido, tal qual o Ministério Público ou o Delegado de Polícia, a defesa também pode requerer (art. 249¹⁹), cabendo à autoridade pública a responsabilidade pela execução da medida (inciso VI).

Especificamente sobre o Inquérito Policial, o projeto do novo Código de Processo Penal dispõe um capítulo para tratar do tema, iniciando pelo artigo 18 que indica o delegado de polícia como o agente público que exerce a polícia judiciária, embora ressalve no § 2º, da mesma forma que o atual código, a indicação de “outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Sobre o inquérito policial, a previsão é de sua presidência pelo delegado de polícia, seguindo o que já previu a Lei nº 12.830/2013, aplicando-se à referida autoridade as mesmas regras de suspeição e impedimento dos magistrados, no que couber (§ único do art. 19 do texto, que faz remissão aos art. 53 e 55 – *impedimento e suspeição*).

Quanto ao início do Inquérito Policial, o legislador do novo Código de Processo Penal seguiu as mesmas regras do artigo 5º do atual *Codex*, ressaltando, todavia, quanto à requisição, competência apenas ao Ministério Público; retirando, portanto, do magistrado esse poder de requisitar a instauração de Inquérito Policial quando, na função, tiver notícia sobre a ocorrência de infração penal (art. 5º, II do atual Código).

Observa Silva (2017, p. 176) que se trata de “respeito ao sistema acusatório”, até porque “a investigação não se dirigirá mais ao judiciário e sim ao Ministério Público”, tanto

¹⁹ Art. 249. O pedido de interceptação de comunicações telefônicas será formulado por escrito ao juiz competente, mediante requerimento do Ministério Público ou da defesa, ou por meio de representação do delegado de polícia, ouvido, neste caso, o Ministério Público e deverá conter: I. a descrição precisa dos fatos; II. a indicação de indícios suficientes de materialidade do crime investigado; III. a qualificação do investigado ou acusado, ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, salvo impossibilidade manifesta declaradamente justificada; IV. a demonstração da estrita necessidade da interceptação e de que informações essenciais à investigação ou instrução processual não poderiam ser obtidas por outros meios; V. a indicação do código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido, e sua relação com os fatos investigados; VI. a indicação do nome da autoridade responsável por toda a execução da diligência.

que a instauração do inquérito obriga o delegado de polícia comunicação imediatamente ao *Parquet*, que também exercerá o poder de verificação autônoma no caso de indeferimento do pedido de instauração pela vítima ou seu representante legal (art. 20, § 2º, do texto no novo CPP). Além da revisão do ato pelo superior imediato do delegado de polícia, a quem poderá ser recorrido.

Novidade criada pelo artigo 22 do projeto do novo Código de Processo Penal é a prisão em flagrante nos crimes de ação penal pública pendente de representação. O § único do referido dispositivo cria o prazo de cinco dias para que a vítima ofereça a representação, caso em que, não o fazendo, a própria autoridade policial relaxa a prisão.

Preocupou-se, também, o legislador com infração praticada por policiais. No caso, o artigo 23 do projeto determina que o delegado de polícia deva comunicar imediatamente a ocorrência às respectivas corregedorias de polícia, para as providências disciplinares cabíveis, e ao Ministério Público, para designação de um de seus membros para acompanhar o feito. Trata-se, no caso da comunicação e acompanhamento ministerial, de exercício do controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial, questão consagrada pela Constituição Federal.

No mesmo sentido, verifica-se que embora a autorização para a dilação de prazo do inquérito seja competência do Ministério Público, conforme artigo 31, § 1º, do projeto, algumas atribuições processuais que obrigam o delegado de polícia na condução do inquérito devem ser realizadas com ciência prévia do órgão ministerial, como o reconhecimento de pessoas e coisas, e as acareações, assim como a reprodução simulada dos fatos (art. 24, VII, IX e § único do texto).

Outra novidade sinalizada pela modernização do inquérito policial prevê o artigo 29 do Texto, que determina a forma objetiva e o menor prazo para realização de diligências, podendo o delegado de polícia “resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal”. E a permissão para que o interrogatório, as declarações e os depoimentos “possam ser feitos mediante gravação em áudio ou filmagens” agrega valor e credibilidade ao persecutório, pois assegura, havendo interesse, a transcrição mediante pedido, ao investigado, defensor ou Ministério Público. O uso da tecnologia vai ao encontro da proposta do inquérito policial eletrônico, experiência implementada com sucesso no território paulista, conforme já abordado.

