



Revista Brasileira de Direito Processual

Penal

E-ISSN: 2525-510X

revista@ibraspp.com.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual

Penal

Brasil

de Melo Amorim, Maria Carolina

O Inquérito Penal: vicissitudes e mudanças necessárias

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 6, núm. 2, mayo-agosto, 2020, pp. 913
-950

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971422012>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe , Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

O Inquérito Penal: vicissitudes e mudanças necessárias

The Brazilian criminal investigation: mistakes and necessary changes

Maria Carolina de Melo Amorim¹

Faculdade Damas - Recife/PE, Brasil

carolina@rigueiraadvocacia.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/1835215010895965>

 <http://orcid.org/0000-0002-8697-9197>

RESUMO: O inquérito policial é produzido sem as regras que garantem a ação defensiva, mas as provas colhidas no inquérito inevitavelmente influenciam a futura ação penal. Dessa forma, vários problemas são constatados na prática, que importam em desequilíbrio entre acusação e defesa na produção da prova. Além disso, o inquérito policial hoje acabou ganhando contornos mais importantes do que a própria ação penal, na medida em que, além de não se submeter a limites temporais, o superdimensionamento da investigação (que serve tão somente ao órgão acusatório) passou a direcionar o resultado da futura ação penal. Se a regulamentação da investigação defensiva caminha a passos lentos e o legislador não mostra sinais de que pretende mudar o quadro legal, medidas devem ser adotadas pelo Judiciário para conter o desequilíbrio causado entre acusação e defesa advindo do desvirtuamento do inquérito, que não se coaduna com o sistema acusatório, tampouco com a Constituição Federal brasileira. Nesse artigo se pensam algumas soluções a resolver o problema.

PALAVRAS CHAVE: inquérito policial; investigação defensiva; prova criminal.

¹ Doutora em Direito Processual Penal na PUC/SP, Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco, tem especialização em ciências criminais pela ESMAPE e pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, e curso de História do Direito pela Universidade de Lisboa. É coordenadora adjunta do IBCCRIM em Pernambuco, membro do IDDD e Conselheira Estadual da OAB/PE. É professora do programa de pós-Graduação da Faculdade Damas – FADIC. Advogada criminal em Recife/PE, é sócia do Escritório Rigueira, Amorim, Caribé, Caúla e Leitão - Advocacia Criminal.

ABSTRACT: Police investigations take place without rules that guarantee the right of defense. However, the evidence gathered in the investigation inevitably influences future criminal action. As a result, problems occur during the investigative process, which lead to power imbalances between the prosecution and the defense. What's more, police investigations are gaining more importance than the criminal action itself inasmuch as they do not obey time limits. In addition, these investigations become excessively complex and tend toward abusive practices and entangled police operations, that not only serve the prosecution exclusively, but also influence the future of the criminal action. If regulatory measures are delayed and the legislative branch does not move ahead with changes to the legal framework, the judicial system should adopt practices to curb the imbalance between the prosecution and the defense that results from flawed investigations, which are not in line with the criminal system or with the Brazilian Federal Constitution. This study suggests possible solutions to address this problem.

KEY WORDS: police inquiry; defensive investigation; criminal evidence

1. INTRODUÇÃO

A apuração penal brasileira, até o advento da lei 13.964/19², adota o sistema misto, inquisitivo-acusatório, por alguns denominado de acusatório mitigado³. A fase pré processual ou investigatória é pautada pela forma inquisitiva, colhendo-se provas sem a obrigatoriedade de observar o contraditório e a ampla defesa, para serem usadas na futura ação penal.

² Com dispositivos suspensos pelo STF através de decisão liminar nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.

³ Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha adotado o sistema acusatório ao estabelecer a privatividade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público, a garantia do devido processo legal a todos os acusados, com ampla defesa e contraditório, a presunção de inocência e a garantia do juiz competente e imparcial, é fato notório que dispositivos vigentes na lei processual penal e conflituantes com o sistema acusatório são referendados pelos Tribunais. Por isso Geraldo Prado admite prevalecer, no Brasil, a “teoria da aparência acusatória”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. Pág. 195.

Ocorre que os elementos colhidos no inquérito interferem diretamente na decisão e convicção do juiz, seja na fase investigativa (para a determinação de diligências que importem em reserva de jurisdição), seja quando do recebimento da denúncia, seja na prolação da futura sentença. Assim, é indevido pensar no processo penal como fase própria dissociada do inquérito: ainda que com características bem distintas, o inquérito interfere no deslinde da causa penal.

A prova colhida na fase inquisitiva é levada de forma integral ao processo e, desde já, se torna apta a influenciar na decisão do julgador. Ao final, basta que a sentença faça alusão a outras provas que a “corroborem”, ou realize pequeno cotejo entre ela e a prova judicial, demonstrando não haver distorções, para que seja permitida a condenação com uso daquelas provas do inquérito. O inquérito interfere de forma eficaz na ação penal, dando-lhe substância e direcionando-lhe o resultado.

Expostas essas linhas iniciais, vários problemas são constatados na prática, que importam em desequilíbrio na colheita de prova entre acusação e defesa e, consequentemente, no desequilíbrio de forças verificado no curso do processo judicial.

Se é certo que o modelo de investigação preliminar aplicado no Brasil já se encontra ultrapassado (posto que inspirado no código Rocco, fascista, e datado de 1941), também se vê que várias mudanças no código de processo penal deixaram praticamente intocado o inquérito, causando ainda mais desconforto e inadequação entre a legislação processual penal e os princípios constitucionais. Ora, até mesmo a nova reforma processual, nascida no apagar das luzes de 2019 (lei 13.964/2019), não se propôs a remendar a maioria das vicissitudes da investigação preliminar que o Brasil deixa a cabo da chamada “polícia judiciária”, já que sequer previu, por exemplo, a possibilidade de investigação defensiva.

Uma das características do inquérito, na prática, é a ausência de cumprimento de prazos quando não há prisão provisória decretada, o que causa distorção quando comparado ao tempo do processo penal, que é justamente quando a defesa pode atuar. Nesse ponto, registre-se a absoluta violação à segunda parte do art. 10 do CPP⁴ por parte das autoridades policiais, seja

⁴ Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo,

porque 30 dias é um prazo muito curto, seja porque não existe sanção para o descumprimento de tal prazo, seja porque a comunidade jurídica já se acostumou ao desuso do dispositivo em caso de inquérito com investigados soltos⁵.

Nesse sentido, foi importante a previsão do artigo 3º-B, VIII, acrescido ao Código Penal pela lei 13.964/19, quando regulamentou a possibilidade de controle do prazo do inquérito pelo juiz de garantias⁶. Ocorre que tal previsão se limita às hipóteses nas quais o investigado encontra-se preso, situação a qual já contava com um mínimo controle temporal do inquérito (ainda que deficiente), que se dava através da constatação do excesso de prazo na conclusão das investigações para justificar a manutenção da prisão.

Uma outra situação que não se pode ignorar é a sistemática organizacional do inquérito, que funciona como um caderno investigatório a serviço do órgão acusador, com questionável neutralidade, constatada a partir da banalização das medidas cautelares e midiatização das suas fases de colheita de provas. A investigação preliminar estatal não funciona como foi inicialmente pensada no código de processo penal, visto que se despiu da ideia de promoção de uma investigação imparcial para vestir uma nova roupagem, auxiliária no recolhimento, para o órgão acusador, do máximo de elementos que caracterizem o máximo de acusações delitivas. Assim, indaga-se: dada a influência e importância do inquérito hoje para o deslinde da ação penal, a sistemática verificada se coaduna com o necessário equilíbrio entre acusação e defesa, característica do princípio acusatório, e com as garantias constitucionais?

nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

⁵ É digno de nota que, como a lei de crimes hediondos registra o prazo de 30 (trinta) dias prorrogáveis por mais 30 (trinta) para duração da prisão temporária no curso do inquérito, não é plausível que se entenda, para investigação desse mesmo tipo de delito, um prazo menor para a investigação respectiva, quando tal modalidade de prisão é inerente à fase de inquérito.

⁶ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo (...)"

É certo que algumas questões foram discutidas pelo legislador de 2019, como o juiz de garantias (afastando o julgador da causa da fase de inquérito) e o acautelamento, em local separado dos autos, das provas colhidas no inquérito, para que o juiz da instrução não venha a acessá-las (com exceção das provas irrepetíveis). Mas ainda há o que avançar, principalmente com relação ao prazo do inquérito com investigado solto (que não foi contemplado na lei) e com relação ao equivocado superdimensionamento que hoje se dá à fase inquisitiva. Que soluções podem ser trazidas pela legislação para diminuir as distorções causadas pelo modelo de aplicação do inquérito em contraposição com a fase processual?

Ambos os problemas serão tratados nesse trabalho, no qual se analisa, à luz das referências doutrinárias sobre o tema, as propostas do projeto de reforma do CPP quanto à fase de inquérito, as alterações da recente lei 13.964/19 e suas influências para a investigação preliminar e alguns julgados dos tribunais sobre prazos e outros temas relacionados à fase inquisitiva. Ao pensar soluções para os vícios discutidos, usa-se também o direito comparado e doutrina estrangeira, quando cabível.

