

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
LUCAS RIBEIRO MARTINS**

**DA APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO  
ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL**

**Juiz de Fora  
2019**

**LUCAS RIBEIRO MARTINS**

**DA APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO  
ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Me..Felipe Fayer Mansoldo.

**Juiz de Fora  
2019**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**LUCAS RIBEIRO MARTINS**

### **DA APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Penal, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Mestre Felipe Fayer Mansoldo  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof<sup>ª</sup>. Doutora Marcella Alves Mascarenhas Nardelli  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Mestre Leandro Oliveira Silva  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

**Juiz de Fora  
2019**

# DA APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Lucas Ribeiro Martins<sup>1</sup>

## RESUMO

O inquérito policial sempre foi definido pela doutrina como um procedimento administrativo, de natureza inquisitorial, presidido pelas polícias judiciárias, que tem como finalidade fornecer indícios suficientes de autoria e materialidade capazes de justificar a propositura de ações penais por parte de seu titular. Em consequência, a incidência do direito constitucional ao contraditório é quase inexistente, a participação dos defensores técnicos é limitada e as imputações ocorridas nesta fase da persecução penal, mesmo calcadas em indícios angariados sem nenhuma chancela constitucional, ensejam danos, em sua grande maioria, irremediáveis aos planos de vida dos investigados. Por tais motivos, o objetivo do presente trabalho é apresentar possibilidades aptas a aperfeiçoar a condução dos inquéritos policiais, indicando sugestões de novos deveres às autoridades policiais como forma de fomentar a incidência do contraditório participativo neste procedimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito Policial. Contraditório. Indiciamento. Convocação do defensor. Provas repetíveis informais.

## *ABSTRACT*

The police inquiry is an administrative procedure of an inquisitorial nature, presided over by the judicial police that aims to provide sufficient evidence of authorship and materiality to justify the prosecution. As a result, the incidence of the constitutional right to the adversary is almost nonexistent, the participation of the technical defenders is limited and the imputations that occurred in this phase of the criminal prosecution, even based on evidence raised without the constitutional stamp, cause, for the most part, irreparable damages. to the life plans of the investigated. For these reasons, the objective of the present paper is to present possibilities to improve the conduct of police inquiries, suggesting suggestions of new duties to the police authorities as a way of promoting the incidence of participatory contradiction in this procedure.

**KEYWORDS:** Police Investigation. Contradictory. Indictment. Summon of defensor. Informal repeatable test.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A GARANTIA FUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO. 3. INQUÉRITO POLICIAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE. 4. DAS ALTERNATIVAS PARA INSERIR O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO INQUÉRITO POLICIAL. 4.1. Da instituição de uma fase prévia ao indiciamento. 4.2. Da notificação do defensor após a instauração do inquérito policial. 4.3. Da restrição da produção de “provas” repetíveis ante a surpresa policial. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial é uma espécie de procedimento pré-processual, assim como as CPIs e procedimentos investigatórios criminais presididos pelo Ministério Público, constituído por um conjunto de atividades desenvolvidas por órgãos do Estado, mais especificamente, pelas polícias judiciárias (Federal ou Cíveis), de caráter preparatório para o processo penal, “e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo”<sup>2</sup>.

Como tradicionalmente não se entende como obrigatória a observância do direito constitucional do contraditório nos inquéritos policiais, estes possuem facetas anacrônicas à vista das normas previstas na Constituição Federativa da República Brasileira. Isso propicia negativas consequências ao sistema de Justiça criminal brasileiro como um todo, tais como imputações temerárias, processos infundados e, pior, danos irreparáveis aos planos de vida dos investigados.

Dessa maneira, o presente trabalho busca, através do método de pesquisa qualitativa-intervencionista, apoiado em fontes bibliográficas, demonstrar as decorrências negativas das investigações penais que não oportunizam aos sujeitos passivos a possibilidade de contraditarem, de modo participativo, as alegações contra eles imputadas e apresentar sugestões capazes de evitar as violações de direitos dos investigados no nascedouro das persecuções penais.

Cumprido sublinhar que o desígnio de escrever sobre este tema foi influenciado pelas experiências profissionalizantes que tive durante toda a minha graduação no curso de Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Após quase dois anos de trabalho voluntário na Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher em Juiz de Fora/MG, um ano de estágio na Delegacia de Polícia Federal de Juiz de Fora/MG e mais de dez meses de aprendizado na Procuradoria da República (Ministério Público Federal), também no Município de Juiz de Fora/MG, tive a experiência de

---

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

viver um pouco da realidade da investigação preliminar no Brasil e, por conseguinte, me questionei sobre toda sua constituição, como é presidida e quais as influências institucionais incidem sobre ela.

Por isso, vislumbrando que muitos processos e prisões poderiam ter sido evitadas caso os suspeitos tivessem gozado de maiores chances de participarem das investigações, optei pelo tema proposto, aglutinando uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto com a realidade experimentada, com o fim de apontar sugestões de novos deveres às autoridades policiais como forma de fomentar a incidência do contraditório participativo neste procedimento.

## 2. A GARANTIA FUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO

Antes de adentrar à discussão a respeito da aplicação do direito constitucional do contraditório ao inquérito policial, é mister apontar que tal prerrogativa, assim como a da ampla defesa, logrou de considerável ampliação com a promulgação da Constituição de 1988, que em seu art. 5º, LV, dispôs que tais direitos devem ser assegurados às partes, e também aos acusados em geral, tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos.

Nesse sentido, Leonardo Greco<sup>3</sup> leciona:

Como expressão do princípio político da participação democrática, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de cidadãos determinados. Quando os possíveis atingidos não são determináveis, audiências públicas e outros procedimentos podem tornar viável a sua participação no processo de tomada de decisões dos poderes públicos.

Ademais, Aury Lopes Jr. explica que o contraditório possui duas dimensões, sendo elas da *informazione e reazione*, como direito a informação e reação (igualdade de tratamento e oportunidades)<sup>4</sup>. Acrescenta ainda que<sup>5</sup>:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como 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 e da sociedade em ficar

---

<sup>3</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, 2005, p. 71-79.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

<sup>5</sup> Ibidem. p. 53.

livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

Nesse contexto, não há como tachar nenhum procedimento de democrático, seja administrativo ou processual, se inexistente aos sujeitos que deles participam a possibilidade de exporem suas alegações, propondo e produzindo provas, de cooperar em prol de uma solução jurisdicional dialeticamente construída e de influenciar efetivamente na construção das decisões.

O contraditório obriga que a reconstrução da fábula do delito seja feita à vista das versões da acusação (com ou sem base nas alegações das vítimas), mas também com base no que venha a ser alegado pelo sujeito passivo<sup>6</sup>. A interposição de alegações contrárias, seja frente ao órgão jurisdicional ou policial, não é só um eficiente instrumento capaz de obter a descoberta de fatos relevantes, mas trata-se de uma verdadeira imposição judicial que todos os sistemas de Administração de Justiça devem compreender<sup>7</sup>.

Assim, com esta ampliação, o contraditório não deve se resumir a um simples direito de contrapor às imputações formuladas, mas de ter acesso a todos os atos processuais – ressalvado aqueles que necessitam ser feitos sob a égide do contraditório postergado, como as interceptações telefônicas e buscas e apreensões –, dos sujeitos passivos serem ouvidos e participarem dos demais atos instrutórios, preliminares ou processuais, podendo, por conseguinte, influenciarem nos atos de poder.

Reduzir o contraditório a tal pequenez é cegar para a mudança paradigmática trazida pela Constituição Federal de 1988, que erigiu o contraditório a verdadeiro instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, dando-o o caráter de participativo<sup>8</sup>. O cidadão, em consequência, deve ser sempre visto como um sujeito de direitos, e não como simples objeto nas intervenções feitas pelo Estado.

Contudo, este vanguardismo constitucional não vinha sendo devidamente acostado nos diplomas normativos vigentes, ressalvado o Novo Código de Processo Civil que, calcado na busca pelo efetivo cooperativismo entre os personagens dos processos, dispôs em seu artigo 10

---

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 53.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 53.

<sup>8</sup> GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 49.

a impossibilidade dos julgadores de decidir, independente do grau de jurisdição, baseados apenas em fundamentos a respeito do qual não se tenha oportunizado às partes a possibilidade de manifestação, ainda que se trate de matéria sobre a qual deveria agir de ofício<sup>9</sup>.

Diante da produção legislativa intensa, impôs ao juiz o dever de coordenar e interagir entre as partes, promovendo em conjunto as suas decisões, efetivando verdadeiramente a legitimidade dos veredictos.

Em contrapartida, no que pertine ao processo penal, mais especificamente ao inquérito policial, não houve, desde a vigência da atual Constituição Federal, inovações legais capazes de fomentar a sua incidência no apuratório investigativo preliminar. Parte da doutrina segue simplesmente negando a aplicabilidade das garantias do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual. Nesta toada, Renato Brasileiro<sup>10</sup> assim expõe:

Investigação preliminar como procedimento inquisitorial (nossa posição): cuida-se, a investigação preliminar, de mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, e não de processo judicial ou administrativo. Dessa fase pré-processual não resulta a aplicação de uma sanção, destinando-se tão somente a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa dar início ao processo penal. Logo, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, como ocorre, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, não se pode exigir a observância do contraditório e da ampla defesa nesse momento inicial da persecução penal<sup>11</sup>.