O indiciamento ganhou uma seção própria no texto do novo Código de Processo Penal. E a inclusão dos princípios fundamentais um colorido protetivo e garantista ao inquérito. É o que se confere pela previsão das providências precedentes ao indiciamento que obrigam o

delegado de polícia na cientificação antecedente do investigado da condição jurídica de “indiciado”.

O ato garante ao investigado a informação relacionada aos fundamentos que o delegado de polícia adotou para concluir por seu indiciamento, podendo, neste caso, exercer o direito de defesa inerente ao seu estado jurídico criado na investigação, inclusive, por intermédio de defensor técnico para assisti-lo.

O prazo final para que Inquérito Policial tenha seu curso, como regra de ouro do princípio garantista da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88, aplicável por analogia na persecução), é de 720 dias, conforme o artigo 32 do texto do projeto. Vencido, os autos deverão ser conclusos ao juiz de garantias para o arquivamento (competente - art. 14, inc. XIV, c.c. art. 32, § 1º do projeto) ou, considerando a complexidade e ouvido o Ministério Público, a prorrogação pelo período necessário à conclusão de diligências faltantes.

Ponto que merece abordagem, pois, está no arquivamento do inquérito. As mesmas disposições do artigo 28, do atual Código de Processo Penal, repercutem no novo texto. Caso o juiz de garantias discorde do pedido do Ministério Público, será demandado o Procurador Geral (art. 38, § único, do projeto), caso em que poderá insistir no arquivamento, oferecer denúncia ou designar outro promotor, obrigando, no primeiro caso, o aceite do juiz.

O critério do desarquivamento do inquérito também permanece inalterado. Sobrevindo novos elementos informativos, o delegado de polícia poderá proceder a novas diligências de ofício ou por requisição do Ministério Público (art. 40 do projeto).

O novo texto cria regras para a identificação criminal, que atendem ao disposto constitucionalmente, podendo a identificação civil, que substitui a criminal, ser atestada por vários documentos (art. 42 do Projeto). No entanto, quando optado pela identificação criminal, o delegado de polícia deverá fundamentar em despacho próprio (art. 43, § 1º, do Projeto) e, se fora dos casos que o próprio artigo enuncia como admitida a identificação criminal, ela só poderá ser adotada mediante autorização judicial.

E o legislador foi criterioso neste permissivo. Exigiu que o ato de indiciamento obedecesse às regras do artigo 10 do texto do Projeto, ou seja, com a segurança do sigilo necessário à preservação da intimidade e da vida privada do investigado.

Por outro lado, o texto do artigo 44 do projeto estabelece que a identificação criminal inclui o processo dactiloscópico e fotográfico, caso em que sobrevindo absolvição, rejeição da denúncia ou arquivamento do inquérito, o indiciado poderá requerer a retirada de sua fotografia dos autos.

Verifica-se, assim, que o inquérito policial, como principal instrumento da investigação preliminar no processo penal, com o projeto 8.045/2010, em trâmite da Câmara Federal, é completamente remodelado segundo os ditames protetivos da dignidade da pessoa humana impostos pela Constituição Federal de 1988.

E considerando o objeto deste trabalho, um procedimento que contemple todos os requisitos garantistas, em ambiente de equilíbrio para que a defesa técnica possa atuar, produzindo pessoalmente as provas do seu interesse ou as requerendo, ou contraditando as que são produzidas pelo delegado de polícia, e, tudo em uma plataforma eletrônica, com transparência e segurança, confirma que o inquérito policial está em harmonia com os postulados erigidos pela ordem constitucional vigente.

A prevalecer o panorama atual do projeto do novo Código de Processo Penal, o Inquérito Policial eletrônico representará um ambiente altamente propício para a aplicação do garantismo, pois além de todo rigor legal e de controle das autoridades judiciárias, especialmente do Juiz de Garantias e do Ministério Público, também o defensor e o próprio investigado, principal interessado, passarão a exercer efetivo controle da lisura na condução pelo Estado-investigador.

Neste sentido, a tecnologia de informação, aliada às novas bases processuais que o novo Código de Processo Penal prevê, constituem-se em um extraordinário avanço para a implementação do legado constituinte de elevação da dignidade da pessoa humana como pilar de sustentação republicana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo maior deste trabalho foi o estudo da investigação preliminar concentrada no Inquérito Policial, considerando o marco divisor proporcionado pela Constituição Federal de 1988 que, ao categorizar os princípios penais e processuais penais, imantou toda a persecução penal com as garantias e os direitos fundamentais.