2. O TEMPO DO INQUÉRITO E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais⁷ (CEDH), assinada em Roma em 1950 e que teve por base a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, já previa que toda pessoa deveria ser julgada equitativa e publicamente,

⁷ “Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” (Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2017).

em “prazo razoável”, por Tribunal independente e imparcial estabelecido por lei. Já a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH, ou Pacto São José da Costa Rica), de 1969, em seu artigo 8, estabeleceu que toda pessoa tem direito a ser ouvida “com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por juiz ou tribunal competente, independente e imparcial [...]”⁸. O Brasil foi signatário do Pacto por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

A disciplina do prazo razoável veio dar efetividade ao princípio constitucional do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o qual abrange, além da não exclusão da apreciação de situações concretas pelo Poder Judiciário, o caráter de efetividade do processo⁹.

Isso porque o direito a um processo célere é atrelado ao direito de acesso à justiça, já que a justiça tardia equivale à negação da própria justiça. Nesse raciocínio, a proteção jurídica implica a garantia de proteção eficaz e engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de fato e de direito objeto do litígio, ou da pretensão do particular, bem como da prolatação da decisão judicial vinculativa¹⁰. É nesse sentido que Canotilho trata do tempo útil do processo, ou seja, a possibilidade de obtenção de um provimento dentro do tempo adequado¹¹.

Não bastasse isso, a longa duração do processo age como uma verdadeira pena para o réu, de forma que a sentença tardia, condenatória ou absolutória, viola o direito do acusado, seja estigmatizando-o perante a sociedade, seja trazendo-lhe inegável conteúdo aflitivo, além de custos

⁸ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 09 mar. 2017.

⁹ Leal esclarece que, no Brasil, a preocupação com o acesso à justiça existe desde a primeira Constituição Republicana, que já consagrava a tripartição de poderes, deixando ao Judiciário a apreciação dos litígios entre cidadãos, mas foi a Constituição de 1946 que previu a acessibilidade à justiça, através da expressão “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (artigo 141, §4º)”. (LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012, p.59).

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p.652.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p.652.

financeiros. Isso porque, enquanto durar o processo penal dura a incerteza, a qual é fonte de estresse para o acusado, e não raros são os transtornos psicológicos graves como a depressão exógena no decorrer do processo¹². Nesse raciocínio, a ideia de limitação temporal ao exercício punitivo do Estado se reveste em garantia que favoreceria o acusado, “a quem precisa ser assegurado o direito de não se ver eternamente submetido à terrível condição de imputado ou investigado”, e também significa garantia para a sociedade, “a quem interessa ver o exercício legítimo do poder”¹³.

Por sua vez, segundo Aury Lopes Jr., os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo calcam-se no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo, no correto funcionamento das instituições e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos a ela levados em prazo considerado razoável¹⁴. É fato que hoje, no Brasil, não se estipula um prazo máximo para o processo, tampouco há sanção aqueles que violam os prazos processualmente estabelecidos. A ausência de sanção importa na doutrina do “não prazo”¹⁵.

Conforme esclarece Daniel Pastor, a partir da posição do TEDH¹⁶, o “prazo razoável” não seria um prazo em si, ou seja, nele não é conside-

¹² LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.62.

¹³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; LAVACA, Thaís Aroca Datcho. A garantia da razoável duração do processo penal e a contribuição do STJ para sua efetividade. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.408.

¹⁴ LOPES JR., Aury. Prazo razoável e (de)mora jurisdicional no processo penal. In: ZANELATTO, Vilvana Damiani (Org.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013, p.23.

¹⁵ [...] Ou seja, aplica-se aqui a equação prazo – sanção = ineficácia. Portanto, quando falamos em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento. (LOPES JR., Aury. Prazo razoável e (de) mora jurisdicional no processo penal. In: ZANELATTO, Vilvana Damiani (Org.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013, p. 26).

¹⁶ Tribunal Europeu de Direito Humanos, o qual definiu, jurisprudencialmente, três parâmetros iniciais para aferição, no caso concreto, a razoabilidade do excesso de prazo: (I) a complexidade do caso, (II) a conduta das partes naquele procedimento e (III) a conduta das autoridades envolvidas. (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 538).

rada uma condição de tempo, prevista pela lei e dentro da qual deveria ser realizado um ato processual ou um conjunto deles. Essa ideia de prazo razoável, a qual caracteriza a “doutrina do não prazo”, é vista como uma indicação para que, concluído o processo, os juízes avaliem a sua duração e estimem, segundo uma série de critérios, as compensações para o caso de não considerar o tempo do processo como algo razoável¹⁷. É o conjunto das características do caso concreto que demonstrará a (ir)razoabilidade do tempo decorrido para o trânsito em julgado do processo.

No entanto, tal preocupação com o prazo do processo penal não é, por vezes, compartilhada com a morosidade do inquérito penal. O tempo do inquérito é, nos feitos de maior complexidade, muito maior do que o tempo do processo penal, no qual se procura garantir (ao menos formalmente) a equiparação entre as partes e a sua duração razoável.

Tal fato já causa mais desequilíbrio: não bastasse o órgão acusador ter o aparato policial para recolher provas (e a defesa não ter poderes investigatórios regulados por lei), essa fase não obedece a qualquer limite temporal e o seu pouco controle (de autorizações para renovar prazos) é promovido pela própria parte interessada em sua finalidade¹⁸.

Assim, se existe uma preocupação com a duração razoável do processo e há fiscalização (pelo CNJ) do tempo para a atividade jurisdicional ser concluída, essa mesma preocupação não existe em relação ao inquérito, até porque, frise-se, o pouco controle hoje existente sobre a renovação de prazos da autoridade policial é elaborado pelo próprio órgão acusador, o qual se favorecerá da produção de prova ali desenvolvida e tem por intenção, nessa fase, a máxima colheita de elementos incriminatórios.

¹⁷ PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan.-fev., 2005, p.220.

¹⁸ Uma vez vencido o prazo do inquérito sem a sua conclusão, compete à autoridade policial solicitar prorrogação de prazo ao Poder Judiciário para o término das investigações, a teor do §3º do artigo 10 do CPP. Ocorre que, tal prática vem sendo modificada para se autorizar o trâmite processual entre a polícia judiciária e o próprio membro ministerial, sendo remetido ao Judiciário apenas em caso de réu indiciado ou quando é necessária decisão judicial a pedido de quebra constitucional. A tramitação direta dos inquéritos entre polícia federal e órgão ministerial foi regulamentada na resolução conjunta do CNMP e CNJ (proposição n. 001045/2013-24).

O que ocorre, na prática, é que se uma testemunha não é encontrada para ser ouvida na fase de inquérito, há tempo para todas as diligências necessárias à sua localização, como a remessa de ofícios a órgãos de cadastro (Receita Federal ou cartórios eleitorais), e espera pelas respectivas respostas, quando poderá ser remarcada a ouvida quando localizada. Se há interceptação de comunicações telefônicas, há tempo para transcrever os principais trechos que implicam na responsabilidade dos investigados. Se há busca e apreensão, há tempo para analisar todo o material e elaborar laudos técnicos sobre documentos e mídias eletrônicas apreendidas. E há tempo para todas essas diligências porque o único limite temporal ao qual se submete a investigação prévia, no direito brasileiro, é o decurso da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, já que a própria prescrição retroativa desse período foi abolida pelo §1º do artigo 110 do CP, com a alteração da Lei n. 12.234/2010.

André Nicolitt já alertava para a necessidade de se considerar o tempo do inquérito dentro do tempo de duração do processo. Segundo ele, embora a CF/88, em seu artigo 5º, LXXVIII mencione duração razoável do “processo”, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em vigor no Brasil¹⁹ preferiu usar o termo “julgamento”, sem limitar a questão ao âmbito processual. Como o inciso LXXVIII não poderia restringir a garantia tratada no Pacto, principalmente ao interpretar o dispositivo de forma conjunta ao artigo 1º, III, da Constituição, que tutela a dignidade humana, entende Nicolitt que, no processo penal, se a atividade persecutória do Estado, submetida à ampla defesa e contraditório, está limitada à duração razoável do processo, “com maior razão, a atividade inquisitiva do Estado, consistente na *persecutio criminis* por via de inquérito policial, também o está”²⁰.

Do contrário, explica o autor, “estaríamos diante de interpretação que levaria ao absurdo, em que não está nem o direito, tampouco a justiça”. Ante esse raciocínio, não haveria dúvidas de que a atividade policial (âmbito administrativo) também deve obediência ao ditame constitucional de duração razoável, já que tal atividade, por si só, viola

¹⁹ Decreto n. 592/1992.

²⁰ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014, p.57-58.

o *status dignitatis* do indiciado²¹. Por outro lado, o marco inicial para a análise da contagem do prazo para julgamento deve ser o momento em que se inicia a investigação com sujeito determinado²², o que, no Brasil, pode ser considerado o início do procedimento investigatório, e não necessariamente o indiciamento. Isso porque, quando a investigação aponta um indiciado, já pode ter havido atos investigatórios contra essa mesma pessoa, a exemplo de interceptações telefônicas e outros atos que permanecem sob sigilo até a deflagração da operação.

Por tudo isso, impossível desconsiderar o tempo do processo penal desvinculado do tempo do inquérito. Por causa da fase investigativa, a parte acusadora só encontra óbice temporal para recolher provas nos longos prazos da prescrição da pretensão punitiva contada em abstrato; já a defesa, ao conhecer dos argumentos da acusação (o que ocorre, na maioria dos casos, apenas quando da citação penal), tem poucos meses produzir seu material probatório, já que apenas no curso da ação é iniciado o relógio do prazo razoável e da celeridade processual em nome da eficiência do processo penal.