As discussões sobre a investigação preliminar são deveras escassas e isso impede a modificação de sua estrutura inquisitiva, fortemente enraizada. Nesse sentido, registra Anderson de Paiva Gabriel<sup>12</sup> que “o inquérito policial, apesar de ser instrumento essencial, sempre foi relegado pela doutrina, permanecendo em um verdadeiro limbo jurídico [...]”.

Por isso, é preciso aprofundar o estudo dessa temática, verificando seu estado da arte e buscando alternativas ao modelo atual, traçando alternativas à sua possível aplicação.

---

<sup>9</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>10</sup> BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal – Volume único*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 125.

<sup>11</sup> Cabe salientar que Renato Brasileiro defende que mesmo sendo inaplicável o contraditório e a ampla defesa aos atos de poder do inquérito policial, os suspeitos e indiciados possuem direitos fundamentais que devem ser sempre observados no curso da investigação policial, como o direito de permanecer em silêncio e o de ser assistido por advogado.

<sup>12</sup> GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 81.

### 3. INQUÉRITO POLICIAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE

O apuratório policial preliminar, amplamente denominado de inquérito policial, trata-se de um procedimento administrativo constituído por um conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente pelas polícias judiciárias, a partir de uma notícia de fato, com caráter prévio e de natureza preparatória para o exercício e admissão da ação penal, e que pretende averiguar a autoria e às circunstâncias de um fato aparentemente delituoso<sup>13</sup>.

Não lhe retira a natureza jurídica de procedimento o fato de não obedecer a uma ordem legal rígida para a realização dos atos de investigação, pois é possível extrair uma sequência lógica fixada no CPP quanto à sua instauração, desenvolvimento e conclusão<sup>14</sup>. Todavia, as atividades exercidas no âmbito dos inquéritos policiais não podem ser consideradas judiciais e tampouco processuais por carecer de uma estrutura dialética como nos processos em geral. Consequentemente, como os inquéritos, como procedimento administrativo a cargo da polícia e sem natureza processual, possuem elevada liberdade de forma, o valor probatório de seus atos deve ser limitadíssimo.

Considera-se, assim, como procedimento instrumental que se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados nas notícias de crimes, com capacidade de fornecer subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal<sup>15</sup>.

Desta natureza instrumental, é possível extrair outra função que presta imprescindível auxílio à defesa das garantias dos sujeitos passivos extraprocessuais e processuais, qual seja: a função preservadora.

Renato Brasileiro<sup>16</sup> elucida que tal função tem a finalidade de inibir “a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado.”

Ou seja, a investigação preliminar, independentemente de ter sido promovida mediante inquérito policial, procedimento investigatório criminal dirigido pelo Ministério Público ou por comissões parlamentares de inquérito, é uma garantia para todos os futuros sujeitos passivos de

---

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

<sup>14</sup> BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal – Volume único*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 109

<sup>15</sup> *Idem*, p. 109.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

um processo penal, evitando perniciosos e irresponsáveis processos e, pior, acusações de surpresa<sup>17</sup>.

A fase investigatória preliminar, mesmo não sendo a mais condizente ante os princípios estabelecidos pela vigente Lei Maior, fornece ao Judiciário um filtro processual, evitando acusações infundadas.

Ademais, as investigações, e suas conseqüentes apurações, servem para restabelecer simbolicamente a normalidade social abalada pelas notícias de um crime. Isso quer dizer que, quando surge uma notícia de um fato possivelmente delituoso, abala-se, em variadas proporções, a normalidade social, insurgindo uma grande inquietação na sociedade, gerando um alto grau de insegurança. Por tais motivos, a investigação também tem como finalidade restabelecer o *status quo ante* ao relato criminoso que foi divulgado, demonstrando para a sociedade que medidas foram tomadas para reparar as conseqüências engendradas pela infração penal ocorrida.

Contudo, incontestável que seu alcance não pode ultrapassar o juízo de processo ou não-processo, isto é, reverberar além da formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Porém, não é esta a realidade presenciada. Esta, talvez, seja a maior problemática dos procedimentos administrativos presididos pelas polícias judiciárias: a projeção de efeitos de um procedimento inquisitivo em relação aos futuros processos penais, que deverão ser instruídos à luz do sistema acusatório<sup>18</sup>.

Infelizmente, os produtos dos atos realizados nos inquéritos policiais ensejam conseqüências nefastas aos investigados. Desta maneira, expõe Aury Lopes Jr.<sup>19</sup>:

Sem embargo, devemos destacar que, apesar de ‘informativo’, os atos do inquérito servem de base para restringir a liberdade pessoal (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como o arresto, sequestro etc.). Ora, se com base nos elementos do inquérito o juiz pode decidir sobre a liberdade e a disponibilidade de bens de uma pessoa, fica patente sua importância! Ademais, por utilitarismo judicial e até mesmo

---

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 256.

<sup>18</sup> Com base no art. 129, I, da Constituição Federal, o Brasil adotou o modelo acusatório, no qual o Ministério Público possui a titularidade exclusiva da ação penal pública, afastando os julgadores de quaisquer funções pertinentes à acusação e investigação, cabendo a eles apenas o julgamento imparcial das demandas criminais. Todavia, cumpre salientar que este é o posicionamento defendido neste artigo. Importante registrar que parte da doutrina defende a existência de um sistema misto, justamente pela existência de uma fase pré-processual que é inquisitorial. O sistema misto é duramente criticado pelo fato de ser falacioso. Isso porque o que define um sistema é a existência de um princípio unificador e qualquer comprometimento na estrutura acusatória indicaria a existência de um sistema inquisitório. É possível afirmar que o modelo normativo é acusatório, mas há traços inquisitórios que persistem na legislação infraconstitucional e na mentalidade dos aplicadores do Direito.

<sup>19</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

contaminação inconsciente do julgador, os atos do inquérito podem adquirir uma transcendência valorativa incompatível com sua natureza. [...].

Logo, o apuratório investigativo dirigido pela polícia judiciária deveria servir apenas para demonstrar a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade aparente, em grau de probabilidade, reservando a certeza ao processo<sup>20</sup>. Todavia, o que se evidencia é a contaminação (consciente e inconsciente) do julgador pelo fato dos inquéritos acompanharem e integrarem os autos do processo<sup>21</sup>.

Luiz Flávio Gomes e Flávio Scliar<sup>22</sup>, desse modo, discorrem sobre a temática:

Em que pese muita vez ser esquecida como parte integrante do Direito Processual Penal, e por isso receber pouca atenção da doutrina a investigação criminal tem papel relevante no desenrolar da instrução processual. Para firmar este raciocínio bastaria desfiar as críticas que, de uma forma geral, são feitas ao inquérito policial: a sua hipertrofia; **o fato de que seu teor, tendo em conta sua presença nos autos informa decisivamente o espírito do julgador; ou ainda que os atos da instrução processual são meras reiterações do que já foi produzido na fase policial**, entre outras acusações que vem apenas confirmar que a investigação criminal ocupa posição de subido relevo na seara processual penal em sentido amplo (grifou-se).

De igual modo, não é absurdo dizer que o Ministério Público pouco acrescenta em juízo além daquilo que foi produzido no contexto investigatório preliminar, muitas vezes simplesmente ratificando seus atos em juízo, reduzindo a ação penal a rele cópia do inquérito policial.

Ademais, por ordem legal, os inquéritos acompanham a peça exordial da acusação sempre que este servir de base para tanto. Aliado ao seu espírito de inquisitorialidade e clamor social de combate à criminalidade<sup>23</sup> que impõe que seus atos sejam os mais céleres possíveis,

---

<sup>20</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 193.

<sup>22</sup> GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. *Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia*. Disponível em <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2008. Acesso em: 07 de out.2019.

<sup>23</sup> Sobre o assunto, Eugenio Raúl Zaffaroni, em sua obra intitulada *Direito Penal Brasileiro – primeiro volume*, disserta que diante da escassa capacidade operacional das agências executivas (polícias judiciárias, por exemplo), os empresários morais acabam dispondo de bastante material para fomentarem a ideia de que a impunidade é uma realidade notória. Estes empresários morais podem ser, segundo o autor, um comunicador social, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, até mesmo uma organização que reivindica direitos às minorias, que se importam mais em comunicar o que, em tese, está acontecendo ao invés de se preocuparem com o que tem sido feito. Dessa maneira, noticiam situações que não são fidedignas e, em consequência, as agências policiais sofrem forte influência de tais empresários, executando suas atividades com base nas mencionadas comunicações.

vários inquéritos, com pouquíssima instrução probatória, são a base da maioria das acusações penais.