No que tange ao Inquérito Policial, necessário considerar que o atual Código de Processo Penal data de um período hostil em termos de garantias individuais, pois inspirado em uma Constituição erigida sob a égide de um Estado ditatorial, cujo texto foi baseado na Constituição da Polônia, reconhecidamente totalitária e, portanto, restritiva dos direitos e das garantias fundamentais.

Apesar do modelo inquisitivo adotado pelo inquérito policial no sistema processual penal construído pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, sua sobrevivência atravessou quase cinco décadas até ser alcançado pela reinstalação do pleno Estado Democrático de Direito, fruto da Constituição Republicana de 1988.

Herança de uma Assembleia Constituinte sedenta por direitos em face de mais de duas décadas de governos militares, período marcado pelo endurecimento na repressão criminal, a elevação à categoria constitucional de direitos individuais relativos aos infratores da lei penal exigiu que a investigação preliminar se remodelasse para alçar a redemocratização.

Neste sentido, o objetivo paralelo deste trabalho foi comprovar que o principal instrumento de apuração preliminar da persecução penal encontra-se em harmonia com os ditames constitucionais, apto a proporcionar uma releitura democratizante compatível com o modelo garantista instituído pela Constituição de 1988.

Ao final da abordagem, resta conclusivo que o Inquérito Policial deixou de ser simples peça informativa, apta a instruir o convencimento do titular da ação penal, visto que, ao autenticar primariamente a materialidade da infração penal, protege o primeiro interesse do infrator contra interesses acusatórios: a fidelidade infracional fática.

Sem embargo, ao lado dessa primeira finalidade garantidora, marca o início de seu ritual protetivo, ao instrumentalizar os elementos de prova que autenticam o fato caracterizador da construção típica que levará ao julgador, através do titular da ação penal, a persuasão racional decisória.

Durante o seu curso, todas as intercessões que atinjam direitos fundamentais são judicializadas, para que os atos se cubram do manto jurisdicional e tenham suas execuções sedimentadas em sintonia com as garantias fundamentais. É o caso de uma simples busca domiciliar ou de uma complexa interceptação telemática, a exigir todo um procedimento tecnológico, regido por mecanismos sigilosos em proteção à privacidade indevida do increpado.

Consoante a regra máster do controle externo da atividade policial, todos os atos elaborados no decorrer do inquérito policial passam pela constante auditoria do *Parquet*, só sobrevivendo aqueles com os quais há concordância processual. Portanto, em nome da oficialidade e legitimidade do que nele se produz, o interesse da sociedade é exercido pelo órgão de competência constitucional.

Destarte, do outro lado, a participação do defensor está garantida não só pela redação do artigo 14 do Código de Processo Penal, mas muito mais pela alteração da Lei Federal nº 8.096/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) pela Lei Federal nº 13.245/2016, que conferiu ao advogado o livre acesso à unidade policial; a comunicação reservada com o investigado; a disposição de todo o procedimento, dele podendo se servir como convier, copiando ou reproduzindo, inclusive daqueles sob sigilo, exigindo nestes casos apenas a procuração; possibilidade de apresentação de quesitos durante a apuração; participação no interrogatório etc.

Logo, verifica-se que o instrumento investigativo, que antes da Constituição Federal de 1988 regia-se de uma forma mais uniformizada com o titular da ação penal, especialmente nas ações penais de natureza pública, readaptou-se aos ditames da nova ordem constitucional. E, com a possibilidade de maior participação do defensor, equilibrou-se o peso de valores entre os interesses públicos da acusação e os privados da defesa.

Veja-se que, com as alterações proporcionadas pela Lei Federal nº 11.719/2008, a própria ação penal só se instala depois do recebimento pleno da denúncia ou queixa-crime, instalando-se neste *inter* um verdadeiro “mini” contraditório, baseado no que foi produzido no lastro de que se serviu o titular da ação penal, quase sempre o inquérito policial. Dessa forma, com a abertura da fase de resposta à denúncia, também o defensor se serve do que foi produzido na investigação preliminar.