Vê-se, assim, um desequilíbrio de poderes entre as partes causado pela distorção temporal entre as fases inquisitivas e processual.

3. O APARATO TÉCNICO UTILIZADO EM INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS, A DESIGUALDADE DE PODERES NA PRODUÇÃO DA PROVA E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO POR LEI DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Em 1941, a exposição de motivos do Código de Processo Penal esclarecia que se mantinha o inquérito policial como instrumento preparatório da ação penal, guardando-se suas características. Mais de setenta anos depois, poucas mudanças são verificadas na sistemática desse procedimento preliminar de recolhimento de prova²³.

²¹ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014, p.57-58.

²² Segundo Nicolitt, o marco para análise deve ser a determinação do sujeito como investigado, o que equivaleria ao indiciamento. (NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014, p.70).

²³ Como frisa Paula Costa, tal modelo de inquérito está em descompasso com a ordem jurídica, não bastando que seus regramentos sejam interpretados

Não se nega a existência de defesa (ainda que frágil) no inquérito penal, ante a possibilidade de o investigado requerer diligências (artigo 14 do CPP), a previsão constitucional do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos (artigo 5º, LV da CF/88), e a possibilidade de uso do direito ao silêncio e de remédios constitucionais, como *habeas corpus* e mandados de segurança.

Digno de nota, nesse sentido, é a falha da lei 13.964/19 ao não trazer qualquer previsão para a investigação defensiva, visto que o tema já era objeto do projeto de lei 156/2009²⁴ que tramita no Congresso Nacional. Até porque, nas palavras de Welton Roberto, o sistema atual tem cada vez mais a participação do Ministério Público e o acompanhamento da mídia. Se a defesa continuar agindo como “convidada de pedra”, a qual aguarda “passivamente” que se termine a investigação para começar a atuar, o desequilíbrio restará intransponível²⁵.

O inquérito policial funciona, assim, como um caderno investigatório a serviço da acusação, cuja neutralidade legal é questionável a partir das inúmeras medidas cautelares de restrição de direitos constitucionais que vêm se tornando corriqueiras. A banalização e a midiatização da

segundo a Constituição, posto que “é preciso que nova normatização processual penal atualize os procedimentos aos preceitos fundamentais do ordenamento”. (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecedem a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n.19, p.171-178, jul.-set., 1997).

²⁴ Prevê o art. 13 do projeto: “é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”. Além disso, em diversos outros pontos o projeto de reforma do CPP prevê um maior poder da defesa na fase de inquérito, como a necessidade de que a autoridade policial justifique a não realização da prova defensiva, a partir da previsão recursal do indeferimento do requerimento. Assim, por disposição do artigo 26 do PL, a vítima ou o investigado poderão requerer ao delegado qualquer diligência no inquérito e, em caso de não ter seu pedido acolhido pela autoridade, poderão representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público. O PL 156/2009 foi encaminhado do Senado à Câmara Federal em dezembro de 2010, recebendo o número 8.045/2010, ainda não submetido à votação nessa última casa.

²⁵ ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pág. 88.

aplicação dessas medidas têm mostrado outra face do inquérito, despin-do-o da ideia de promover a investigação imparcial para vestir uma nova roupagem, auxiliatória no recolhimento, para o órgão acusador, do máximo de elementos que caracterizem o máximo de acusações delitivas. A atual forma sigilosa de investigação criminal aplicada no Brasil, vigente até o momento da deflagração da operação e utilizando um sem número de métodos ocultos de busca pela prova, ignora solenemente o artigo 5º, LV da CF/88 e o artigo 7º, XIV da Lei n. 8.906/1994 e desvirtua a finalidade do inquérito²⁶: de procedimento apuratório, o inquérito passou a ser o momento de recolher o máximo de elementos para futura condenação²⁷. O superdimensionamento dos poderes investigatórios faz com que a fase posterior, do processo penal, se traduza em mera confirmação das provas amealhadas antes pelo órgão acusador²⁸. A despeito dessa prática moderna

²⁶ Segundo a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, o inquérito, “como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal” é “uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”.

²⁷ Um claro exemplo desse desvirtuamento é a degravação, nas interceptações telefônicas, apenas dos trechos que interessam à acusação. Se o intuito do inquérito fosse o de apurar a participação (ou ausência dela) por parte do investigado na conduta criminosa, porque não são também degravados pelo agente policial os trechos dos áudios que eximem o investigado do fato criminoso, ou diminuem sua responsabilidade?

²⁸ Ao tratar do modelo napoleônico de processo penal (Código Napoleônico de 1808), Luigi Ferrajoli pontua algumas características daquele processo misto, demonstrando o protagonismo ali desenvolvido na primeira fase de prevalência inquisitorial, escrita, secreta e com ausência de participação do imputado, enquanto ele era privado de liberdade. A segunda fase, para o autor, tendentemente acusatória, era “caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase”. Ora, o modelo napoleônico de processo misto se difundiu no século passado em toda a Europa, se conservando nos Códigos Italianos de 1865, de 1913 e no Código Rocco de 1930 (o qual influenciou o CPP brasileiro de 1941). Ao explicar as características daquele ultrapassado modelo, Ferrajoli pontua: “a mistura e o compromisso entre os dois modelos continuaram na era republicana, através da introdução de fracos elementos acusatórios na fase instrutória, mas ao lado de maiores poderes judiciais aos órgãos inquiridores. Disso resultou uma ulterior acentuação do caráter de juízo autônomo da fase instrutória e um progressivo

que caracteriza uma nova atuação do processo penal brasileiro, o indivíduo sob o qual recaem as suspeitas de cometimento de um delito tem todo o interesse de defender-se e mostrar sua inocência, total ou parcial, no intuito de evitar a ação penal. Esse direito só se materializa, nessa fase preliminar, se forem observados o contraditório e a ampla defesa.

Mas ainda que se observassem todas essas garantias, ainda assim a defesa se veria de mãos atadas, por não dispor dos mesmos poderes instrutórios (e requisitórios) do *Parquet* e ter seus requerimentos submetidos à boa vontade do agente policial, que pode ou não os entender pertinentes.

O problema é pontuado por Saad: em razão da prática, no curso do inquérito, de inúmeros atos instrutórios de caráter definitivo, irrepetíveis, e de atos restritivos de direitos constitucionalmente assegurados, deve-se permitir a pronta participação do acusado e de seu defensor nessa fase procedural, o que independe do estabelecimento do contraditório²⁹. Conforme explica a autora, a possibilidade da defesa participar na fase de inquérito foi objeto de intenso debate na década de 1950. Na ocasião, prevaleceu a orientação perfilhada por José Frederico Marques em detrimento da defendida por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, consolidando o entendimento de que “o inquérito não passa de peça administrativa, meramente informativa, que exibe tão-só atos de investigação”. Esta opinião, explica Saad, passou a influenciar a doutrina e a jurisprudência da época e, como consequência (que perdura até os dias de hoje), “nega-se ao indiciado, ou informalmente acusado, o exercício do direito de defesa nesta fase”³⁰.

Merece registro o raciocínio de Renato Vieira de que o princípio da paridade de armas, diferentemente do contraditório, se manifesta (ou deve se manifestar) em todas as fases da persecução penal, inclusive no

esvaziamento da fase dos debates, reduzida a mera e prejulgada duplicação da primeira”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p.519-522).

²⁹ SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.14, n.166, set. 2006, p.6.

³⁰ SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.14, n. 166, set. 2006.

inquérito³¹. Da mesma forma, tem-se que o exercício de funções distintas não autorizaria o tratamento diferenciado entre acusado e acusador, “seja em fase preliminar de apuração do fato, ou mesmo durante o processo”³².

Para Castañeda Paz, o princípio da igualdade de armas não deve expressar-se apenas no momento em que se formaliza a acusação, mas deve se manifestar em todo o momento em que há investigação³³ e produção de prova (inclusive testemunhal, no inquérito).

A exclusão do princípio da isonomia entre as partes da fase inquisitorial tem justificativa doutrinária no raciocínio de que, uma vez violada a ordem jurídica pelo agente que pratica o ato criminoso, estaria legitimado o Estado a repor esse equilíbrio, investigando sem a participação do agente³⁴. Esta lógica, contudo, não pode ser mais admitida, posto

³¹ No entender de Vieira, “na investigação preliminar deve incidir a paridade de armas, visto que ali há oponentes e também há carga acusatória em processo penal. A medida da observância do princípio, naquela fase processual, dá-se pelo que ali se denominou duplo conhecimento por parte do investigado: passivo e ativo” (VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 356).

³² ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *Linguagem, prova e verdade no processo penal: uma nova visão humana*. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015, p.134.

³³ “[...] el principio ‘de igualdad de armas’ no debe expresarse solamente desde el momento en que una persona es inculpada de un delito o desde la audiencia, sino que debe ser manifiesto en todo momento en lo que a posibilidades de presentas testigos se refiere [...] El principio conocido como ‘de igualdad de armas’ que importa igual tratamiento de las funciones, de las posibilidades presupuestaras y estructurales de todas las partes del proceso, atendiendo a los diseños propios de cada función, debe ser reconocido no sólo dentro de las instancias judiciales sino antes, durante y después del proceso.” (CASTAÑEDA PAZ, Marcelo C. La igualdad de armas: de la teoría a la realidad. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v.7, n.12, p.571-584, 2001, p.580).