Partindo da premissa de que acolher a aplicação do princípio do contraditório, em sua modalidade participativa, sempre que for possível, seja a melhor alternativa para evitar que os sujeitos passivos sejam meros objetos de investigação e, em decorrência, que os futuros processos continuem sendo eivados pela ultrapassada estrutura inquisitiva dos inquéritos policiais, passo a sugerir algumas formas que podem possibilitar a sua aplicação no âmbito das investigações preliminares policiais.

#### **4. DAS ALTERNATIVAS PARA INSERIR O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NO INQUÉRITO POLICIAL.**

Tendo em vista que no campo dos inquéritos policiais não floresce muitas possibilidades de os investigados exercerem seu direito de defesa, cabe aqui apresentar algumas propostas que podem auxiliar que estes consigam influenciar dialeticamente nos atos de poder que podem insurgir durante as investigações preliminares.

Por isso, planeja-se, na melhor das hipóteses, como possibilitar que os advogados dos suspeitos participem da produção de todas as provas repetíveis<sup>24</sup> da forma que bem entender, evitando, concomitantemente, os modos de operação policial que surpreendem os investigados – produzindo provas na total ignorância dos sujeitos passivos – e, de forma mais reduzida, apenas antes do indiciamento formal pela autoridade policial.

Dessa maneira, como alternativa para evitar arbitrariedades na realização de atos investigativo, e como forma de fomentar o direito à prova<sup>25</sup>, sugere-se a instituição de uma fase prévia ao indiciamento, a convocação prévia do defensor para os atos não cautelares do inquérito policial e a restrição da realização de “provas” repetíveis à luz da surpresa policial. Assim, passo a dissertar sobre cada um dos pontos acima elencados.

---

<sup>24</sup> As provas repetíveis são aquelas que podem ser coletadas ou produzidas novamente em juízo, sem existir o risco de desaparecerem ou de que a fonte probatória pereça. São provas, em tese, que não demandam de autorização judicial para que sejam feitas e, nos termos do art. 155 do CPP, para serem valoradas para condenar um réu em um processo penal devem ser repetidas em juízo.

<sup>25</sup> O direito à prova, como garantia fundamental de todos os cidadãos, tem previsão tanto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que versa sobre o princípio do devido processo legal, quanto no art. 5º, §2º, também da Constituição Federal, que prevê que os direitos e garantias expressos em nossa Carta Maior não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678 de 06.11.1992) que elenca, por exemplo, em seu artigo 8º, 2., garantias mínimas a toda pessoa acusada de um delito.

#### 4.1. Da instituição de uma fase prévia ao indiciamento

Como anteriormente dito, a primeira fase da persecução penal, em específico, o inquérito policial, consiste em um procedimento que documenta em seus autos as diligências preliminares que são levadas a cabo pela Polícia Federal ou pelas Polícias Civis, cuja finalidade mais relevante é a de reunir indícios de autoria delitiva e prova da materialidade da infração penal ocorrida<sup>26</sup>.

No decorrer da investigação preliminar, o sujeito passivo pode ostentar dois *status* diferentes, sendo eles: o de suspeito (ou investigado) e de indiciado. Enquanto repousar mera conjectura acerca da autoria delitiva, o investigado se encontra ainda como suspeito. Isso quer dizer que há apenas um juízo hipotético de desconfiança de que o cidadão supostamente é o autor do fato investigado<sup>27</sup>.

Agora, quando já se reuniu indícios mínimos de autoria e da prova da materialidade delitiva, o suspeito poderá passar a ser denominado de indiciado, caso a autoridade policial presidente do inquérito proceda ao seu formal indiciamento.

Desta maneira, Anderson de Paiva Gabriel nos diz que “o indiciamento indica que a simples suspeita se tornou algo palpável, concreto, que transbordou a psique do investigador e passou a ser demonstrado por meio de elementos objetivos”.<sup>28</sup>

Renato Brasileiro<sup>29</sup>, do mesmo modo, dispõe da seguinte maneira sobre o assunto:

Indiciar é atribuir a autoria (ou participação) de uma infração penal a uma pessoa. É apontar como provável autora ou partícipe de um delito. Possui caráter ambíguo, constituindo-se, ao mesmo tempo, fonte de direitos, prerrogativas e garantias processuais (CF, art. 5º, LVII e LXIII), e fonte de ônus e deveres que representam alguma forma de constrangimento, além da inegável estigmatização social que a publicidade lhe imprime.

Então, após entender que o inquérito policial aponta considerável amadurecimento, tendo minimamente elucidado “feixes de indícios convergentes”<sup>30</sup> que apontam determinada pessoa, ou determinadas pessoas, como suposto(s) autor(es) do delito ou delitos, a autoridade policial procederá ao indiciamento do investigado antes ou no próprio relatório conclusivo.

---

<sup>26</sup> GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 96.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 100.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 101.

<sup>29</sup> BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal – Volume único*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 154.

<sup>30</sup> MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. *O indiciamento como Ato de Polícia Judiciária*. Revista dos Tribunais, nº 577, p. 313-316

Percebe-se que o indiciamento não é ato que se pauta simplesmente na possibilidade, mas em um juízo de probabilidade concatenado no qual restam minimamente evidenciados indícios contundentes de que o suspeito cometeu a infração penal a qual está sendo apurada.

Mesmo sendo necessário existir convergentes indícios de materialidade e autoria delitiva para que se proceda ao indiciamento do investigado, tal atribuição não é pressuposto para o oferecimento da peça acusatória.

Isso quer dizer que não basta a pessoa ser indiciada para ser considerada como culpada. O indiciamento não vincula os membros do Ministério Público ao oferecimento da peça exordial acusatória e, muito menos, aos julgadores a proferirem sentenças condenatórias. Entretanto, ser objeto de investigação já é motivo para a preocupação para qualquer pessoa<sup>31</sup>. Estar sob a espada de uma investigação, tendo pouca, para não dizer quase inexistente, possibilidade de se defender do que porventura se apura, faz com que qualquer cidadão se sinta como se um herege fosse, no período da Inquisição.

Os efeitos extraprocessuais do indiciamento são notórios. Com ele, a polícia aponta para a sociedade a pessoa que considera ser a autora do delito<sup>32</sup>, conferindo verdadeiro estigma à vida do indivíduo apontado como suposto autor, maculando sua reputação, ensejando consequências desabonadoras ao seu plano social<sup>33</sup>.

Com firmeza, Anderson de Paiva Gabriel<sup>34</sup> expõe sobre o assunto:

Quem contrataria, para cuidar de seus filhos, alguém que já tivesse sido “meramente” indiciado por crimes sexuais ou mesmo por maus-tratos? Quem realizaria negócios, sem no mínimo redobrar as cautelas habituais, com um indivíduo que ‘apenas’ foi indiciado por estelionato? Quem confiaria seu patrimônio a alguém que já foi indiciado pelos crimes de roubo ou mesmo de furto?

A verdade é que, independentemente do entendimento jurídico ou teórico sobre o indiciamento, no plano fático, o indiciamento configura chaga e traz consigo uma série de sanções morais a penas de cunho social, alijando, por vezes, determinada pessoa de seu emprego, amigos e até mesmo família.

O estigma criado pelo apontar do autor de um delito pela autoridade policial provoca a condenação social de qualquer pessoa, muito antes de efetivamente ser judicialmente

---

<sup>31</sup> Aury Lopes Jr., em seu livro denominado *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, acrescenta que Fauzi Hassan Choukr (Garantias Constitucionais na Investigação Criminal, p. 149) entende que o indiciamento não gera nenhuma carga aos investigados por simplesmente entender que aquele que é indiciado não necessariamente será réu futuramente.

<sup>32</sup> BRASILEIRO, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 372.

<sup>33</sup> GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 104.

<sup>34</sup> *Ibidem*. p. 104.

considerado culpado. Os consequentes olhares de reprovação a cada esquina, desaparecimento dos amigos e desemprego da família chega a ser mais desastroso ao indiciado do que a própria privação de sua liberdade.

A proporção negativa ocasionada por uma simples imputação como autor de um crime pela autoridade policial é avassaladora. As consequências às suas vidas são inestimáveis, sendo até mesmo passível de fadá-las ao fracasso profissional. Ao indiciar um investigado, o delegado de polícia está a rotulá-lo como “fichado na polícia”, mácula que sequer há específico mecanismo legal capaz de isentá-lo<sup>35</sup>.

Pior ainda se torna a análise do indiciamento quando se rememora que este é feito após uma apuração preliminar que despreza as garantias constitucionalmente previstas. À vista disso, não é absurdo o que Anderson de Paiva Gabriel expõe<sup>36</sup>:

Não se mostra absurdo comparar o indiciamento a uma sanção penal, uma vez que seus efeitos desmoralizantes e estigmatizantes podem equivaler a uma sentença condenatória, com a agravante de que essa “pena” foi aplicada desprezando o contraditório e todas as demais garantias processuais.

A relevância social e jurídica do indiciamento pressupõe que o procedimento base para a sua realização seja permeado pela viabilidade do investigado se informar das imputações contra si existentes e de reagir a elas de forma a influenciar no juízo de valor que ao final a autoridade policial proferirá.