Do mesmo modo, conforme demonstrado no transcorrer do trabalho, evidente a função saneadora do Inquérito Policial no caso de impedir a instalação de ações penais infundadas ou mesmo inviáveis, pois tem o titular da ação penal ampla visão do quadro que se avizinha pelos elementos de prova acostados: extinção da punibilidade pela prescrição,

excludente de antijuridicidade, erro sobre elementos do tipo, discriminantes putativas, caso de inimputabilidade penal etc.

Considerando a neutralidade da autoridade policial na condução do inquérito policial e os princípios norteadores da persecução penal na fase preliminar, o alcance dos remédios constitucionais de defesa contra atos violadores ou desviados da real finalidade apuratória, os controles interno e externo da lisura dos seus atos, impossível negar que se trata de instrumento compatibilizado com a ordem democrática.

Nesse sentido, o norte instituído pela Constituição Federal, por meio do garantismo de Luigi Ferrajoli para o tratamento do processo penal, levou em conta o sistema acusatório adotado pela legislação pátria, cujos princípios e regras estão sintonizados com o Inquérito Policial.

E um instrumento investigativo, imantado pela doutrina garantista, é exatamente a salvaguarda que a sociedade possui para compatibilizar os interesses do Estado e os direitos individuais, levando em conta um regime democrático fundado na dignidade da pessoa humana.

Ademais, deve-se destacar a demonstração do modelo paulista de inquérito eletrônico, que, ao lado da sustentabilidade ambiental saneadora, elimina, através da plataforma virtual de sua elaboração e trânsito, o uso de papel e tinta de impressão. Além disso, é devidamente integrado com o sistema eletrônico do Poder Judiciário, representando plena economia de recursos humanos e econômicos para a sociedade, além de absoluto controle do sigilo, pois só se habilitam para acesso os agentes públicos com senha, nele oficiando exclusivamente os possuidores de certificado digital.

No mesmo sentido, o inquérito eletrônico confere garantias, ao investigado e ao seu defensor, de um curso apuratório ágil e rápido, livre do pesado movimento burocrático de papéis e transporte humano, assim como o acesso, uma vez que, integrado ao sistema e-SAJ, torna-se possível atuar do próprio escritório ao largo de um simples equipamento de tecnologia da informação.

Por último, o Código de Processo Penal que se avizinha, em razão dos debates do Poder Legislativo pátrio, independente da aprovação a curto ou médio prazo, já revela uma preocupação do legislador com as garantias fundamentais, verificando-se que a investigação preliminar dispensa relevância ímpar nesse sentido.

Com capítulo próprio no Projeto que cuida do novo Código de Processo Penal, que não por acaso ocupa geograficamente posição de destaque no futuro Código, ou seja, logo após o Título I, o qual cuida dos "princípios fundamentais", conta o Inquérito Policial com

sete seções que distribuem em 21 artigos o seu funcionamento instrumental, embora imantado pelo que determina o artigo 1º, tornando-se amplo o seu sentido de alcance.

É que, diferentemente do atual, o Texto que se acha em debate determina que todo o processo penal será regido pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em Tratados e Convenções Internacionais dos quais faça parte a República Federativa do Brasil. Vale dizer, aprovado o texto atualmente tratado no Congresso Nacional, o Inquérito Policial será alcançado pelas normas internacionais de proteção da pessoa humana das quais o País seja signatário.

E isso é uma tendência no mundo moderno, pois os direitos humanos estão inseridos na agenda principal das Cartas Constitucionais. Veja-se o caso das audiências de custódia implementadas a partir de 2.015 no Brasil, por força do artigo 7º, 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conforme tratado no referido capítulo.

De singular menção a imersão que o texto do futuro Código de Processo Penal produz com relação à ampla defesa e ao contraditório informal no Inquérito Policial, que atualmente existem apenas em circunstâncias pontuais no sistema (caso do interrogatório em procedimento sob sigilo da Lei Federal nº 12.850/13, conforme demonstrado no capítulo segundo), embora negados por parcela considerável da doutrina.

Aliás, no caso da ampla defesa, está prevista a possibilidade para a realização da investigação defensiva privada, que passa a possuir legitimidade, inclusive com a realização de entrevistas pelo defensor do investigado ou por pessoa por este contratada, ao que se entende tratar-se da contratação de profissional preparado para a difícil missão investigativa, caso dos investigadores particulares.

Assim, consoante demonstrado ao curso do presente trabalho, a investigação preliminar estampada pelo Inquérito Policial, principal instrumento oficial de apuração da infração penal, está perfeitamente ajustada com o ordenamento constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito - USP**, v. 52, p. 80-115, jan.1957.

Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66265/68875>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

_____. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ANSELMO, Márcio Adriano; HOFFMANN, Henrique; et. al. **Investigação criminal pela polícia judiciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALDAN, Edson Luis. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 64, v. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Devida investigação como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. KHALED JR, Salah H. (Coord.). **Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.** 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Comunicado CG 2167/2017** (Proc. 2015/163757), regulamenta o funcionamento do IP-e e o trânsito de documentos entre delegacias de polícia e órgãos do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SPI/Downloads/ComunicadoCG_2167-2017.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regulamenta a Lei 2.033/1871.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Decreto 592, de 06 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Decreto 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. **Decreto 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-LEi/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Lei 261, de 03 de dezembro de 1841**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. **Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Institui o Código de Processo Criminal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Lei 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018.

_____. **Lei 5.010, de 30 de maio de 1966**. Organiza a Justiça Federal de primeira instância.

Disponível em: <Organiza a Justiça Federal de primeira instância>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Lei 7.492, de 16 de junho de 1986**. Dispõe sobre os crimes contra o sistema

financeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. **Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 22 de jan. 2018.

_____. **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Lei 9.034, de 03 de maio de 1995.** Dispõe sobre a repressão e prevenção de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. **Lei 9.080, de 19 de julho de 1995.** Altera dispositivos da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9080.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Lei 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" e ocultação de bens. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. **Lei 9.807, de 13 de julho de 1999.** Dispõe sobre o sistema de proteção à testemunhas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. **Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Lei 13.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. **Lei 12.683, de 09 de julho de 2012.** Altera a Lei de Lavagem e ocultação de bens. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. **Lei 12.830/2013, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Lei 12.850/2013, de 02 de agosto de 2013.** Define as Organizações Criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Lei 13.245/2016, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. **Lei 13.260, de 16 de março de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da CF/88, disciplinando o terrorismo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei 13.344, de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre o tráfico de pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. **Lei 13.441, de 08 de maio de 2017.** Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em 13 jan. 2018.

_____. **Lei Federal 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Institui os Juizados Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Projeto de Lei Ordinária 8.045/2010.** Trata do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F55AD6E40A0230C270CF708780C91F04.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça Paulistas.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018;

_____. **Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842.** Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. **Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 02 de outubro de 2006.** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_n%C2%BA_13_alterada_pela_Res._111-2014.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015.**

Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 5240)**

Notícia de 20 de agosto de 2015: Plenário do STF confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 444.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338948>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em HC n. 126.292.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.354-8/PR.** Disponível em:

<<https://www.google.com.br/search?q=stf+hc+82.354-8%2Fpr&oq=STF&aqs=chrome.1.69i57j35i39j69i60l4.7513j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593727.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 524, de 25 de fevereiro de 2014.** Dispõe sobre o arquivamento do inquérito policial. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2731>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 14.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais da Constituição de 1988.** 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUSATO, Paulo César. As inovações da Lei 12.850/2013 e a atividade policial. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALINO, Ezequiel; AMBOS, Kaí (Coords.). **Polícia e investigação no Brasil.** 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 18. ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos. Artigo apresentado ao **Instituto de Estudos Avançados da USP** em 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONJUR. **Revista Consultor Jurídico**. Digitalização de inquérito policial será responsabilidade de TJ-SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-2015-jul-02/digitalizacao-inquerito-policial-responsabilidade-tj-sp>> Acesso: 15 jul.17.

DEZAN, Sandro Lucio; PEREIRA, Eliomar da Silva. **Investigação Criminal conduzida por Delegado de Polícia. Comentários à Lei 12.830/2013**. Curitiba: Juruá, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, 4. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

_____. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução: SALIM, Alexandre; COPETTI NETO, Alfredo; CADEMARTONRI, Daniela; ZANETI JÚNIOR, Hermes e CADEMARTORI, Sérgio. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2011.

FURLANETO NETO, Mario; SANTOS, José Eduardo Lourenço; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2018.

GOMES, Luis Flávio. **Juiz de garantias no novo Código de Processo Penal**. 2011 (5m06s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=exDFSxP1bNw>> Acesso: 04 ago 2018.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**, 7. ed., rev. e atual. Niteroi: Impectus, 2016.

HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Polícia Judiciária no Estado de Direito. Contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 3-9.

HOUAISS, Antonio. **Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2015.