³⁴ Nesse sentido, Tourinho Filho explica que nessa fase indiciária é difícil estabelecer “igualdade absoluta de condições jurídicas”, e que a desigualdade é provocada pelo próprio criminoso, posto que, quando surge a ideia do crime, “ele que pensa e age sozinho, e coloca o poder público em condição parecida com a da vítima, e assim é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para colher vestígios do crime e indícios de culpabilidade”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51).

que já tem o investigado como culpado, quando o admite como gestor do fato criminoso para justificar a apuração estatal.

Para o direito brasileiro, a fase inquisitiva afasta as normas do princípio acusatório. O inquérito policial é um caderno investigatório a serviço da parte acusadora e não se pode dizer o contrário diante do fato de que há uma salutar diferença entre as condutas de “requisitar” e “requerer” provas no inquérito³⁵, expostas nos dispositivos dos art. 13 e art. 47 do CPP (os quais autorizam o *Parquet* a requisitar provas) e nos artigos 14 e 84 do mesmo código (com relação à conduta de requerer, vinda da defesa).

Nesse raciocínio, se, conforme a previsão legal do artigo 14 do CPP, a defesa limita-se a *requerer* a diligência, a autoridade policial analisará sua pertinência a seu próprio juízo e arbítrio.

No entanto, são inegáveis os abusos praticados na fase de inquérito em razão da permissividade da lei com a ausência de defesa³⁶ e, ainda

³⁵ O termo “requisitar” não ostenta um conteúdo “solicitatório” e não equivale a “requerer”; consubstancia, para além de uma simples solicitação, uma exigência legal ao seu destinatário (FELDEN, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.19). É por isso que a autoridade policial não pode se negar a cumprir o que é requisitado pelo membro ministerial e, na expressa disposição do artigo 13 do CPP, incumbe àquela “realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público”. O verbo “requisitar” está, ainda, (I) no artigo 47 do CPP, quando autoriza o Ministério Público a, se julgar necessários mais esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, requisitá-los às autoridades competentes; (II) no artigo 129 da CF/88, VIII, o qual prevê ser função institucional do Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial” e, (III) na própria Lei Complementar n. 75/1993 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), em seu artigo 7º, II, ao dispor que incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário às suas funções institucionais, “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”. Já o termo “requerer” está previsto nos artigos 14 e 184 do CPP e relaciona-se ao pedido de diligência que o indiciado pode dirigir à autoridade policial, no curso do inquérito. Nesse caso, a autoridade policial analisará a pertinência da prova e poderá deferir ou não sua produção.

³⁶ Não se olvide de que até pouquíssimo tempo atrás, eram comuns e corriqueiras no Brasil as decretações de conduções coercitivas, para que o investigado fosse interrogado sem conhecer as provas contra ele produzidas e sem dar tempo da chegada de seu advogado. Veio em bom tempo o freio

que se diga que a investigação inquisitorial possa eventualmente colher elementos em favor do investigado, esse não é, sobremaneira, seu objetivo. Na prática, a investigação “tem uma vocação para amealhar elementos que sustentem a sua acusação, descurando-se da busca de informes que auxiliem a defesa”³⁷.

Tal panorama torna urgente a discussão acerca da investigação defensiva, ainda ignorada pelo legislador brasileiro, a despeito da recente regulamentação do tema pelo Conselho Federal da OAB em 2018.³⁸ A investigação defensiva pode ser definida como um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade, com a consequente produção e catalogação de provas, encadeadas documentalmente em um instrumento único, ou não, em ordem lógica e/ou cronológica, visando resguardar a tutela judicial dos interesses do particular³⁹. Trata-se de dar condições materiais para que o cidadão instrumentalize, do ponto de vista probatório, sua tese defensiva, podendo ser desenvolvida a qualquer tempo ou fase processual. Adotada em alguns países (a exemplo da Itália), ainda não

constitucional colocado pelo STF nessa prática arbitrária e ilegal, em junho de 2018, com as ADPFs 395 e 444/STF. Mas não apenas. A jurisprudência demonstra que inúmeros *habeas corpus* ainda são apresentados aos Tribunais até mesmo para conseguir ter acesso às cópias dos documentos produzidos nos autos de inquérito e, embora já exista súmula vinculante sobre o tema (súmula vinculante n. 14), a questão está longe de ser pacificada e regularmente cumprida pelas autoridades policiais.

³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p.327.

³⁸ Provimento 188/2018, datado de 11 de dezembro de 2018, nos autos da Proposição n. 49.0000.2017.009603-0/COP, justificado pelos poderes conferidos à OAB através do art. 54, V, da lei 8906/94. Pretendendo suprir a carência legal, o CFOAB publicou o provimento 188/2018, com orientações gerais à investigação defensiva, a qual poderá ocorrer em qualquer fase da persecução criminal, podendo, inclusive, fundamentar a instauração ou o trancamento de inquérito policial. Mas não se deve olvidar de que a regulamentação pela OAB viola a reserva de lei, já que entidade de classe não pode legislar sobre matéria de processo penal. Mais um motivo, então, para se defender a urgência de criação de lei que regulamente a matéria, necessária para equilibrar a persecução penal brasileira.

³⁹ BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 305, abril-2018. p. 7.

encontrou guarida na lei brasileira, embora, como já se disse, seja objeto do PL 156/2009 (Senado Federal).

Na prática, a defesa está, sim, impedida de investigar no processo penal brasileiro, quando seu contato com testemunhas é equivocadamente interpretado como obstrução à justiça, quando ela não tem qualquer prerrogativa de intimar testemunhas ou de oficiar órgãos ou particulares, requerendo documentos ou informações. Aliás, qualquer gesto nesse sentido pode ser interpretado como tentativa de macular ou esconder. Nesse sentido, são inúmeras as prisões preventivas decretadas sob o fundamento de que o réu deve se afastar das testemunhas arroladas e com o intuito de evitar interferência nos depoimentos da acusação, além de que uma das medidas substitutivas à prisão é justamente a de o réu não manter contato com testemunhas, com fundamento no artigo 319, III do CPP. São inúmeros os julgados que substituem a prisão preventiva pela aplicação das cautelares incluindo a proibição de contato com testemunhas sem que nenhum argumento a justifique⁴⁰. Portanto, a lei e a jurisprudência brasileiras trazem obstáculos para que a defesa se aproxime da produção da prova, e não o contrário⁴¹.

Apesar disso, pode-se entender que a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, LV) previu a ampla defesa e o contraditório também na fase de inquérito⁴². Nesse raciocínio, ainda que não se tenha como

⁴⁰ Como exemplo: STJ, Sexta Turma, HC 201501643340, HC 329691. Rel. Min. Sebastião Reis. DJE, data: 18-04-2016.

⁴¹ Até mesmo para produzir um laudo técnico sobre a prova, a defesa precisa dispor do objeto a ser periciado, o que não lhe é facultado na fase inquisitorial. E não se olvide de que o artigo 159 do CPP, ao prever a possibilidade de nomear assistente técnico defensivo para acompanhar as perícias, o fez com relação tão somente à ação penal (e não ao inquérito) por dicção de seus §§4º e 5º (que expressamente fazem alusão à admissão na prova no processo judicial). Um importante avanço da lei 13.964/19, sem dúvidas, é a previsão de que o juiz de garantias possa deferir a presença de assistente técnico para acompanhar perícias na fase de inquérito (art. 3º-B, XVI, acrescido ao Código Penal). Espera-se que o dispositivo que trata do juiz de garantias (cuja suspensão foi determinada pelo presidente do STF em liminar nas ADIs 6298, 6299 e 6300, datada de 15 de janeiro de 2020) seja posteriormente implementado.

⁴² Conforme Aury Lopes Jr., a partir da previsão do inciso LV, é inafastável a incidência do contraditório e do direito de defesa no inquérito policial, e a confusão terminológica aplicada (quando o inciso fala em processo administrativo e não em procedimento administrativo, que é o inquérito; e quando o inciso

obrigatória a participação do investigado (e sua defesa habilitada) na fase pré-processual, não se pode negar o direito subjetivo a essa atuação, conforme interesse do investigado. É por isso que várias das soluções a seguir delineadas perpassam pelo respeito a essas regras constitucionais.

4. DAS SOLUÇÕES APRESENTADAS

4.1 QUANTO AO TEMPO DO INQUÉRITO

Como primeira solução, a atingir a questão temporal, tem-se a fixação de prazo limite para concluir o inquérito, com a previsão de arquivamento no caso de seu descumprimento. Ademais, o prazo só deve ser renovado em casos de alta complexidade. Deve-se ter cuidado com inquéritos longos, os quais, não obtendo êxito em amealhar provas que robusteçam suas premissas iniciais, acabam mudando de objeto ao longo dos anos para perseguir os mesmos investigados, buscando outros fatos criminosos através da mesma investigação. Para evitar que o inquérito se traduza em perseguição à pessoa investigada (e não mais ao fato investigado), deve-se delimitar um determinado período como razoável para apurar os fatos (um tempo máximo), o qual, transcorrido, deve o inquérito ser arquivado por falta de elementos (caso não se tenha, ainda, prova da materialidade e indícios de autoria suficiente para oferecer a denúncia).