Admitir juridicamente indiciamentos através de procedimentos a gosto de autoridades em específico, neste caso, as autoridades policiais, faz transparecer que o Estado Brasileiro condiz com imputações formais sem nenhum resguardo a garantias primordiais à dignidade do ser humano, por exemplo, o direito de se defender dialeticamente do que é apontado de sua autoria, denotando ser um país autoritário, fato incoerente à nossa Constituição Federal.

Quando os procedimentos, independentemente de serem administrativos ou judiciais, estão regrados de normas que capacitam os participantes de resguardar suas garantias individuais, depreende-se que as orientações políticas que lhes influenciaram foram de fomentar uma estrutural processual democrática.

Assim, é fácil comparar que “sem dúvida, o direito processual penal é sismógrafo da Constituição do Estado”<sup>37</sup>. Isso quer dizer que, a evolução do processo penal está intimamente

---

<sup>35</sup> *Ibidem.* p. 105.

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 10.

relacionada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura do Estado em um determinado período<sup>38</sup>. J. Goldschmidt<sup>39</sup>, da mesma maneira, reflete sobre o assunto:

Os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estadual em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo criminal de uma nação não passa de termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Com base nessa experiência, a ciência processual desenvolveu vários princípios opostos que constituem o processo (tradução).

Isto posto, acredito que uma forma de constitucionalizar o inquérito policial à vista do direito ao contraditório seria oportunizar aos investigados a possibilidade de integrar aos autos uma espécie de defesa prévia ao indiciamento.

Tal defesa, em tese, evitaria que incontáveis pessoas fossem indiciadas, e provavelmente denunciadas, indevidamente, pois auxiliaria que o sujeito passivo pudesse questionar os métodos utilizados para desvendar a autoria, apresentar outras diligências que talvez viriam a elucidar melhor os pontos controversos, bem como contestar os indícios de materialidade que nos autos constam, até mesmo suscitar excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

Outrossim, os membros do Ministério Público teriam acesso ao seu conteúdo, o que indiretamente poderia influenciar em sua *opinio delicti*, quiçá ensejando a promoção do arquivamento da investigação.

Assim, entendo que o modo mais correto de se instituir esta medida seria mediante a inserção de um novo dispositivo ao Código de Processo Penal. Ou seja, acrescentar uma disposição normativa neste sentido, uma norma que condicionasse as autoridades policiais a abrirem prazo para a juntada de defesas prévias ao indiciamento, sob pena de nulidade dos atos subsequentes.

Entretanto, cabe a ressalva que o Código de Processo Penal, vigente desde 1941, afronta a razoabilidade, consistindo em um diploma dos de 1940, em que vigorava a “Constituição Polaca”<sup>40</sup>, e que ainda atravessou uma ditadura militar e a redemocratização, consistindo uma verdadeira *Quimera* (criatura mitológica com cabeça e corpo de leão, com duas cabeças anexas,

---

<sup>38</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

<sup>39</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. p. 67. Original: “*los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso*”

<sup>40</sup> Apelido da Constituição brasileira de 1937, inspirada em moldes poloneses, que vigorou no período da ditadura civil de Vargas (Estado Novo).

uma de cabra e outra de dragão, cauda de serpente e asas)<sup>41</sup>. Alterá-lo, em mais uma oportunidade, está longe de ser a solução mais plausível.

O atual diploma de processo penal brasileiro atravessou diferentes realidades, tendo sido reformado por um sem-número de leis, acarretando o seu desvirtuamento e um infindável número de contradições e antinomias<sup>42</sup>. Anderson de Paiva Gabriel<sup>43</sup> resume os períodos da política brasileira nos quais o CPP enfrentou:

Aliás, há de se reiterar que o CPP possui em seu seio, inclusive, conflito de ideologias. Com efeito, o Código nasceu durante a Era Vargas, atravessou o populismo de João Goulart, a ditadura militar e a redemocratização, permanecendo vigente até os dias de hoje.

Ademais, sabe-se que foram inúmeras as tentativas de reformulação do Código de Processo Penal brasileiro, porém todas fracassaram. As tentativas já foram capitaneadas por Hélio Tornagui, Frederico Marques e, mais recentemente, mediante o PL nº 156/2009<sup>44</sup>, atual PL nº 8045/2010<sup>45</sup>, por José Sarney.

É sabido que o referido projeto ainda continua parado, aguardando a constituição de uma Comissão Especial para a emissão de um parecer sobre o projeto e as emendas<sup>46</sup>, porém, quando sancionado, será um diploma filtrado pela atual Constituição Federal e harmônico com os demais dispositivos das leis extravagantes. Por isso, é caminho que delineio como mais adequado para inserir a sugestão que aqui proponho.

Fugir do âmbito legislativo, salientando que instruir normativamente mediante orientações ou portarias venha a ser suficiente, é deixar que a aplicação do direito constitucional ao contraditório fique à mercê do corporativismo institucional e histórico das polícias judiciárias. Clama-se, assim, a via legislativa que, por força legal, imporia a obrigatoriedade de sua aplicação, sob a reprimenda de ser considerado nulo a realização do ato que não a respeitou.

Evidente que a defesa prévia ao indiciamento viabilizaria ao investigado, mesmo que minimamente, refutar as imputações criminais que estão sendo apontadas contra sua pessoa, o

---

<sup>41</sup> GABRIEL, Anderson de Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 16.

<sup>42</sup> *Ibidem*. p. 16.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> BRASIL, Senado Federal. *Reforma do Processo Penal*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 20 de out. 2019.

<sup>45</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 20 de out. 2019.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

que só pode ser feito, haja vista às disposições do Código de Processo Penal e das legislações processuais extravagantes, apenas depois do recebimento da denúncia, nos termos dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, ou nos casos de imputações por tráfico de drogas<sup>47</sup> e de crimes funcionais<sup>48</sup>, antes do recebimento da denúncia.

Ainda convém acrescentar que a instituição da oportunidade de oferecimento de uma defesa prévia ao indiciamento formal não pode servir, em compensação, como um subterfúgio para eventuais impunidades. Caso o investigado não seja encontrado por ocasião da notificação para oferecimento desta defesa escrita e nem exista provas nos autos do inquérito de sua hipossuficiência financeira, a comunicação deverá ser feita por edital, nos termos do artigo 361 do Código de Processo Penal<sup>49</sup>.

Uma vez transcorrido o prazo de citação por edital sem a apresentação da defesa escrita e inexistindo notícia de que o investigado venha a constituir advogado ou comprovar sua hipossuficiência, o mais correto seria o prosseguimento do feito sem a defesa prévia. A desídia do investigado não poderá servir como uma forma para se esquivar da persecução penal constituída em seu desfavor.

Insta acrescentar que seria totalmente incoerente encaminhar os autos do inquérito policial ao Judiciário para que um defensor dativo fosse nomeado para os casos em que os investigados não apresentassem a defesa prévia ao indiciamento. O sistema acusatório, instituído pela Constituição Federal, preza por afastar os julgadores dos atos investigatórios e possibilitar a nomeação de dativo, ato jurisdicional, já serviria para contaminá-los com os ventos da investigação preliminar, pois o magistrado estaria “escolhendo” o advogado que atuaria no feito. Tendo em vista o atual cenário, não é isso o desejado.

A instituição do *Juiz das Garantias*<sup>50</sup>, nos termos do artigo 14 e seguintes do PL nº 8045/2010 (Novo Código de Processo Penal), em contrapartida, proporciona pensamento em contrário. Como responsável, especificamente, pela legalidade da investigação criminal, caberia, destarte, a nomeação de defensor dativo pelos juízes das garantias para aqueles investigados que não apresentassem dentro dos prazos legais a defesa prévia ao indiciamento.

---

<sup>47</sup> Renato Brasileiro de Lima, em sua obra *Legislação Criminal Especial Comentada* (2017) explica: “De acordo com o art. 55, caput, da Lei nº 11.343/06, uma vez oferecida a peça acusatória, deve o juiz ordenar a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Ao contrário do procedimento comum ordinário, que só se permite a manifestação do acusado por meio da resposta à acusação após o recebimento da peça acusatória (CPP, art. 396-A), a Lei de Drogas prevê a existência de verdadeiro contraditório prévio ao recebimento da denúncia [...]”

<sup>48</sup> Nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal.

<sup>49</sup> “Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias”.

<sup>50</sup> Termo usado, no PL nº 8045/2010, para especificar o juiz que seria responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, salvaguardando os direitos individuais cuja franquia venha a ser reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Assim, nomeando defensor dativo para os suspeitos não encontrados e os que não apresentaram defesa, findaria todas as probabilidades de que um investigado venha a ser indiciado sem apresentar suas razões de defesa.

Finalmente, busca-se aqui salientar que uma porventura afetação à celeridade do inquérito policial em prol da expansão da aplicação do direito constitucional ao contraditório é compreensível ante os princípios fundamentais previstos em nossa Carta Maior, não podendo ser um óbice ao estímulo legal de reforço às garantias individuais dos investigados.