KFOURY FILHO, Abrahão José. A Polícia Civil e sua institucionalização no direito brasileiro. In: MORAES, Bismael Bispo (Coord.). **A Polícia à luz do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LIMA, João Paulo Kemp; SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. Princípio da eficiência como fundamento para a política pública e a efetividade do direito a saúde. In **Revista EM TEMPO UNIVEM**, v. 13, Marília, 2014.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/D.2.2009.tde-27082009-114835. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/pt-br.php>>. Acesso em: 29.jul.2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. 1. Campinas: Millennium, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. 2. Campinas: Millennium, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed, atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MENDONÇA, Ana Cristina. **Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 2. ed, rev. e actual. Coimbra: Limitada, 1993.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. São Paulo: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo da Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3. ed., rev., at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed., rev., at. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. Projeto piloto de implantação do inquérito policial eletrônico na Polícia Civil do Estado de São Paulo. In: **Anais I Congresso Internacional Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital, 2017**, São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2018, no prelo. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/congresso-internacional-direitos-fundamentais-e-processo-penal-na-era-digital/>>. Acesso: 12 abr. 2018.

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

PERAZZONI, Franco. O Delegado de Polícia no sistema jurídico brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. Cuiabá, publicado em 16.12.2010, *on line*. In: **Associação Matogrossense de Delegados de Polícia/Sindicato dos Delegados de Polícia**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://amdepol.org/arquivos/ARTIGO_FRANCOPERAZZONI.pdf66b1c.pdf&ved=2ahUKEwjuktu9qs_cAhUGS5AKHe9lAWcQFjAAegQIBBAB&usg=AOvVaw0Bm9LTmxwitrICGesYBYer&cshid=1533246012284> Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. O Delegado de Polícia como Sujeito Processual e o Princípio do Delegado Natural. In: **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, Ano 1, nº 2, p. 197-215, jul-dez, 2017. Disponível em <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/download/513/305>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. SILVA, Wellington Clay Porcino. Inquérito Policial: um instrumento eficiente e indispensável à investigação. In **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 77-115, Edição Especial, jul-dez de 2015. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/385>> Acesso em: 04 ago. 2018.

PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio. **Investigação Criminal conduzida por Delegado de Polícia**. Comentários à Lei 12.830/2013. Curitiba: Juruá, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal. In: MORAES, Bismael Bispo (Coordenador). **A Polícia à luz do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial - perspectivas para o futuro. In: FERREIRA, Haroldo (Coord.). **Arquivos da Polícia Civil. Revista tecno-científica**, v. 53 (2015) - nº. 1 (edição - 1941) vol. III. São Paulo: Ed. Acadepol, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender o garantismo penal de Ferrajoli. In: **Empório do Direito**. Publicado em 21 de fevereiro de 2015. *On line*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/?p=3156>>. Acesso: 22 jan. 2018.

SÁ, Priscilla Plachao. Bases históricas da polícia de investigação no Brasil, cap. 2, p. 21-46. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALINO, Ezequiel; AMBOS, Kaí (Coords.). **Polícia e investigação no Brasil**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

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

_____. Controle da Polícia no Brasil, cap. 10. p. 283-308. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALINO, Ezequiel; AMBOS, Kaí (Coords.). **Polícia e investigação no Brasil**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. e at. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Gilvan Naibert. **A Fase da Investigação na Perspectiva do Projeto do Novo Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito Natural: uma visão humanista**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2012.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araujo. A adequação do inflexível: A vedação às provas ilícitas no processo penal revista pela hermenêutica pós giro linguístico. In **R. Opin. Jur., Fortaleza**, ano 16, n. 22, p. 183-203, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1719/625>> Acesso: 18 jul.2018.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

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

_____. **Processo Penal**. v. 2. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo Penal**. v. 3. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Eneas Romero. A polícia e a investigação no Brasil: introdução e resumo dos artigos, cap. 1, p. 1-18. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALINO, Ezequiel;

AMBOS, Kaí (Coords.). **Polícia e investigação no Brasil**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

VIEIRA, Renato Stanziola. Investigação defensiva: diagnóstico e possibilidade no processo penal brasileiro. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALINO, Ezequiel; AMBOS, Kaí (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**, 1. ed. , 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZACCARIOTTO, José Pedro. **A polícia judiciária no estado democrático**. 1. ed. Sorocaba: Brazilian Books, 2005.