Não se ignora, como já se disse, que o CPP, sem força coativa alguma ou sanção ao seu descumprimento, fixou prazos curtos para a consecução do inquérito, estipulados no artigo 10 do referido código. Apenas em caso de réu preso e após a deflagração da fase ostensiva do inquérito (com as prisões) é que se busca observar o lapso temporal. Da mesma forma, o prazo de 90 dias estipulado para a investigação promovida

fala em acusado, e não em indiciado) não pode servir de obstáculo à aplicação desses direitos no inquérito. Segundo o autor, o fato de o legislador constituinte ter utilizado a expressão “acusados em geral” e não apenas “acusados”, é porque compreendeu, na expressão, também os indiciados. (LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.11, n.43, p.378-396, abr.-jun. 2003).

pelo membro ministerial (no art. 12 da resolução CNMP n. 13/2006) não detém a menor força vinculativa, enquanto a norma que o estabelece já prevê a permissão de suas renovações sucessivas pelo *Parquet*.

Por outro lado, a lei 13.964/19 previu esse controle (art. 3º-B, VIII), mas relacionado apenas aos casos de investigado preso. Errou o legislador por não aproveitar o momento para reforçar a limitação temporal ao inquérito com investigados soltos.

O código de processo penal português estipula, como regra, 6 meses de duração da investigação para o caso de investigados presos, ou 8 meses para investigados soltos, mas em ambos os casos os prazos podem ser prorrogados, até um máximo de 12 ou 18 meses, respectivamente. Este prazo, conforme o artigo 276, n. 4 da lei portuguesa, inicia-se ao se identificar uma pessoa determinada como investigada, e suspende-se com a expedição de carta rogatória. O período total de suspensão não pode exceder a metade do prazo máximo do inquérito (artigo 276, n. 5) e o magistrado titular do processo deve comunicar ao superior hierárquico imediato a violação dos prazos dispostos nesse artigo 276, indicando as razões do atraso e o período necessário para concluir o inquérito (n. 6 do artigo 276). Quando vencidos os prazos, o próprio superior hierárquico poderá avocar os autos dando conhecimento da violação e do tempo necessário à conclusão da investigação ao Procurador Geral da República, ao arguido e ao assistente (se houver) (artigo 276, n. 7). Nesse caso, cabe ao Procurador Geral da República, se assim entender, determinar o procedimento de aceleração processual⁴³ (artigo 276, n. 8).

A questão dos prazos do inquérito no direito português ganhou relevância na revisão legislativa de 2007, mas, conforme alerta Paulo Mendes, o fato de o Ministério Público violar os prazos assinalados não implica em qualquer efeito para a validade do processo, embora a legislação tenha criado vários mecanismos para coibir esta violação⁴⁴. Na prática, vê-se

⁴³ Os artigos 108 e 109 do CPP português regulam a tramitação do pedido de aceleração processual, quando forem excedidos os prazos previstos na lei para cada fase do processo.

⁴⁴ Segundo Paulo Mendes de Souza, “[...] a ultrapassagem dos prazos não constitui sequer uma irregularidade. Na verdade, costuma dizer-se que tais prazos são meramente ordenadores. Mas, para evitar a ultrapassagem dos prazos do inquérito, a revisão de 2007 do CPP criou vários mecanismos, a saber: a

que alguns inquéritos em Portugal têm o prazo alargado e a exigência da lei processual pode ser relativizada⁴⁵, a exemplo do que ocorreu com a investigação da chamada “Operação Marquês⁴⁶. A justificativa portuguesa para essa dilação, explica Cláudia Santos, estaria nos casos de *criminalidade mais complexa*, para os quais se previu prazos mais amplos de forma a tornar a investigação mais exequível⁴⁷. Tais acréscimos de prazo são previstos no já mencionado artigo 276 do código de processo português.

Por outro lado, a jurisprudência portuguesa, ao indeferir pedido (do investigado) de declaração de caducidade do direito ministerial de deduzir acusação quando vencidos os prazos, esclareceu que os limites

obrigação de o magistrado titular do processo comunicar ao superior hierárquico imediato a violação de qualquer prazo, indicando as razões do atraso e o período necessário para concluir o inquérito (atual artigo 276, n. 6), a possibilidade de o superior hierárquico avocar o processo (atual artigo 276, n. 7) e o fim do segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do MP, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, o qual poderá ser prorrogado por uma só vez, em certas circunstâncias (artigo 89, n. 6). Essa prorrogação não pode ir além da concessão de novo prazo de três meses, embora a lei não o diga assim, mas fale apenas em “um prazo objetivamente indispensável à conclusão da investigação”. (MENDES, Paulo de Souza. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 69).

⁴⁵ A exemplo da chamada “Operação Marquês”, na qual o ex-primeiro ministro português, José Sócrates é preso em novembro de 2014 por suspeita de crimes de fraude fiscal, branqueamento de capitais e corrupção, e permanece sob custódia preventiva durante 288 dias, até que é transferido, em 04 de setembro de 2015, para prisão domiciliar, recebendo liberdade apenas em 16 de outubro do mesmo ano. O referido senhor só foi formalmente acusado em outubro de 2017, depois de inúmeras renovações dos prazos da investigação, ocorridas concomitantemente à aplicação das medidas restritivas contra os investigados.

⁴⁶ Na “Operação Marquês”, o ex-primeiro ministro português, José Sócrates foi preso em novembro de 2014 por suspeita de crimes de fraude fiscal, branqueamento de capitais e corrupção, e permaneceu sob custódia preventiva durante 288 dias, até que foi transferido, em 04 de setembro de 2015, para prisão domiciliar, recebendo liberdade apenas em 16 de outubro do mesmo ano. O referido senhor só foi formalmente acusado em outubro de 2017, depois de inúmeras renovações dos prazos da investigação, ocorridas concomitantemente à aplicação das medidas restritivas contra os investigados.

⁴⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. Prazos de duração máxima do inquérito: as consequências para sua violação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 1 a 4, ano 26, jan-dez de 2016. p. 549.

fixados no artigo em discussão não detêm natureza preclusiva⁴⁸, ou seja, não há qualquer sanção ao não cumprimento desses prazos fixados pela lei. Dessa forma, apesar da disposição legal, não se nega, no direito português, a relativização com a exigência dos prazos da investigação, fato duramente criticado por alguns autores portugueses⁴⁹.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, no RHC n. 61.451/MG, determinou o trancamento de inquérito policial relativo à investigação complexa, e que tramitava há mais de 14 anos, sem conclusão. A 6ª Turma do STJ já havia adotado esse posicionamento, embora ainda de forma incipiente, no HC 345.349/MT e no RHC 58.138/PE. Embora os Tribunais estejam regulando a questão – quando instados a fazê-lo em casos pontuais – é necessária a atenção ao tema por parte do legislador ou, pelo menos, por parte da atuação moderadora do juiz da causa.

Assim, para adequar o inquérito à realidade constitucional de 1988 tem-se, como soluções à problemática apresentada, a necessidade de estipular, pela legislação, um prazo máximo de duração para os inquéritos que se mostre razoável e evite as sucessivas renovações, com a previsão de consequências para o seu descumprimento. Analisando a necessidade e de sanção para a inobservância dos prazos, Daniel Pastor

⁴⁸ Nesse sentido, vide acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, JTRC processo n. 5/13.1IDCTB-B.C1, Rel. Jorge França, acórdão em 26.10.2016. Destacam-se da decisão os seguintes argumentos: “[...] Pois bem, aqui chegados somos obrigados a admitir que a lei, o CPP, no seu artº 276º, 1, não atribui uma qualquer natureza ao prazo que aí estabelece para encerrar o inquérito. Em primeiro lugar, não estamos perante o estabelecimento de um prazo para o exercício de um direito, mas antes, perante o estabelecimento de um prazo para o exercício de um poder-dever vinculado do titular da acção penal, no caso. Daí poder retirar-se que estamos perante norma programática que mais não pretende do que fixar ao agente titular desse poder funcional um prazo para o encerramento do inquérito, sob pena de eventual responsabilidade disciplinar. [...]”. (Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Acesso em: 19 ago. 2017).

⁴⁹ A título exemplificativo dessas críticas: “(...) Quando as autoridades judiciárias aplicam os prazos que vinculam os outros como necessariamente peremptórios mas vêm os prazos aplicáveis à duração do inquérito, que deviam vinculá-las, como prazos indicativos ou ordenadores, tem de se questionar se é ainda no processo penal de um Estado democrático que nos movemos”. SANTOS, Cláudia Cruz. O Controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito. *Julgar*, Lisboa, n. 32, p. 233-254, maio-ago 2017. <http://julgar.pt/o-controlo-judicial-da-violacao-dos-prazos-de-duracao-maxima-do-inquerito/>

já aduziu que, se o legislador dita um procedimento que possa ser livremente violado pelos magistrados, não se fala em lei, mas em um conselho, orientação ou sugestão⁵⁰.