Apesar disso, os inquéritos também não devem ser *ad aeternum*. Logo, uma conciliação entre a sugestão proposta neste capítulo com a disposição prevista no art. 32, e seus parágrafos, do PL nº 156/2009<sup>51</sup>, bem como com as disposições do Capítulo II do Título II do mesmo projeto de lei, aliará a ampla defesa ao investigado, a devida duração da investigação e imparcialidade dos futuros julgadores, sendo, então, a melhor alternativa para o momento e para promover o direito à prova<sup>52</sup>.

#### **4.2. Da notificação do investigado após a instauração do inquérito policial para a constituição de um defensor**

A propositura de uma defesa prévia ao indiciamento, certamente, servirá para minimamente oportunizar aos sujeitos passivos das investigações preliminares, presididas pelas polícias judiciárias, a possibilidade de contestarem as imputações que, porventura, venham a ser conferidas contra eles.

Entretanto, existem outras maneiras de se constitucionalizar o inquérito policial sob o abrigo da garantia constitucional ao contraditório, sendo uma delas a institucionalização de um dever de notificar os investigados sobre a instauração de um inquérito policial em seu desfavor

---

<sup>51</sup> “Art. 32. Não obstante o disposto no art. 31, *caput* e §§ 1º e 2º, o inquérito policial não excederá ao prazo de 720 (setecentos e vinte) dias.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao juiz das garantias para arquivamento.

§ 2º Em face da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes.”

BRASIL, Congresso Nacional. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E828E72C118D73CF2AA1AFD4272A5F94.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E828E72C118D73CF2AA1AFD4272A5F94.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em: 21 de out. 2019

<sup>52</sup> O direito à prova não deve se restringir ao âmbito processual, pois existem inculpações no âmbito extraprocessual criminal. Por isso, o direito à prova deve ser estimulado tanto no âmbito judicial quanto administrativo para que se alcance a justiça das decisões.

para que este, caso entenda necessário, constitua um defensor para acompanhar a realização dos atos investigativos não cautelares<sup>53</sup>.

Primeiramente, pode-se reconhecer, de pronto, que algumas críticas podem ser tecidas. É possível argumentar que tal iniciativa prejudicaria a razoável duração do processo (ou do inquérito policial) ou que as Defensorias Públicas não possuem capacidade de atender a novas demandas<sup>54</sup>, como veremos mais à frente.

Vê-se que a Lei nº 8.096/94, conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, dispôs, em seu art. 7º, XXI, incluído pela Lei nº 13.245/2016, a seguinte prerrogativa ao advogado<sup>55</sup>:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

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

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (VETADO).

A referida norma teve o condão de promover a atividade profissional do advogado frente às investigações preliminares e garantir ao investigado a possibilidade de se defender tecnicamente das inculpações delitivas que lhes são aferidas por meio dos procedimentos de investigação, mas não foi suficiente para garantir a obrigatoriedade da representação por advogado durante o inquérito policial.

Inegável que no âmbito dos inquéritos existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma ou mais pessoas determinadas, o que pode configurar uma agressão ao seu estado de inocência e de liberdade, “capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual”<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Para entender o que sejam os atos investigativos não cautelares, é preciso salientar o que são provas cautelares. Renato Brasileiro expõe que as provas cautelares são aquelas que possuem um intrínseco risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido (é o reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova, diferenciando do contraditório real que demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova). Estas provas, em regra, demandam autorização judicial, sendo a surpresa verdadeiro pressuposto de sua eficácia, tendo o investigado conhecimento da sua realização somente após a conclusão das diligências. Assim, as provas não cautelares são aquelas que podem ser feitas sob o crivo do contraditório real, não demandando nenhum tipo de surpresa para que sejam eficazes.

<sup>54</sup> A falta de estrutura das instituições não pode ser um obstáculo para a constitucionalização dos procedimentos, independentemente de serem administrativos ou judiciais.

<sup>55</sup> BRASIL, Presidência da República. *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 21 de out. 2019.

<sup>56</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 304-305.

Dessa maneira, evidente que o defensor técnico, dotado de conhecimentos teóricos de ciência jurídica, serviria de ponte entre para a promoção de investigações preliminares mais dialeticamente construídas e o cumprimento da finalidade principal das investigações preliminares: subsidiar a promoção do processo ou do não processo.

Aury Lopes Jr. explica a necessidade da defesa técnica<sup>57</sup>:

A justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador [ou investigador]. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz (nos sistemas de instrução preliminar judicial). Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrolo [...].

Infelizmente a realidade do inquérito policial demonstra que a atuação da defesa técnica é quase estritamente exógena, ou seja, aquela reduzida basicamente à impetração de mandados de segurança e *habeas corpus*.

Entretanto, a defesa é um dos melhores instrumentos de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal. Como os processos criminais partem, na maioria das vezes, de uma instrução preliminar, a defesa técnica deveria ser nutrida desde o nascedouro até o seu desencarnar, isto é, desde a investigação preliminar até o trânsito em julgado da ação penal, sendo as investigações policiais, portanto, também local hábil de garantir as prerrogativas básicas dos investigados através do controle em que os defensores realizariam.

Novamente me reporto à Aury Lopes Jr. que, sucintamente, elucidou a importância do defensor na persecução penal<sup>58</sup>:

O defensor no processo penal é o correlativo do acusador, na dialética dos contrários, o momento da antítese e, como tal, indispensável para a administração da justiça, como muito soube destacar o art. 133 da Constituição Federal.

Por isso, não há que justificar a limitação da sua atividade no âmbito dos inquéritos policiais, apequenando-as, por exemplo, a simples participações em produções de provas antecipadas, isto é, aquelas de caráter não repetíveis, cautelares e antecipadas<sup>59</sup>. Isto não é o

---

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 306.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 311.

<sup>59</sup> As provas antecipadas, cautelares ou não repetíveis dispensam sua repetição em juízo pela razão de que, por sua natureza, não podem ser feitas novamente à vista de os objetos de análise perecem com o tempo. Um exemplo de

bastante para que se garanta uma investigação condizente com os ideais democráticos constitucionais.

Portanto, a notificação do investigado sobre a instauração de um apuratório criminal que busca investigar uma infração penal, em tese, por ele cometida, oportunizaria que um defensor técnico acompanhasse, desde logo, os atos de investigação a serem produzidos, sejam eles orais ou não, tais como a oitiva das testemunhas e reconhecimento de pessoas ou coisas, por exemplo. Tal fato sopesaria a discricionariedade investigativa da autoridade policial com a chancela da defesa no momento da produção das referidas provas indiciárias, caso o investigado entenda pertinente a constituição de um defensor para o acompanhamento das investigações.

Outrossim, tais notificações não devem ser feitas a gosto da autoridade policial. Devem ser a partir do momento em que se individualizar algum suspeito. Dessa forma, a notificação do investigado para a constituição de um defensor deve ser um dever para a autoridade policial que estiver presidindo as investigações.

Logo, compreendo que a melhor forma de se realizar o mandamento da notificação do investigado seja logo após a instauração do inquérito, nos casos que já existem suspeitos determinados. Então, notifica-se o investigado sobre a possibilidade de constituir advogado, caso tenha condição financeira e interesse. Para aqueles em situação de hipossuficiência, deve-se encaminhar os autos do inquérito à Defensoria Pública, ressalvado os casos em que o investigado manifestar que não deseja se acompanhar de defensor durante as investigações preliminares.

A discricionariedade quanto à participação dos atos investigativos deverá caber ao defensor. Este, possuidor de conhecimentos jurídicos, analisará a conjuntura do caso e manifestará sobre a necessidade de acompanhar ou não a produção das provas no âmbito do inquérito policial; podendo declarar o desejo de participar apenas da realização de diligências em específico, por exemplo.

Criar a obrigação de notificar o investigado para constituir um defensor após a instauração de um apuratório criminal para acompanhar as ações coercitivas investigativas policiais pode ser uma saída para se afastar, timidamente, o inquérito policial do seu passado (e presente) inquisitivo. Frisando, porém, que nos atos investigativos cautelares o contraditório deverá ser postergado, pois estes necessariamente demandam da surpresa para a sua efetividade.

---

prova antecipada seria uma oitiva de uma testemunha que corre risco de falecer, seja por conta de sua idade avançada ou por estar acometida por uma doença grave. Uma busca e apreensão ou uma interceptação são espécimes de provas cautelares e, um laudo pericial, por exemplo, um de prova não repetível.

Outorgar a oportunidade do defensor de participar ativamente das diligências policiais no intuito de escudar o investigado e promover o respeito às suas garantias fundamentais oferecerá à persecução penal uma roupagem a qual os sujeitos passivos possam, então, vestir. Ou seja, estenderá também aos cidadãos as prerrogativas que são de seu direito mesmo estando “apenas” sob a espada investigatória do Estado.

Em adendo, calha ressaltar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 14, dispõe que o indiciado [investigado] pode requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade policial presidente do feito investigativo<sup>60</sup>. Contudo, como se observa, o mesmo dispositivo permite que a autoridade policial negue tais diligências sem qualquer tipo de fundamentação. Isso quer dizer que as demandas dos investigados podem ser simplesmente desprezadas e os interessados quiçá saberão os motivos que ensejaram tais negativas. É muito pouco frente aos atos investigativos presididos pelas polícias que acarretam consequências estigmatizantes sociais e jurídicas aos suspeitos.