A lei deve também limitar as possibilidades de renovação do prazo por ela estipulado para o inquérito. A prorrogação do prazo de investigação deve ser sempre justificada, e só ocorrer em casos excepcionais. Vencido o prazo sem a apresentação da denúncia ou conclusão das investigações, deve o procedimento ser submetido ao controle do Judiciário, o qual deverá determinar seu arquivamento ou renovar o prazo em caso excepcional. A contagem do prazo deve ser iniciada assim que identificado um sujeito como investigado, ainda que ele não tenha ciência da investigação ou não tenha sido formalmente indiciado. Por fim, em caso de inquéritos com sucessivas renovações (ainda que excepcionais e em clara afronta à lei), o tempo decorrido nessa fase pré-processual deve ser usado como parâmetro para o tempo da fase judicial. Nesse sentido, seria vedado ao juiz indeferir a produção de prova defensiva sob o argumento de celeridade processual nos casos em que sequer foi atingido o mesmo tempo usado na fase de inquérito.

O Projeto de Lei 156/2009 (Senado Federal), hoje de numeração 8.045/10 e tramitando perante a Câmara dos Deputados, que trata do novo CPP, prevê algumas mudanças nesse sentido, embora um pouco diferentes das acima sugeridas. O projeto inova com a preocupação do tempo da fase investigatória, ao estabelecer que “no inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível”⁵¹. Há, ainda, o aumento do prazo do inquérito para 90 dias com réu solto (e não mais 30).

⁵⁰ PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo p.203-249, jan.-fev., 2005, p.222.

⁵¹ “Artigo 29. No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fideliidade, se obtidas de modo informal”. (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atal-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 24 jul. 2017). Na proposta do projeto 8.045/2010, em trâmite na Câmara, tal dispositivo manteve a mesma redação, com previsão para o artigo 30 do PL.

Uma importante emenda foi sugerida quando da tramitação do Projeto no Senado: fixar um prazo máximo (720 dias), o qual, após esgotado, deve importar no arquivamento do inquérito pelo juiz de garantias. O avanço, no entanto, foi parcial: o mesmo artigo 32 do projeto abriu uma exceção aos inquéritos complexos e passou a prever em seu §2º que “em face da complexidade da investigação” e constatado o “empenho da autoridade policial”, o juiz de garantias poderá prorrogar o inquérito “pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes”⁵². Só nos resta lamentar este acréscimo ao projeto, que retrocede ao permitir uma brecha para a morosidade do inquérito, permitindo investigações sem prazo.

4.2 QUANTO AO EXCESSO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO INQUÉRITO E DESIGUALDADE DE PODERES

Nesse ponto, são várias as mudanças necessárias. Iniciemos com o acesso aos autos de inquérito por parte do advogado⁵³. Esta discussão pode

⁵² “Artigo 32. Não obstante o disposto no artigo 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.” (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoestemporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 02 nov. 2017).

⁵³ Aury Lopes distingue, com relação ao sigilo do inquérito, o segredo externo do interno. Enquanto o externo é um importante instrumento para amenizar a publicidade abusiva, o segredo interno proíbe os próprios interessados de acessar o conteúdo da investigação. Segundo ao autor, o tratamento dado pelo CPP para regularizar o tema é mediocre (artigo 20 do CPP), e a justificação do segredo interno total (aquele que atinge o sujeito passivo e seu defensor) tem claro cunho utilitarista, “na medida em que busca a maior eficiência da investigação preliminar desde o ponto de vista – exclusivo – do Estado-opressor. Sem dúvida uma leitura incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito”. (LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.11, n.43, p.378-396, abr.-jun. 2003, p.388-390).

até parecer desnecessária, diante da existência da Súmula 14/STF e do artigo 7º, XIV da Lei n.8.906/1994, mas, na prática, são inúmeros os casos nos quais se burla a legislação e a súmula vinculante, principalmente em relação às grandes investigações policiais “midiáticas”.

É certo que o acesso ao caderno de medidas de investigação em andamento não pode ser franqueado ao advogado do investigado, sob pena de inutilizar a investigação naquele ponto, retirando-lhe a eficácia. No entanto, o que se vê é a regra de sigilo para provas já colhidas, através da escolha dos documentos que serão encartados nos autos principais, e “engavetamento” de outros documentos. Situação também corriqueira é o advogado diligenciar para obtenção de cópias, mas só consegui-las após serem vazadas para a imprensa.

A ausência de intervenção do defensor não apenas torna impossível o controle dos abusos praticados (já que se poderia pleitear a atuação do Judiciário para intervir em atos ilegais da autoridade policial), mas impede que esclarecimentos sejam feitos e provas apresentadas desde essa fase, evitando denúncias equivocadas e em claro excesso (como sói ocorrer)⁵⁴. Não há qualquer possibilidade de defesa técnica quando há o sigilo interno da investigação para a defesa.

Não há como pensar em equilíbrio entre as partes na fase judicial se uma delas esteve distante e não pôde, sequer, acessar os elementos para atuar na fase de inquérito. Se provas do inquérito são usadas para

⁵⁴ Como explica Saad, para assegurar o exercício da defesa na fase de inquérito “é imprescindível que se dê ciência ao acusado da imputação e de todo o conteúdo dos atos de instrução constantes do inquérito; além disso, é preciso garantir a assistência de advogado e a faculdade de exercício do direito ao silêncio”. Até porque, como bem pontuado pela autora, não só o acusado, mas a justiça penal também tem a ganhar com a participação ativa da defesa: o investigado pode afastar possível acusação contra si; e a Justiça ganha por melhor se precaver de futuras acusações infundadas e injustas, “[...] podendo opor-se às provas coligidas e oferecer sua versão acerca dos fatos apurados; impugnar a classificação do delito atribuída pela autoridade policial; fazer-se acompanhar sempre por defensor, para solicitar a produção de diligências em seu favor; e, principalmente, ter ciência de seus direitos constitucionais e exercê-los desde logo, o acusado e a justiça penal só têm a ganhar. Ele, por cuidar de afastar possível acusação formal; a Justiça, por se precaver melhor contra acusações infundadas”. (SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 166, p.6, set. 2006).

respaldar decisões restritivas de direito, se elementos ali colhidos são usados para robustecer e fundamentar decisões da ação penal, a ausência de participação do investigado nessa importante fase não tem como ser posteriormente reparada, e representa um inegável desequilíbrio.

Nesse sentido, é urgente uma mudança de postura dos operadores do direito, especialmente do delegado e do magistrado, no sentido de cumprir e fazer cumprir a legislação em vigor e a súmula vinculante 14/STF.

Assim, sugere-se as seguintes mudanças, como regras a serem aplicadas em todas as investigações criminais:

(I) A não ser nos casos de investigado foragido, *deve sempre ser concedida oportunidade de ouvida ao investigado*, a ser realizada ainda durante o inquérito, com intimação prévia para obter acesso aos autos e se fazer acompanhado por advogado;

(II) *Tão logo se colham elementos indiciários de autoria e mesmo sem o indiciamento formal, deve-se intimar o investigado para habilitar advogado para acompanhar as provas e depoimentos futuros*, podendo apresentar documentos e fazer requerimentos à elucidação da tese defensiva.

(III) Deve ser valorizada a legislação que garante o exercício de defesa, inclusive quanto à manifestação antes da análise de pedidos cautelares (§3º do artigo 282 do CPP), *assim como devem ser aplicadas medidas sancionatórias para o descumprimento pelas autoridades e, por fim, devem ser anulados os atos realizados sem a presença do defensor*⁵⁵, quando era possível a realização da prova com tal acompanhamento.

Na esteira do artigo 26 do PL 156/2009 (Senado Federal), ao investigado é facultado requerer ao delegado de polícia realizar qualquer diligência, que será efetuada ao se reconhecer sua necessidade. Tal previsão, se aprovada, será um importante avanço diante do atual artigo 14 do CPP, já que, para indeferir o pedido, a autoridade deverá justificar a desnecessidade da medida⁵⁶.

⁵⁵ Nesse sentido, pela anulação dos atos sem defensor e todas as provas dele derivadas, ver: MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.444.

⁵⁶ Ainda sobre o referido projeto de lei n. 156/09: o §1º do dispositivo prevê que, se indeferido o pleito defensivo pela autoridade policial, “o interessado poderá

Como outro ponto, indica-se a necessidade de busca por maior neutralidade por parte do delegado na fase inquisitorial. O inquérito policial não pode se revestir de interesses apenas do órgão acusador, operando como um exclusivo preparatório de meios de acusação⁵⁷. Assim, ao mesmo tempo em que se busca provas da materialidade e autoria delitiva, deve-se ter o cuidado para não descartar nenhum elemento que comprove a inocência ou diminua a responsabilidade do agente.

Outrossim, se o acusado no processo penal é inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 5º, LVII da CF/88), com muito mais razão o é quando ostentar a condição de mero investigado na fase pré-processual. Dessa forma, tanto durante a ouvida policial, quanto nos outros momentos da investigação, não deve a autoridade policial usar de ironia, pressões para confissão ou presunções. A tarefa do inquérito, repita-se, deve ser a de investigar com neutralidade para apurar (ou rechaçar) as acusações.

A ausência de regulamentação legal sobre o tema não passou desapercebida ao PL 156/2009 (Senado Federal) que previu, em seu artigo 19, “isenção e independência” como características de condução do inquérito pelo delegado de polícia. Outra solução não poderia ser adotada: se o caderno inquisitivo influenciará na futura ação penal, as provas nele encartadas serão usadas pelo juiz, pelo promotor, mas também pelo acusado. Mas não apenas: é essencial que haja a tipificação da conduta do agente público que, conhecendo de prova favorável, não a leve dolosamente aos autos, direcionando a investigação contra o investigado.

A recente lei de abuso de autoridade (13.869/19) previu, no parágrafo único do artigo 23, a conduta de “omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da

representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Públíco”, registrando, assim, o controle da legalidade do ato. Aliás, além de disciplinar outros direitos já conferidos pelo Estatuto da OAB (como a participação do defensor em todas as fases procedimentais e o acesso ao material já produzido na investigação), o PL também acerta ao definir, em seu artigo 9º, desde quando se inicia a condição de investigado, e já traz, em seu artigo 12, o direito de ser ouvido pela autoridade competente antes de ser concluída a investigação criminal.

⁵⁷ ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 199.

investigação, da diligência ou do processo”, cominando-lhe pena de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Agiu acertadamente, para exigir ainda que de forma indireta, uma maior neutralidade da fase inquisitiva.

Assim, mesmo sendo difícil assegurar a isenção e neutralidade do delegado de polícia (dificuldade verificada até mesmo com relação aos magistrados), uma das formas de buscá-las é dar importância à colheita de provas defensivas e à palavra do investigado, exigindo fundamentação da autoridade quando indeferir a produção de prova defensiva e punindo a omissão de informações ou divulgação parcial de dados que desviam o curso da investigação em detrimento do acusado (como tipificado na nova lei de abuso de autoridade).

Outra mudança de necessária urgência para o inquérito é *uma maior preocupação com a mitigação do sigilo constitucional (evitar a banalização das quebras)*. Essa preocupação deve partir, essencialmente, dos magistrados. A reserva jurisdicional para a decretação dessas medidas já antevê a parcimônia na sua aplicação, e os limites ao abuso encontram-se descritos na própria lei que autoriza a medida constritiva, como exemplo dos requisitos elencados nos artigos 312 a 315 do CPP (para decretação de prisão) e artigos 2º a 5º da lei de 9.296/96 (para decretação das interceptação telefônica), dentre tantos outros. Faz-se necessário que a decisão que quebra a garantia constitucional refira-se concretamente a todos os dispositivos legais que regulam a constrição, inclusive aquelas que vedam a sua aplicação, demonstrando o magistrado o porquê de não serem essas normas proibitivas as aplicáveis ao caso. No direito brasileiro, não apenas as autoridades policiais, mas uma série de outros autores dispõem de poderes investigatórios que atingem os âmbitos protegidos por direitos humanos-fundamentais. Assim, outras instâncias estatais, como a Receita Federal (RFB), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central (BACEN) também possuem poderes de reunir elementos para a futura ação penal. Essa expansão investigatória trata-se, nesse entender, de “importante elemento objetivo na evidência da desigualdade de armas de que dispõe o indivíduo na sua relação com o poder penal”⁵⁸ e deve

⁵⁸ CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito

ser cuidadosamente regulada pela lei e pela jurisprudência, pra que não importe em constantes violações à CF/88⁵⁹.

4.3 NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Por fim, ainda dentro do fomento à participação defensiva na fase inicial da persecução penal, *tem-se a possibilidade de investigação defensiva*, já prevista no PL n. 156/2009 (Senado Federal), e do *contraditório no inquérito*, já previsto na CF/88 (artigo 5º, LV).

Considerando a evolução técnica das investigações, não é mais tempo de restringir-se a investigação defensiva permitindo apenas as ações de inteligência dos órgãos estatais e negando-se as diligências requeridas pela defesa⁶⁰.

humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: v.25, n.127, p.167-198, jan.2017, p.169.

⁵⁹ O STF, no RE 1.055.941/SP (julgado em 28 de novembro de 2019) firmou entendimento pela possibilidade de compartilhamento de informações sigilosas do contribuinte, incluindo extratos bancários e declaração de imposto de renda, entre a Receita Federal e o MPF. O mesmo raciocínio se aplica ao antigo COAF (atual Unidade de Inteligência Financeira – UIF) no compartilhamento de dados sem necessidade de prévia autorização judicial.

⁶⁰ Conforme pontua Leonardo Palazzi (PALAZZI, Leonardo. A importância da investigação defensiva para o direito de defesa nos delitos empresariais. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.367). No mesmo sentido, PÁDUA aduz que “(...) o advogado não conta com prerrogativas instrutórias. Se desejar avaliar a viabilidade da apresentação de uma determinada prova, ou se quiser ter acesso a alguma informação ou documento que possa influir na sua tese processual, precisará, como já visto, requerer ao julgador que oficie ao órgão que os detenha, para que os forneça diretamente ao juízo; isso se o órgão deferir o requerimento. [...] E mesmo que se afirme, segundo uma já criticada “concepção publicista do processo” que as provas são “do processo” e não “das partes”, é preciso ainda convir que, se uma parte (acusadora) tem uma prerrogativa, a outra (defensora), por isonomia, também deve tê-la – sob pena de vulnerar-se, de resto, o próprio contraditório. Aproveitando, pois, a onda de reformas processuais penais, talvez seja o caso de inserir uma disposição que garanta ao advogado, quando constituído para atuar em processo penal, a prerrogativa de requisitar documentos e informações de entidade privada ou pública. (PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.196, p.13, mar. 2009.)

Na Itália, a previsão do artigo 111 da Constituição (inserido pela Lei Constitucional n. 02/1999) representou um importante avanço aos poderes investigatórios defensivos, ao assegurar a igualdade entre as partes, disciplinando o tempo e as condições para que o acusado apresente sua defesa. A partir de então, foi regulada a investigação pela defesa⁶¹, prevendo a possibilidade de o defensor realizar atividades investigatórias para descobrir elementos de provas favoráveis ao investigado. Tornou-se cabível, assim, (I) a conversa informal e/ou o pedido de declaração escrita de testemunhas, que podem ser registradas documentalmente, (II) a requisição de documentos a órgãos da Administração Pública, e (III) o acesso a locais para verificar o estado do lugar ou de coisas.

Conforme explica Eduardo Corrêa, as reformas italianas que representaram a constitucionalização da ideia de *giusto processo* e sua regulamentação legislativa de *investigazioni difensive* são exemplos de uma guinada da tradição inquisitorial (do fascista Código Rocco) para um modelo adversarial do processo penal. O disciplinamento da investigação defensiva após a reforma do artigo 111 da Constituição italiana pretendeu diminuir o desequilíbrio entre o Estado-acusador e o imputado para uma maior paridade de armas⁶². De fato, a abolição do juiz instrutor e a atribuição às partes do poder de buscar elementos probatórios deram novo lastro ao contraditório no sistema italiano. Já explicava Ferrajoli, para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é preciso que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e mesmos poderes da acusação; e que seu papel contraditor seja admitido em todo o Estado e grau de procedimento⁶³.

Nesse sentido, a investigação defensiva exalta a importância de o investigado não apenas conhecer a investigação, mas desenvolver seu lado ativo, ou seja, levar elementos ao conhecimento das autoridades de forma a interferir positivamente na apuração.

⁶¹ Leis n. 479/1999 e n.397/2000.

⁶² CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: v.25, n.127, p.167-198, jan.2017, p. 190.

⁶³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2^a ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Em outras palavras, não pode haver paridade nessa fase inicial sem que o investigado possa agir de forma ativa⁶⁴; e não pode haver paridade na fase seguinte (judicial) se houve, na primeira fase (a qual exerce inegável influência no deslinde futuro do feito) desequilíbrio absoluto na produção de provas.

É de se defender, ainda dentro do tema investigação defensiva, o poder de requisição para a defesa. O raciocínio é bem simples e baseia-se na paridade de armas: se o acusador tem uma prerrogativa, a parte defensora, por isonomia, também deve tê-la, o que enseja uma regulamentação a garantir ao advogado constituído a prerrogativa de requisitar documentos e informações de entidade privada ou pública⁶⁵. O Defensor Público da União, a teor do artigo 128, X da LC n. 80/1994, já tem como prerrogativa “requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”. Diante desse importante direito, duas conclusões se extraem: (I) a Defensoria Pública pode, da mesma forma que o Ministério Público, interceder nos inquéritos de maneira a requisitar (e não requerer, como dispõe o artigo 14 do CPP para os advogados) diligências investigatórias no exercício do direito de defesa do indiciado assistido; e (II) não há porque a defesa constituída não gozar da mesma prerrogativa do defensor público, se ambos estão exercendo funções idênticas na investigação prévia e no processo penal.

Ante o exposto, as soluções aqui apontadas para a desigualdade da fase inquisitorial na produção probatória, evitando que ela contamine a futura ação penal aumentando o desequilíbrio ali já existente, são:

(I) Admitir a investigação defensiva e sua atuação como parte ativa no inquérito. A defesa do investigado deve gozar de diversas outras

⁶⁴ “Não houvesse o lado que aqui se denomina *ativo* no que tange ao conteúdo da investigação, não se poderia falar em noção igualitária – apresentação da causa com vistas a evitar a desvantagem vis-à-vis o oponente – aplicável nessa fase”. (VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta jurídica, 2014, p. 257).

⁶⁵ PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.196, p. 13, mar. 2009.

prerrogativas, como acessar a integralidade dos autos, ter a oportunidade de acompanhar as ouvidas e a produção probatória do IPL e ser notificada acerca de todos os atos já findos do inquérito e provas encartadas, para que consiga viabilizar, a tempo, seus requerimentos de contraprovas, podendo assim exercer papel mais ativo na investigação.