Desse modo, como forma de estimular maiores possibilidades dos suspeitos de se defenderem das imputações feitas durante as investigações preliminares, evitando que pedidos protelatórios virem realidade, o ideal seria que os delegados de polícia também tivessem o dever de fundamentar todas as negativas de diligências requeridas pelos defensores dos investigados, harmonizando a sugestão aqui proposta com o princípio da razoável duração do processo<sup>61</sup> (ou das investigações preliminares). Com a referida união, os inquéritos policiais poderão prover indícios de materialidade e autoria delitiva mais dialeticamente construídos.

Prosseguindo, como já comentado, tal proposta não pode ser obstada por contestações de que atrapalharia a celeridade do inquérito ou que as Defensorias Públicas não possuem contingente suficiente para atender a mais estas demandas, além das que já possui.

Em primeiro lugar, é notória a desobediência quanto aos os prazos estabelecidos pelo Código de Processo Penal<sup>62</sup> e pelas leis especiais<sup>63</sup> para a conclusão do inquérito policial,

---

<sup>60</sup> BRASIL, Presidência da República. *Código de Processo Penal de 1941*. Brasília, DF.

<sup>61</sup> A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, garante que os processos tenham uma duração razoável para elucidar os pontos controversos a fim de prover uma resposta jurisdicional justa. Todavia, como bem expõe Renato Brasileiro (2019, p. 131), no cotidiano forense criminal e nas delegacias, o que se vê é a existência de um número incontável de inquéritos em relação a investigados soltos que tem seu prazo de conclusão prorrogado *ad aeternum*. O correto, como já bem salientado, seria estipular um prazo limite para a conclusão dos inquéritos policiais, evitando que o prazo para conclusão seja prorrogado indefinidamente.

<sup>62</sup> O CPP, em seu art. 10, *caput*, estabelece que o inquérito deverá ser concluído no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou dentro de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, seja mediante fiança ou sem ela.

<sup>63</sup> O art. 66 da Lei nº 5.010/66 versa que o prazo para a conclusão do inquérito policial federal será de 15 (quinze) dias quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias a pedido da autoridade policial. Em contrapartida, a mencionada lei não dispõe prazo para a conclusão das investigações do indiciado solto. Por

principalmente por conta da disposição do § 3º do art. 10, do CPP, que prevê a possibilidade de a autoridade requerer ao juiz a devolução dos autos do inquérito para a realização de novas diligências após o término do prazo limite (e em quantas oportunidades necessitar), fazendo com que as investigações se estendam por tempo indeterminado.

Na verdade, a dilação do prazo para a continuidade das investigações, em grande parte, ante resoluções e provimentos neste sentido, é concedida pelo Ministério Público vide que os inquéritos policiais tramitam diretamente entre a polícia e Ministério Público à vista do modelo acusatório brasileiro, que pretende afastar o mesmo julgador da fase processual da necessidade de controle legal da fase pré-processual. Diante disso, uma pessoa, muitas vezes, acaba sendo objeto de investigação durante anos, sob a simples justificativa de que a apuração em que estava inserida abarcava grande complexidade probatória e obscuridade quanto à autoria e materialidade delitiva e, por isso, deveria se estender por mais tempo<sup>64</sup>.

Logo, é falacioso o argumento de que a convocação dos defensores dos investigados prejudicaria ainda mais a celeridade do trâmite dos inquéritos. Os inquéritos policiais, atualmente, já são mais do que extensos e morosos. Propiciar que os investigados possam participar mais ativamente das investigações, principalmente através de uma defesa técnica, em nada atrapalharia tal procedimento que, por outros motivos, já se estende mais do que deveria. Em contrapartida, maximizaria o resguardo às garantias fundamentais dos investigados, sendo capaz de alterar a atual realidade de completo desprezo por elas.

Agora, mais sensíveis, são as situações tangíveis às defensorias públicas. É mister salientar que essa instituição sofre demasiadamente com a falta de contingente suficiente para atender a todas as demandas, sendo tal fato inegável – consoante diversas notícias a respeito desta situação<sup>65</sup>. O acréscimo de mais um dever às defensorias públicas poderia ocasionar, sem dúvida, um dano às suas demais funções institucionais.

---

isso, entende-se aplicável a previsão do art. 10, *caput*, do CPP, também ao âmbito dos inquéritos policiais federais, isso quer dizer, o prazo de 30 dias. Outrossim, a Lei nº 11.343/06 prevê que o apuratório criminal policial deverá ser concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto estiver. Tais prazos podem ser prorrogados, nos termos do art. 51, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06. Por fim, a Lei nº 1.521/51 dispõe que o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 10 (dez) dias, independentemente de o investigado estar preso ou solto.

<sup>64</sup> Renato Brasileiro (2019, p. 163), entende que “essa tramitação direta dos autos entre a polícia e o Ministério Público, ressalvada a hipótese em que sejam formulados pedidos cautelares, além de assegurar um procedimento mais célere, em respeito ao direito à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), contribuindo para o fim da morosidade da persecução penal, também é de fundamental importância na preservação da imparcialidade do órgão jurisdicional, porquanto afasta o magistrado de qualquer atividade investigatória que implique formação de convencimento prévio a respeito do fato noticiado e sob investigação”.

<sup>65</sup> Esse fato acontece nos mais variados Estados Federativos do Brasil, como se percebe em vários noticiários digitais. Estas matérias são alguns exemplos: Gauchazh. *Falta de defensores públicos causa cancelamentos de audiências no RS*. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2019/05/falta-de-defensores-publicos-causa-cancelamentos-de-audiencias-no-rs-cjw2lr8mg00aa01ml431vocxp.html>>. Acesso em: 21 de out.

Não obstante, a justificativa acima delineada não deve prosperar. Em um país modelado por uma Constituição Cidadã, é fundamental que a assistência jurídica gratuita seja fomentada, provendo ao maior público necessitado possível o seu acesso, em quaisquer situações que demandarem, sejam elas na seara extraprocessual ou processual.

Para que se garanta aos cidadãos o respeito às suas prerrogativas fundamentais, tais como participarem mais efetivamente dos atos de poder produzidos no âmbito dos inquéritos policiais, deve-se promover e incentivar a ampliação da defesa técnica a todos os cidadãos. A problemática da falta de contingente suficiente para atender a todas as demandas não pode engendrar mais uma limitação aos direitos individuais dos cidadãos, como a efetiva possibilidade de se defender das acusações em geral. Todos que precisam devem ter acesso gratuito à assistência jurídica, mesmo que seja nas mais simples situações.

Logo, justamente pelo modo que os inquéritos policiais vêm sendo conduzidos, há de existir uma assistência plena aos investigados e, sem dúvida, o melhor modo de auxílio é por meio de uma defesa técnica.

Outra celeuma que, porventura, pode vir a emergir, caso prospere o dever de notificação do investigado para constituir um defensor para participar das diligências policiais, caso entenda necessário, será como se realizar tal convocação se nem há investigado individualizado.

Nestes casos, sem maiores dificuldades, o investigado deverá ser notificado a se manifestar a partir do momento em que a autoridade policial conseguir individualizar um cidadão como provável autor da infração penal em apuração. Independentemente da fase em que a investigação se encontra, o investigado terá espaço para se manifestar mediante seu defensor, seja nos demais atos investigatórios que ainda remanescerem, seja antes do indiciamento – através de uma defesa prévia nos moldes de uma resposta à acusação, como já sugerido anteriormente.

Sugiro, ainda, que para a realização da notificação aqui apresentada o melhor meio seria o encaminhamento dos autos do inquérito policial para o juízo responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e este dirigir os referidos autos para a Defensoria Pública ou a um defensor dativo, nos mesmos moldes expostos anteriormente quando apresentada a

---

2019; MATO GROSSO, A Tribuna. *Falta de defensor público: Defensoria Pública deverá recorrer de decisão na justiça*. Disponível em: <<https://www.tribunamt.com.br/2019/04/06/falta-de-defensor-publico-defensoria-publica-devera-recorrer-de-decisao-na-justica/>>. Acesso em: 21 de out. 2019. Ademais, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada elaborou um mapa da defensoria pública no Brasil, fazendo um gráfico dos Estados com mais déficit de defensores aos com o maior número de cargos providos: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

sugestão “da instituição de uma fase prévia ao indiciamento”, qual seja: o alinhamento das sugestões indicadas com o instituto do *juiz das garantias*, previsto no PL nº 8045/2010.

Contudo, há de ser ressaltado que os tribunais superiores, atualmente, entendem contrariamente ao que aqui sugiro. No teor da Petição 7612/DF, em 12/03/2019, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal teve a seguinte conduta<sup>66</sup>:

negou um recurso apresentado pelos advogados do ex-deputado federal Luiz Sérgio da Nóbrega Oliveira (PT-RJ) contra decisão do ministro Edson Fachin [...] que negou pedido para que a defesa fosse intimada previamente para participar da oitiva de testemunhas durante o inquérito policial.

O entendimento emanado foi o seguinte<sup>67</sup>:

A Turma entendeu que, por se tratar de procedimento informativo de natureza inquisitorial destina precipuamente à formação do *opinio delicti*, o inquérito comporta a regular mitigação das garantias do acusatório e da ampla defesa. Esse entendimento justifica-se pelo fato de os elementos indiciários não se prestarem, por si sós, ao juízo penal condenatório. As alterações legislativas implicaram reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial [policial].

Nota-se, então, que ainda prevalece a compreensão de que o investigado é um simples objeto de investigação. A partir do instante que sobrelevar o entendimento de que o suspeito é um sujeito titular de direitos oponíveis ao Estado, talvez sejam evitadas acusações infundadas e se diminua o índice de apurações criminais e processos desnecessários que, consequentemente, afetam os projetos de vida dos sujeitos envolvidos nestas perseguições penais.

#### 4.3. Da restrição da produção de “provas” repetíveis ante a surpresa policial

Como já reiteradamente pronunciado no presente trabalho, a produção dos atos investigativos (“provas”) nos inquéritos policiais carece das garantias mínimas para que sirvam além do juízo de abertura de um processo penal. Segundo Aury Lopes Jr. (2016, p. 90), “é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a

<sup>66</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *2ª Turma nega recurso de defesa ex-deputado que pretendia participar de depoimento de testemunhas em inquérito*. STF, 2019. Disponível em <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405624](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405624)>. Acesso em: 13 out.2019.

<sup>67</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Defesa técnica e oitivas*. STF, Informativo 933, 2019. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo933.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo933.htm)>. Acesso em: 13 out.2019.

intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença”<sup>68</sup>. Apesar disso, nota-se que os atos praticados pelas autoridades policiais, mesmo que precipuamente endereçados ao fomento ou não da convicção acusatória do Ministério Público, sem nenhum revestimento de publicidade, também auxiliam subsidiariamente para o proferimento de um decreto condenatório<sup>69</sup>.

Sem embargo, antes de adentrar na temática do desenvolvimento de tais diligências, é imprescindível trazer o que se entende por “provas” repetíveis (atos de investigação passíveis de serem repetidos em juízo)<sup>70</sup>. Estas são, de modo geral, aqueles atos que podem ser repetidos na fase processual. Como, as provas testemunhais, acareações e reconhecimentos de pessoas ou coisas.

Estes, para serem valoradas em sentença judicial, todavia, devem ser produzidos novamente. Nesse sentido, o art. 155 do Código de Processo Penal<sup>71</sup> dispõe o seguinte:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente**<sup>72</sup> nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifou-se).

Ou seja, para que os elementos informativos possam servir para fundamentar um decreto condenatório deve ser feita sua repetição na fase processual, isto é, uma nova realização ou declaração de algo que já se disse ou se fez<sup>73</sup> na fase pré-processual. Para que fique bem claro, a simples ratificação do que foi feito ou dito não pode ser considerado como repetição, mas apenas como uma reprodução – o que não atende as previsões constitucionais referentes ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

<sup>68</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90.

<sup>69</sup> Guilherme de Souza Nucci (2016), em sua obra *Código de Processo Penal Comentado*, expõe sobre o artigo 155 do Código de Processo Penal, ressalta que o magistrado está impossibilitado de fundamentar uma sentença condenatória apenas com elementos trazidos da investigação, mormente policial. Ou seja, uma decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação preliminar.

<sup>70</sup> Segundo Renato Brasileiro (2019, p. 606), o diploma processual penal dispôs que os elementos de convicção, plausíveis de fundamentarem as sentenças condenatórias, são apenas aqueles produzidos no curso do processo judicial e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes. Já os elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória e, de modo isolado, não servem para fundamentar um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do contraditório e da ampla defesa. Portanto, o termo “provas” – apesar de consagrado no uso doutrinário só é adequado para a fase processual.

<sup>71</sup> BRASIL, Presidência da República. *Código de Processo Penal de 1941*. Brasília, DF.

<sup>72</sup> O termo “exclusivamente” foi inserido no art. 155 do Código de Processo Penal através de uma reforma pontual realizada pela Lei nº 11.690/2008 e findou com a oportunidade de acabar com as sentenças condenatórias baseadas no inquérito policial. Como afirma Aury Lopes Jr. (2016), permitiu ao juiz o seguinte raciocínio: “não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito”.

<sup>73</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90.

Não obstante, os elementos informativos colhidos na fase investigatória podem ser usados de maneira subsidiária, complementando as provas produzidas em juízo sob o crivo do contraditório<sup>74</sup>. Destarte, estes elementos não são completamente desprezados. Geralmente se somam às provas produzidas em juízo, servindo como mais um elemento na formação da convicção condenatória do órgão julgador<sup>75</sup>.

Assim, pode-se chegar ao entendimento de que as provas repetíveis colhidas no âmbito dos apuratórios criminais preliminares auxiliam, no mínimo, em três oportunidades: (i) para os juízos de acusação dos *Parquets*; (ii) para aqueles de verossimilitude necessários para adotar medidas cautelares [...] <sup>76</sup>, ou seja, para subsidiar pedidos de prisões provisórias, buscas e apreensões, quebras de sigilo, entre outras medidas; (iii) e, também, para a formação da convicção dos julgadores<sup>77</sup>.

Todas estas possibilidades acima apontadas podem, facilmente, conforme já realçado, fíndar desenhos de vida, manchando eternamente as biografias de muitas pessoas. Por isso, verifica-se que os elementos informativos granjeados nos inquéritos policiais, feitos sem a observância dos princípios previstos em nossa Carta Magna, influenciam, em grande medida, toda a persecução penal, não apenas o juízo de acusação.

Contudo, não apenas as sentenças condenatórias devem estar envolvidas por fundamentações calcadas em provas produzidas à luz das garantias fundamentais. As acusações, de igual modo, ensejam aos denunciados infâmias, muitas vezes, irreversíveis aos seus planos de vida e por isso também necessitam estar amparadas em indícios identificados a partir de métodos que respeitem as garantias constitucionais do cidadão.

À vista disso, aponto, em uma espécie de orientação, que alguns *modus operandi* policiais deveriam ser evitados, quiçá banidos, da prática investigativa preliminar a fim de nem as acusações sejam feitas pautadas em “provas” produzidas sem nenhuma observância dos princípios constitucionais.

A produção de provas repetíveis às custas do desconhecimento do investigado ao seu respeito é o exemplo dos mais recorrentes. Em uma espécie de estratégia policial, que simplesmente impossibilita o suspeito de ter conhecimento que está sendo alvo de investigações

---

<sup>74</sup> BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal – Volume único*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 154.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90.

<sup>77</sup> Como já ressaltado, os decretos condenatórios não podem estar fundamentados exclusivamente em “provas” colhidas no âmbito dos inquéritos policiais. Todavia, os juízes podem fundar sua convicção com base nos atos de investigação desde haja provas produzidas sob o crivo do contraditório (em juízo) que corroborem o *decisium* que se emanou.

criminais, desenvolve-se a realização de diligências investigatórias de caráter não cautelar ou antecipado<sup>78</sup> a partir da total ignorância do investigado quanto ao que está acontecendo.

O fundamento mais comum para justificar as operações que são feitas desta maneira é o de que as informações colhidas são mais fidedignas e, conseqüentemente, mais eficazes para elucidar os fatos que estão em investigação.

Logo, as operações policiais de empreender oitivas, reconhecimentos, ou até acareações, sem situar as pessoas participantes de que se trata de investigações criminais, com a justificativa de que é apenas uma colheita de informações, inibe o investigado de participar dos atos investigativos e, conseqüentemente, do que se apura em seu desfavor, podendo ensejar acusações lastreadas na ignorância do suspeito.

Neste diapasão, a busca por informações a respeito de um fato delituoso não pode sobrepujar o direito de defesa daqueles que estão sendo investigados através de colheitas que se pautam precipuamente na surpresa – quando esta não é pressuposto para sua efetividade, como nas interceptações telefônicas e buscas e apreensões. Garantir a todos os sujeitos passivos, o direito de produzir contraprova, contestar e de se silenciar quando interrogado, por exemplo, sobre os acontecimentos em apuração merece ser estendido a toda apuração preliminar e não reduzida a um ou dois atos em específico a fim de que acusações infundadas não sejam oferecidas.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, versa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos **acusados em geral** são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>79</sup>. Interpretando sistematicamente o aludido artigo, nota-se que o texto constitucional é abrangente, alargando aos acusados em geral o direito ao contraditório e ampla defesa. Assim, não se deve afastar os suspeitos, no âmbito dos procedimentos administrativo-persecutório de instrução provisória, da aplicação de tais prerrogativas.

Ora, permitir que atos investigatórios possam reduzir por completo a possibilidade do sujeito de ter conhecimento do que se apura ou não o avisar dos seus direitos antes da realização de uma entrevista ou interrogatório<sup>80</sup>, é anuir completamente que as normas previstas no art. 5º,

---

<sup>78</sup> São atos de investigação como, uma acareação ou entrevista, que não demandam serem cautelares ou antecipados (quando há risco da impossibilidade de realização com o decurso do tempo), que podem ser feitas novamente em juízo, sob o crivo do contraditório.

<sup>79</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 de out.2019.

<sup>80</sup> A Constituição Federal, no disposto no inc. LXIII, do art. 5º, impõe o dever de informar ao preso (leia-se acusados em geral) de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (direito ao silêncio – *nemo tenetur se detegere*). Assim, antes da realização de um interrogatório, por exemplo, seja ele em sede policial ou em juízo, a

LV e LXIII (princípio *nemo tenetur se detegere*) da Constituição Federal, são meramente ilustrativas.

Consequentemente, a realização de interrogatórios, disfarçados de entrevistas, nas casas ou locais de trabalho dos suspeitos, em sede de busca e apreensão ou não, ou a feitura de reconhecimentos de coisas ou pessoas, por exemplo, sem antes apontar a estes para qual finalidade se trata, utilizando-se ou não de métodos intimidatórios de vigilância policial no momento de sua realização, ofende os princípios acima referenciados.

Assim sendo, como os atos investigatórios influenciam desde o juízo de acusação até o de condenação, elementos informativos colhidos por métodos intimidatórios<sup>81</sup> e na total ignorância dos investigados não deveriam ser aceitos para quaisquer práticas judiciais ou extrajudiciais.

Convém, de igual modo, sublinhar que, em decisão recente, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu um entendimento que acompanha o que foi anteriormente discutido. Senão vejamos<sup>82</sup>:

Reclamação. 2. [...]. 3. Reclamante submetido a “entrevista” durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Direito ao silêncio e à não autoincriminação. **Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos 4. A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação. O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito.** As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas. Precedentes dos casos *Miranda v. Arizona* e *Mapp v. Ohio*, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas. 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da “entrevista” realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, §1º, do CPP,

---

autoridade competente deve informar ao sujeito os seus direitos, principalmente o de permanecer calado caso ache necessário.

<sup>81</sup> A truculência policial é uma realidade em nosso sistema investigatório. Muitas vezes, amparadas no fato de estarem em maior número no momento de proceder a uma busca e apreensão, por exemplo, os membros das polícias aproveitam para requerer informações sem nem alertar os sujeitos passivos de seus direitos, exigem senhas e segredos de aparelhos ou cofres sem antes nenhuma autorização judicial para tanto, quando não registram informações inverídicas.

<sup>82</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 33.711 São Paulo*. STF, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340892180&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 out.2019.

determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças (grifou-se).

Verifica-se que a realização de interrogatórios, travestidos de “entrevistas”, inibe que os sujeitos passivos dos apuratórios criminais consigam exercer seus direitos ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo. Os interrogatórios, como bem retrata Aury Lopes Jr.<sup>83</sup>, são também atos de defesa, pois oportunizam ao investigado a chance de exercer sua defesa pessoal. Assim, explana:

Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. **Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça** (grifou-se).

Não se pode olvidar que o interrogatório, bem como outras diligências policiais, auxilia, da mesma maneira para a acusação como na tutela do imputado. Compelir que estes participem de reconstituições, forneçam materiais para que sejam feitos exames periciais ou participem de acareações sem explicá-los antes do que se trata, conseqüentemente, acarretará um déficit à sua defesa, pois não poderão contestar efetivamente o que está fazendo.

Diante disso, todos os atos de investigação (“provas”) passíveis de serem repetidos em juízo realizados em operações unguidas por surpresa policial deveriam ser considerados nulos por afrontarem o direito constitucional do contraditório e ampla defesa, estendido a quaisquer acusados pela Constituição Federal, e o princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo inconcebível que sirvam para fundamentar até mesmo uma acusação (denúncia ou queixa-crime). Tornando esta nulidade uma realidade, certamente se revestiria a investigação preliminar com um filtro constitucional, evitando acusações infundadas e mais estigmatizações por processos que poderiam ter sido tolhidos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infelizmente, a realidade da atuação do defensor associada a limitada viabilidade de aplicação do contraditório no âmbito do inquérito policial, é um grave problema para a

---

<sup>83</sup> LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 318.

salvaguarda das garantias fundamentais dos investigados na investigação criminal policial. Em contrapartida, atualmente prosperam cada vez mais decisões restringindo a atuação de tais patronos, sob a justificativa que os apuratórios criminais presididos pelas polícias judiciárias não ensejam consequências maiores do que o processo ou o não-processo.

Contudo, ser acusado formalmente pelo titular da ação penal ou considerado autor de uma infração penal pela autoridade policial ocasiona implicações nítidas aos planos de vida de todos aqueles que se encontram nesta situação. Toda a persecução penal promove àqueles que dela são sujeitos passivos estigmatizações de considerável realce social, principalmente pelo fato de serem noticiadas cada vez mais, à vista do aumento do alcance dos meios de comunicação e por não existir uma regulação legal e impositiva ao modo que circulam as notícias e que se noticiam os acontecimentos<sup>84</sup>.

Como foi exposto, predomina a compreensão de que na fase investigatória não é necessário garantir a todos o mínimo exercício das prerrogativas fundamentais dos cidadãos sob o pressuposto de que se trata de procedimentos administrativos, de natureza inquisitorial. Entretanto, é imprescindível contestar esta realidade. Infelizmente, o sistema criminal brasileiro não é realmente justo e precisa ser observado mais pormenorizadamente e, por conseguinte, modificado.

Incontáveis pessoas acabam sendo coisificadas a bel prazer dos presidentes das investigações e dos titulares da ação penal. Para um sistema que tem como base uma Constituição Federal dita Cidadã, certas inconsistências, como uma fase investigatória que afasta os investigados de todos seus direitos fundamentais básicos, deveriam ser alteradas.

Prosseguir na ideia de que a investigação no Brasil é inquisitorial e, em consequência, não existe a necessidade de respeito dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, em nada serve para alterar a histórica e flagrante desigualdade do sistema de justiça criminal do Brasil.

Destarte, é incontestável que se deve refletir sobre os inquéritos policiais, de modo a proporcioná-lo uma roupagem paulatinamente mais condizente com a Constituição Federal e evitar a reiteração de discursos majoritários em total anacronismo com a realidade social da

---

<sup>84</sup> A pretensão não é fomentar uma regulação autoritária da imprensa ou dos meios de comunicação, como as redes sociais, mas estabelecer limites ou sanções para aqueles que noticiam ou circulam notícias de modo inconseqüentemente, invadindo a intimidade dos demais cidadãos.

maioria dos brasileiros<sup>85</sup>, principalmente daqueles que estão sendo alvo de investigações policiais.

Propulsionar a maior participação dos defensores técnicos, tornando legal o dever de convocá-los para atuarem mais ativamente nas investigações preliminares e repugnar vigilâncias policiais pautadas em atos que colocam os investigados em situações de total ignorância sobre o que está acontecendo, decerto engendrará que menos suspeitos fiquem infamados por imputações inquisitivas.

Nutrir estratégias, sejam elas amparadas em alterações legislativas ou simples orientações institucionais, capazes de fortificar a imagem dos investigados como sujeitos de prerrogativas fundamentais, enterrando a velha tradição de considerá-los como reles objetos de investigações, auxiliará para tornar o nosso sistema de justiça criminal menos injusto do que hoje é.

Assim, promover o dever de notificar os investigados para a constituição de um defensor para participarem da colheita dos elementos informativos preliminares, intimar o indiciado para apresentar uma defesa prévia ao indiciamento formal e repreender atuações policiais de produção de “provas” repetíveis não amparadas no princípio *nemo tenetur detegere*, tudo sob pena de nulidade do ato e dos subsequentes, é salutar para a roupagem de inquérito policial que se pretende – e que condiz com os princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Presidência da República. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.**

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma nega recurso de defesa ex-deputado que pretendia participar de depoimento de testemunhas em inquérito**. STF, 2019. Disponível em <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405624](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405624)>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

---

<sup>85</sup> Como aqueles que salientam que o sistema de justiça brasileiro é um local de ilibada justiça e que os inquéritos policiais apenas auxiliam a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, não ensejando maiores problemas aos investigados.

\_\_\_\_\_. **Defesa técnica e oitivas.** STF, Informativo 933, 2019. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo933.htm](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo933.htm)>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 33.711 São Paulo.** STF, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340892180&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF.

BRASILEIRO, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal – Volume único.** 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

GAUCHAZH. **Falta de defensores públicos causa cancelamentos de audiências no RS.** Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2019/05/falta-de-defensores-publicos-causa-cancelamentos-de-audiencias-no-rs-cjw2lr8mg00aa01ml431vocxp.html>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.**

GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia.** Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 07 de outubro de 2019.

GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, 2005.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil.** Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MATO GROSSO, A Tribuna. **Falta de defensor público: Defensoria Pública deverá recorrer de decisão na justiça.** Disponível em: <<https://www.tribunamt.com.br/2019/04/06/falta-de-defensor-publico-defensoria-publica-devera-recorrer-de-decisao-na-justica/>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **O indiciamento como Ato de Polícia Judiciária**. Revista dos Tribunais, nº 577.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.