(II) Regulamentar o poder requisitório para que o advogado habilitado possa requisitar, em nome daquela atuação investigativa, documentos e informações de entidade privada ou pública, os quais não estejam sujeitos a sigilo constitucional.

Por fim, registre-se apenas que o mesmo raciocínio aqui desenvolvido para o inquérito policial deve ser aplicado aos procedimentos investigatórios criminais de competência e presidência do Ministério Público.

4.4 O AVANÇO DO CONTROLE DE LEGALIDADE DO INQUÉRITO E PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário

Segundo a lei 13.964/19, uma das formas de garantia dessa imparcialidade do juiz que julgará a causa é a separação da função de análise do inquérito (quando houver necessidade de adoção de decisão de reserva jurisdicional) e da análise da ação penal. A medida veio em bom tempo, quando os últimos anos demonstram o superdimensionamento da fase inquisitiva.

Um ponto interessante da lei é que as provas produzidas no inquérito, com exceção das irrepetíveis, serão acauteladas na secretaria judiciária ao invés de serem acostadas aos autos da ação penal, tudo para que o juiz da causa não se contamine com o material produzido no inquérito à revelia do contraditório. Tal medida coloca o inquérito em seu devido lugar: como mera peça informativa a firmar o convencimento para a denúncia, e não para o resultado da ação penal, como vem ocorrendo.

Objeto de intensa discussão na comunidade jurídica após a edição da lei 13.964/19, os dispositivos que preveem o juiz de garantias foram

suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, por tempo indeterminado⁶⁶, para análise da viabilidade de sua implantação. Espera-se que os próximos meses representem a concretização do instituto no Brasil, e sua aplicação traga luzes ao equilíbrio entre acusação e defesa na ação penal, aclarando nos anos vindouros algumas das vicissitudes relatadas nesse trabalho e consolidando o sistema acusatório no Brasil.

CONCLUSÕES

Os elementos probatórios produzidos na fase do inquérito penal mostram-se significativos ao deslinde da futura ação penal. O superdimensionamento da fase pré-processual influencia no desequilíbrio de forças entre a acusação e defesa no processo penal e a ausência de uma delimitação temporal para a fase investigatória, junto à ausência de regulamentação da atuação defensiva, aumentam essa distorção.

Assim, para adequar o inquérito à realidade constitucional de 1988 e diminuir as distorções causadas pelo modelo atual de aplicação do inquérito em contraposição com a fase processual, tem-se, como soluções à problemática apresentada:

- A necessidade de estipular, pela legislação, um prazo máximo de duração para todos os inquéritos, inclusive em caso de investigado solto, com possibilidade de renovação (justificando-se a necessidade da medida) uma única vez pelo Ministério Público e uma única vez pelo juiz de garantias, em casos excepcionais e de patente complexidade. Tal prazo, se inadimplido, deve importar em sanções administrativa e judicial (como o arquivamento) a evitar sua relativização e sucessivas renovações (como o é na legislação vigente).

⁶⁶ Inicialmente, em 15 de janeiro de 2020, os artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F foram suspensos por 180 dias por decisão do Min. Dias Toffoli nas ADIs 6298, 6299 e 6300. Dias depois, em decisão liminar da lavra do Min Luiz Fux, foi revogada a decisão anterior e suspendeu-se, desta vez por tempo indeterminado, os dispositivos dos artigos 3º-A a 3º-F, dentre outros da mesma lei 13.964/19, tidos na decisão por inconstitucionais. O tema ainda será levado ao plenário da corte, quando se terá o posicionamento colegiado a substituir a decisão monocrática do Ministro Fux.

O prazo de seis meses mostra-se razoável e deve ser iniciado assim que se identificar alguém como investigado, ainda que ele não tenha ciência da investigação ou não tenha sido formalmente indiciado ou chamado a depor. Em casos de investigado preso no decorrer da investigação, ela deve ser concluída em até no máximo 30 dias.

- Em caso de inquéritos com sucessivas renovações, o tempo decorrido nessa fase pré-processual deve ser usado como parâmetro para o tempo da fase judicial. Deve ser apurada a responsabilidade do agente público que excedeu, sem justificativa, os limites fixados na lei.
- Deve-se buscar a conscientização dos operadores do direito, especialmente do delegado e do magistrado, no sentido de fazer cumprir a legislação em vigor e a súmula vinculante 14/STF, aplicando-se sanções administrativas ao agente público que negar acesso ao advogado habilitado dos autos de inquérito ou judicial, ou fornecer-lhe cópias parciais as quais não contenham todas as provas e elementos já colhidos (e não em andamento) até aquele momento.
- O investigado, tão logo se colham elementos indiciários de sua autoria e mesmo sem o indiciamento formal, deve ser notificado pela autoridade policial para habilitar advogado nos autos para acompanhar as provas e depoimentos, estimulando-se a sua participação na apuração. Da mesma forma, deve ser priorizada a ouvida do investigado.
- Devem ser aplicadas medidas sancionatórias para o descumprimento do direito de defesa, estipulando-se a anulação de todos os atos realizados sem a presença do defensor, quando era possível a realização da prova com tal acompanhamento.
- Deve-se buscar a neutralidade por parte do delegado na fase inquisitorial e fomentar uma maior preocupação com a mitigação do sigilo constitucional, para evitar a banalização das quebras de privacidade.
- Deve-se admitir a investigação defensiva e a atuação da defesa como parte ativa no inquérito, respeitando-se prerrogativas do advogado e garantindo-lhe o acesso e conhecimento

de todas as provas já colhidas, como forma de viabilizar seus requerimentos de contraprovas. Nesse sentido, deve-se começar regulamentando o poder requisitório para que o advogado habilitado possa obter, em nome daquela atuação investigativa, documentos e informações de entidade privada ou pública, os quais não estejam sujeitos a sigilo constitucional.

As ideias acima indicadas, se aplicadas, representariam um início, ao menos, da efetivação da busca pelo equilíbrio entre as partes no processo penal e da tentativa de diminuição das distorções ainda vigentes na fase inquisitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 305, p. 7, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CASTAÑEDA PAZ, Marcelo C. La igualdad de armas: de la teoria a la realidad. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, p. 571-584, 2001.
- CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, 2017.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecedem a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 171-178, 1997.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *Linguagem, prova e verdade no processo penal: uma nova visão humana*. São Paulo: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YAR-SHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Rd, 2005. p. 319-330.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004.

LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [jurisprudência comentada]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 378-396, 2003.

LOPES JR., Aury. Prazo razoável e (de)mora jurisdicional no processo penal. In: ZANELATTO, Vilvana Damiani (org.). *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINHO, Renato Silvestre. Presença do defensor na investigação preliminar: incrementando o caráter democrático da persecução penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 429-444.

MENDES, Paulo de Souza. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; LAVACA, Thaís Aroca Datcho. A garantia da razoável duração do processo penal e a contribuição do STJ para sua efetividade. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 407-421.

NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. São Paulo: RT, 2014.

PALAZZI, Leonardo. A importância da investigação defensiva para o direito de defesa nos delitos empresariais. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 355-370.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.196, mar., 2009. p.13.

PASTOR, Daniel R. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.13, n.52, p.203-249, jan.-fev., 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SAAD, Marta. Exercício de direito de defesa no inquérito policial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n.166, p. 6, set. 2006.

SAAD, Marta. Duas formas de ciência da acusação, premissa para pleno exercício do direito de defesa: acusação formal, certa e definida e acesso aos autos do inquérito policial. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIASNETO, Theodomiro. (Org.). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249-284.

SANTOS, Cláudia Cruz. Prazos de duração máxima do inquérito: as consequências para sua violação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.1-4, ano 26, p. 549-583, jan-dez de 2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. O Controlo judicial da violação dos prazos de duração máxima do inquérito. *Julgat*, Lisboa, n. 32, p. 233-254, maio-ago., 2017.

SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. 4. ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1978.

STIVALETTI, Marcel Nicolau; MACEDO, Wagner Lucas Rodrigues de. Regulamentação da investigação defensiva pela OAB é muito bem-vinda. disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/opiniao-regulamentacao-investigacao-defensiva-bem-vinda?imprimir=1>>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta jurídica, 2014.

ZACLIS, Daniel. A investigação preliminar neutra. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 199-212.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Algumas ideias do artigo são derivadas de conclusões obtidas em tese de doutoramento apresentada pela autora no curso de doutorado em processo penal na PUC/SP no ano de 2017, mas preenchem os requisitos do ineditismo e originalidade, uma vez que não houve publicação da tese em nenhum veículo, salvo a necessária publicação da tese na biblioteca da Universidade, como exigência para a defesa.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 19/01/2020
 - Controle preliminar e verificação de plágio: 20/01/2020
 - Avaliação 1: 23/01/2020
 - Avaliação 2: 29/01/2020
 - Decisão editorial preliminar: 22/03/2020
 - Deslocamento para V6N2 e troca seção: 22/03/2020
 - Retorno rodada de correções: 23/04/2020
 - Decisão editorial final: 02/05/2020
-

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AMORIM, Maria Carolina M. O Inquérito Penal: vicissitudes e mudanças necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 913-950, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.335>



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional.