

O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL NA PERSPECTIVA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

THE CONTRADICTION AND THE BROAD DEFENSE IN THE POLICE INVESTIGATION FROM THE PERSPECTIVE OF DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION

Alexandre Cesar dos Santos¹

Resumo: O estudo aborda o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial pela perspectiva da investigação criminal defensiva como direito fundamental à prova. O objetivo é discutir se é possível o contraditório e a ampla defesa na fase preliminar da persecução penal, com a finalidade de garantir a paridade de armas entre as partes, na perspectiva da investigação criminal defensiva. A metodologia da pesquisa é a bibliográfica e a documental que se debruçam acerca do tema. A pesquisa se sustenta em autores renomados e consagrados com suas propostas teóricas favoráveis e contrárias. Ao final, o artigo apresenta a investigação criminal defensiva como uma ferramenta à disposição da defesa técnica para o exercício do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial para a produção da prova em paridade de armas.

Palavras-chaves: Investigação criminal. Direito fundamental. Inquérito policial. Contraditório. Ampla defesa.

Abstract: The study addresses the contradictory and the broad defense in the police investigation from the perspective of defensive criminal investigation as a fundamental right to evidence. The objective is to discuss whether contradictory and ample defense is possible in the preliminary phase of criminal prosecution, in order to guarantee parity of weapons, through the bias of defensive criminal investigation. The research methodology is bibliographic and documental that focus on the topic. The research is based on renowned and consecrated authors with their favorable and contrary theoretical proposals. In the end, it presents the defensive criminal investigation as a tool available to the technical defense for the exercise of contradictory and ample defense in the police investigation for the production of evidence in parity of arms.

Keywords: Criminal investigation. Fundamental right. Police investigation. Contradictory. Broad defense.

¹Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp - LFG. Pós- graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP.

*O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO
INQUÉRITO POLICIAL NA PERSPECTIVA DA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA*

Alexandre Cesar dos Santos

Recebido em: 12/05/2023
Aceito para publicação em: 27/07/2023

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal defensiva é um tema atual que está despertando interesse nas Ciências Criminais, quanto aos direitos fundamentais, uma vez que provoca a discussão se o imputado, por meio da defesa técnica, durante a fase do inquérito policial, pode exercer o contraditório e a ampla defesa como direito fundamental à defesa técnica com a finalidade de buscar diretamente elementos informativos e probatórios que lhe sejam favoráveis.

É a partir desta premissa que se dá a relevância e a justificativa para desenvolver a pesquisa acerca do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa da persecução penal. Além desse aspecto geral, tem-se a publicação pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 14, a qual é resultado de julgamentos que proporcionam à defesa técnica do imputado amplo acesso aos elementos informativos documentados nos autos do inquérito policial, para que possa exercer, em tese, o contraditório e a ampla defesa.

Diante disso, a investigação criminal defensiva, no inquérito policial, vem ganhando espaço e debates na doutrina e na jurisprudência brasileira, para um novo sistema acusatório, com a finalidade de construir uma persecução penal justa e equilibrada para a busca da verdade fática penal em paridade de armas.

Por outro lado, a investigação criminal defensiva apresenta limitações e contrapontos para sua efetivação, por ser de caráter privado. Neste cenário, o alto custo financeiro, a desconfiança do valor probatório e a falta de aparelhamento da Defensoria Pública são alguns argumentos contrários que limitam a eficiência da investigação criminal defensiva.

Para alcançar esse resultado, a pesquisa desenvolve-se pela metodologia bibliográfica e documental, com reflexões de vários autores com suas propostas teóricas contrárias e favoráveis ao contraditório e a ampla defesa no inquérito policial. Diante dessa realidade, o objetivo do artigo, ao final, é verificar se é possível

ou não o imputado, através da defesa técnica, realizar a investigação criminal defensiva no curso do inquérito policial.

Firmadas essas premissas, a hipótese básica do presente estudo assenta-se na ideia de que o imputado pode exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa no âmbito do inquérito policial, enquanto direito fundamental de se defender provando, o qual se materializa na investigação criminal defensiva.

Por ser tema fértil para o debate, o estudo aborda o direito de defesa no inquérito policial, como uma garantia fundamental durante a persecução penal para o equilíbrio em paridade de armas entre os órgãos oficiais de persecução penal e a defesa técnica. Para tal desiderato, faz necessário um estudo do art. 5º, LV, da Constituição Federal, a partir da doutrina e da jurisprudência para saber o alcance do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

Por fim, com esses sucedâneos para o desenvolvimento do estudo, busca-se a construção teórica na tutela ao exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa no inquérito policial.

2 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA: UMA LEITURA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A dogmática jurídica é dialética e está sempre em evolução paradigmática de interpretação. Assim, é necessária uma releitura na interpretação do texto constitucional à luz da nova hermenêutica para superar a doutrina processual penal tradicional, a qual sustenta que o imputado não tem as garantias constitucionais do contraditório e de ampla defesa no âmbito do inquérito policial.

De fato, no que concerne à interpretação dos textos jurídicos, Barroso (2008, p. 3) sustenta que “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolvem os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. É de se ver que a interpretação dos textos jurídicos não são verdades universais imutáveis no tempo,

conforme as palavras do jurista: "a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais" (BARROSO, 2008, p. 3).

Assentadas essas premissas, pode-se apartar, de outra vertente, que a hermenêutica jurídica superou a ideia de que a norma jurídica possa sempre ter um sentido unívoco de objetividade de interpretação. Isso decorre de o Direito ser uma invenção humana e estar sempre inserido em um contexto histórico e cultural. Em virtude disso, as garantias do contraditório e da ampla defesa, dentro da prática processual penal, ganharam *status* de garantias fundamentais diante dos valores liberdade e dignidade humana.

Nessa linha de raciocínio, José Afonso da Silva (2001, p. 411) valendo-se da lição clássica de Ruy de Barbosa, aborda a distinção entre direitos e garantias dos direitos: "o direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens". Desse modo, Silva (2001, p. 412) destaca que os direitos fundamentais se expressam em disposições declaratórias, as quais imprimem a existência aos direitos na existência da norma legal, enquanto as garantias fundamentais são disposições assecuratórias em defesa dos direitos, que, em tese, limitam o poder.

Note-se que é relevante trazer o pensamento de Konrad Hesse (1991, p. 10) sobre o aspecto da realidade para a efetivação e a concretização dos direitos fundamentais:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.

Ainda cabe destacar que, segundo o autor alemão, os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma devem ser atribuídos nos sentidos que não lhes retirem ou diminuam o sentido da norma:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 9).

No mesmo sentido, Canotilho (1993, p. 227) sustenta que é necessária a máxima efetividade das normas constitucionais e “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Neste contexto, é relevante frisar que a interpretação da norma jurídica deve estar conectada com a realidade de seu tempo para a ótima concretização, com a finalidade de dar maior eficácia, especialmente quando tem um conteúdo de direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão, faz-se mister estudar sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, as quais são extraídos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Propõe-se nesse sentido, que a norma constitucional deve ser interpretada para atingir uma maior eficácia, especialmente, quando ela for instituidora de direitos e garantias fundamentais.

Sob essa perspectiva, não restam dúvidas quanto à necessidade do contraditório e da ampla defesa na fase processual. Entretanto, resta saber se é ou não viável a utilização do contraditório e da ampla defesa na fase preparatória da ação penal. Daí a hipótese básica deste estudo, o qual gravita em torno na ideia de que o indiciado pode exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, enquanto direito fundamental de se defender provando, o qual se materializa na investigação criminal defensiva.

Choukr (1995, p. 95) agrega as bases do contraditório com o binômio: ciência e participação, o que tem íntima vinculação com a questão das validades das

provas, que, por sua vez, traz consigo o juiz natural. Isso significa dizer que o contraditório indica uma garantia fundamental de justiça organizada: “princípio da audiência bilateral encontrada na expressão do brocardo romano *audiatur et altera pars*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 76). No mesmo sentido, Nery Júnior (2000, p. 131-132) pontifica que “por contraditório, deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento às partes, e de outro, a possibilidade de as parte reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”. Deitadas essas balizas, pode-se dizer que é o princípio do contraditório que vai garantir ao imputado uma justiça em paridade de armas no debate das provas produzidas no bojo da persecução penal.

Por seu turno, a garantia da ampla defesa significa que a defesa, no curso da persecução penal, pode ser realizada sem nenhum tipo de embaraço, de modo que o imputado se defenda das imputações por qualquer meio que não seja ilícito, nem que configure abuso de direito. Neste enquadramento, a ampla defesa gravita durante toda a persecução penal para possibilitar a eficiência da defesa com soluções técnicas em termos processuais, como elucida Machado (2009, p. 143):

A defesa na sua acepção ampla compreende o direito ao devido processo legal; o direito a um defensor técnico; a possibilidade de utilizar todos os meios lícitos de provas; o direito à notificação para todos os atos processuais; o direito de produzir alegações nos autos; o direito aos recursos previstos em lei; o direito de autodefesa; e por fim, o direito de não ser processado indevidamente, ou seja, de não ser acusado sem justa causa.

Por sua vez, Filho Grego (1989, p. 128) demonstra outro requisito essencial à ampla defesa que é a apresentação clara e completa da descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias para a imputação. Para a melhor compreensão da distinção entre o contraditório e a ampla defesa, Carlos Frederico Coelho Nogueira (2002, p. 134) argumenta:

Não podemos confundir contraditório com ampla defesa. O princípio-garantia do contraditório protege os direitos de ambas as partes em litígio, numa relação processual, judicial ou administrativa. Por isso mesmo, o texto constitucional se refere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo. Já a ampla defesa agasalha os direitos dos acusados em geral, e a locução em geral significa que não apenas aqueles contra quem sofre uma acusação penal possuem tal direito: também aqueles contra quem se dirige uma acusação civil, ou administrativa, ou tributária, ou de outros matizes.

Sob outro prisma, Didier Júnior (2017, p. 92) entende que a dimensão substancial do princípio do contraditório fundiu-se com o princípio da ampla defesa, formando uma amálgama de um único direito fundamental. Ele explica que “o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão”.

Daí pode se sustentar que o núcleo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa é extraído do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, haja vista que a persecução penal é estruturada no devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional e administrativo. Com efeito, Alencar (2016, p. 282) explica que “os direitos fundamentais processuais penais referem-se às partes no processo, notadamente aos imputados em geral, em toda a persecução penal (inclusive no curso de investigação preliminar)”.

Neste diapasão, o direito de defesa é cláusula pétrea que abrange a defesa técnica durante todo o processo e a autodefesa. A defesa técnica deve ser plena, necessária, e efetiva, ademais, garante ao acusado escolher o defensor de sua confiança, conforme o art. 261 do Código de Processo Penal: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (BRASIL, 1941).

A garantia da autodefesa é aquela exercida pelo próprio imputado, que pode renunciar a ela. Tal direito pode se manifestar das seguintes formas: direito de postular pessoalmente, direito de presença e direito de audiência. O direito postular pessoalmente, pode o imputado interpor recurso, impetrar *habeas corpus* etc; já o direito de presença diz respeito ao ato de acompanhar os atos de instrução, para que

possa assegurar ao imputado a oportunidade de auxiliar o advogado na defesa técnica (FERNANDES, 2005b, p. 284).

Sendo assim, o imputado tem a garantia de seu direito de defesa desde a fase da investigação preliminar, enquanto tutela jurídica da liberdade. A propósito, o saudoso Pitombo (2003, p. 3) escreveu sobre o tema:

O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.

É por essa razão que a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura o contraditório postergado na fase do inquérito policial:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2009)

Com esse entendimento da Suprema Corte, está superada a discussão do acesso aos autos do inquérito policial pelo advogado do indiciado, uma vez que vem garantindo a defesa técnica o acesso dos elementos de provas colhidas que estão documentadas no caderno investigativo para a defesa técnica do imputado estabelecer as estratégias de defesa:

Ementa: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 14. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DA AUTORIDADE RECLAMADA DEFERINDO ACESSO AOS DOCUMENTOS PRETENDIDOS. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO DA AÇÃO PENAL ATÉ QUE AS DILIGÊNCIAS DETERMINADAS SEJAM EFETIVAMENTE CUMPRIDAS. QUESTÃO QUE REFOGE AOS LIMITES DA RECLAMAÇÃO. NÃO EVIDENCIADA A PRÁTICA DE ATOS VIOLADORES AO ENUNCIADO SUMULAR VINCULANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O enunciado sumular vinculante 14 foi firmado para

assegurar ao defensor legalmente constituído “o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial (Supremo Tribunal Federal, 2014).

Portanto, o inquérito policial não pode ser mais tratado como “uma mera peça informativa”, sem valor probatório, como sustenta a doutrina Processual penal tradicional: José Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Capez, Paulo Rangel, por exemplo. De outra vertente, está a investigação criminal defensiva, que tem por objetivo o contraditório proativo na prospecção da prova diretamente pela defesa técnica, a qual vai garantir a indispensável paridade de armas na persecução penal para evitar ações penais infundadas, conforme pensamento de Roberto (2011, p. 71):

(...) o contraditório em seu caráter metodológico objetivo na formação da prova passa a ser um princípio fundamental que, embora não assuma caráter absoluto, comportando algumas exceções devidamente calibradas dentro da razoabilidade, principalmente para garantia do sucesso do próprio fim do processo, deve ser considerado como corolário do justo processo penal.

Com entendimento semelhante, Lopes Júnior (2001, p. 33) esclarecer que na fase pré-processual, em regra, desenvolvida pela polícia judiciária, cujo objetivo é verificar, através de um juízo de probabilidade, se há elementos probatórios mínimos a garantir que não seja leviana a instauração de processo criminal. A propósito, a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista do imputado, dentre eles evitar as acusações e os processos criminais infundados.

Nessa linha de raciocínio, Choukr (1995, p. 129) aborda o tema direito de defesa na fase investigativa na perspectiva da liberdade e da dignidade humana:

A defesa, adequadamente assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à

liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão, mas, sobretudo, com a dignidade humana.

Pelo que se infere da argumentação, o inquérito policial não é absolutamente inquisitivo. De fato, é relevante frisar que a investigação criminal patrocinada pelos órgãos de persecução penal deve observar que o sigilo é para as diligências futuras, o que não proíbe de o defensor do imputado ter acesso às provas colhidas que estejam já documentadas no inquérito policial.

Apontadas essas nuances, pode-se dizer que o direito à defesa está inserido na categoria de direito fundamental, o qual decorre da dignidade da pessoa humana. Por esse prisma, a dignidade humana está no centro do sistema jurídico como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em que gravitam os princípios norteadores dos direitos fundamentais, como expõe Lins Júnior (2012, p. 123):

Mais do que categoria axiológica, a dignidade da pessoa humana foi elevada à dimensão jurídico-constitucional. É um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III). O Estado deve estar a serviço do homem, não o contrário. Nessa perspectiva, o princípio da dignidade ocupa a centralidade do sistema jurídico, devendo ser efetivado pelo Estado.

Ainda é relevante frisar o aspecto da dignidade da pessoa humana, como um princípio basilar que serve de base para a interpretação de toda a ordem jurídica, enquanto categoria dos direitos fundamentais, como enfatiza Lima (2012, p. 33):

Diante de sua densidade, o princípio da dignidade humana matiza-se em razão das características e do âmbito onde será aplicado, sempre irradiando efeitos obrigatórios. É que ele e os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional servem de base para a interpretação de toda ordem jurídica; de postulados-guias para nortear a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critérios para apreciar a legitimidade das múltiplas manifestações do sistema de legalidade.

Volvendo para as garantias do imputado, a atuação da Polícia Judiciária deve pautar-se pela legalidade e ser comprometida na busca da verdade real material, sempre angariando elementos informativos e probatórios necessários para lastrar a futura ação penal. Isto faz com que as regras processuais da investigação criminal devam ser interpretadas à luz da Constituição Federal.

De fato, por exemplo, o imputado, ao ser ouvido, em sede de inquérito policial, na lavratura do auto de prisão em flagrante, tem direito ao silêncio, a garantia da não incriminação, extraída art. 5º, LIII, da Constituição Federal, o qual decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o que possibilita ao imputado o direito de autodefesa, o qual brota da ampla defesa.

Portanto, a afirmação de que é possível o exercício ao direito de defesa na fase do inquérito policial, materializados pelo contraditório e pela ampla defesa, se alinha com os postulados principiológicos da Constituição Federal.

3 O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO FASE DA PERSECUÇÃO PENAL

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível, inalienável, inviolável e inderrogável para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados dos direitos fundamentais (LOPES JÚNIOR, 2004, p. 240). Entretanto, não há direito fundamental absoluto assegurado pela Constituição Federal, uma vez que há outros direitos envolvidos na investigação criminal, tais como interesse público na busca da verdade real material e da não impunidade.

Tucci (1993, p. 23), em trabalho que se insere nos direitos e garantias individuais na persecução penal, explicita que “a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”. Com se depreende, o processualista tem a

concepção que aproxima o direito de defesa como um instrumento de preservação da liberdade jurídica do imputado, desde a fase do inquérito policial, com a finalidade de evitar abusos na persecução penal.

Sob perspectiva semelhante, Grinover (1988, p. 82) entende que, com a Constituição de 1988, sobreveio “o coroamento do caminho evolutivo da interpretação do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV”. Nessa linha de pensamento, ela ainda acrescenta que as garantias do contraditório e da ampla defesa deve haver em qualquer processo em que haja acusação em geral:

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente com tais, passa o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações e geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes (GRINOVER, 1988, p. 82).

Na lição de Cretella Júnior (1992, p. 534) ao se referir à defesa do inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, pontifica: “é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial”. Dessa maneira, se partir da premissa que o inquérito policial é um procedimento que possui natureza administrativa, processo não-penal, resta garantido o direito de defesa do imputado que deverá ser resguardo e assegurado, como uma garantia dos direitos fundamentais, enquanto uma fase da persecução penal.

Com pensamento equivalente, Saad (2004, p. 223) sustenta o imputado pode exercer o direito de defesa na fase do inquérito policial com oposição ou resistência à imputação:

Há de se garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa, no sentido de resistência, oposição de forças, possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de

advogado, com a possibilidade de manter-se silente, e a admissibilidade de produção de provas por ele requeridas, indispensável à demonstração de sua inocência ou de sua culpabilidade diminuída.

Como se vê, as garantias fundamentais ao contraditório e ao direito de defesa no âmbito do inquérito são possíveis, uma vez que consistem na possibilidade de se contrapor à imputação para a tutela da liberdade. Sob esse prisma, entende Lopes Júnior (2001, p. 283-284) que: “é inegável que o indiciamento representa uma acusação e sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada”. Desse modo, o autor sustenta que, “trata-se de uma ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 285), o art. 5º, LV, da Constituição Federal, por isso não pode ser objeto de interpretação restritiva, uma vez que a nova ordem constitucional é possível admitir o contraditório e a ampla defesa, ainda que com um alcance limitado que atenda às peculiaridades da investigação preliminar.

Sob o prisma do princípio da paridade de armas na persecução penal, igualdade entre partes, Ferrajoli (2006, p. 565) compreende que o direito de defesa comporta das mesmas capacidades de poderes com os da acusação:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Sob esse prisma, está fizado o pressuposto para a necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa na fase do inquérito policial. Neste contexto, voltando-se para a investigação criminal defensiva, a defesa técnica não pode ser uma figura inerte na persecução penal, uma vez que ela pode além de buscar fontes de provas em favor do investigado, é preciso para equilibrar o viés

acusatório para garantir a paridade de armas. Em certa medida, a investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado, já que ele não pode ser um mero espectador da investigação criminal.

Sobre o ponto, Roberto (2011, p. 134) se posiciona que o direito de defesa na fase investigativa, em paridade de armas, é uma questão constitucional de justiça paritária. Por essa razão, a defesa de forma proativa no curso da persecução penal “deixa para o passado o papel de ‘convidado de pedra’, que era relegado ao defensor”. Por isso, é plausível concluir que o exercício do direito de defesa na persecução penal deve ser iniciado no inquérito policial, uma vez que a defesa técnica é pra ser eficaz, tempestiva, contínua e unitária (SAAD, 2004, p. 224).

Dessa maneira, garantir ao advogado de defesa o contraditório e a ampla defesa para requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para um debate sobre a prova pericial, é hoje papel necessário e indispensável à nova ciência criminal que se abre para o futuro. Portanto, um novo comportamento proativo do advogado de defesa, desde a fase investigativa, é imprescindível para a paridade de armas, com viés na investigação criminal defensiva, uma vez que se concretiza o contraditório proativo na prospecção da prova, ainda que indiciária.

Volvendo para os limites dos direitos fundamentais, é pacífico o entendimento de que, em princípio, não há direitos fundamentais absolutos, no sentido de total imunidade a qualquer espécie de restrição. Segundo Sarlet (2004, p. 118-119) isso decorre da doutrina alemã denominada “limites dos limites” cujo objetivo é de coibir eventual abuso dos direitos fundamentais a ponto de esvaziá-los ou até mesmo aniquilá-los. Por outro lado, os tipos de limites às restrições aos direitos fundamentais, há certo consenso, em princípio, que nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional, bem como afetar o núcleo essencial do direito que seja objeto de restrição.

É justamente nesse contexto, que o contraditório e a ampla defesa passaram a ocupar destaques no direito de defesa na persecução penal, notadamente na fase da investigação preliminar. Assim, faz necessário preservar um elemento nuclear

intangível do direito de defesa, essencial ao devido processo legal que vai garantir uma persecução penal justa em função de sua ação protetora dos direitos fundamentais tais como vida, liberdade e patrimônio. Neste ponto, merece lembrar que no Estado de Democrático de Direito, fundado no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais, não pode haver imposição de forma absoluta contrária à defesa técnica para o seu exercício durante a fase investigativa.

É por essa razão que há argumentos em prol da relativização do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial fundada no eventual conflito entre o direito fundamental à não-impunidade *versus* liberdade individual. É de se ver ainda, na visão de OLIVEIRA (2004, p, 127) mesmo defendendo a inquisitorialidade na fase investigativa, sustenta que a tutela dos direitos fundamentais permeia a Constituição Federal como um modelo garantista, mesmo que não contemple todos os axiomas fundamentais elencados por Ferrajoli.

Justamente a partir dessa premissa, a persecução é uma garantia fundamental para se promover o quanto possível, em tese, a igualdade em paridade de armas entre as partes para o justo processo. Nesta perspectiva, o direito fundamental à defesa em contraditório na produção da prova diretamente pela defesa pode ser exercido desde a fase preliminar da persecução penal.

4 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Os panoramas doutrinário e jurisprudencial retratam divergências para o problema do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial. Neste ponto, a doutrina processual penal clássica é majoritariamente contrária à aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nesta fase da persecução penal, sendo essa garantia do imputado, somente assegurada na instrução processual. Pelo que se infere desses argumentos, estaria afastada qualquer possibilidade de participação da defesa técnica do imputado durante o curso da investigação preliminar.

Embora o termo “inquérito policial” tenha surgido mediante a Lei n. 2033 em 1871 (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, p. 229), os discursos sobre ele foram construídos em torno de práticas doutrinárias sedimentadas por décadas, que retrocedem ao ano de 1917, com a definição clássica de inquérito policial proposta por Siqueira (1917, p. 305) como uma peça informativa e acautelatória:

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

Nessa linha de raciocínio, Marques (1997, p. 151) cita que: “(...) não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação”. No mesmo sentido, Fernando Capez (2012, p. 119) afirma que: “O inquérito policial é secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa”. Por seu turno, Tourinho Filho (2010, p. 75) salienta que caso houvesse a aplicação do contraditório ao Inquérito Policial, “difícilmente vingariam as ações penais”. Por fim, Rangel (2002, p. 85) escreve que: “O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial”. Citando essas correntes doutrinárias, nota-se que o inquérito policial tem como característica essencial a inquisitorialidade, além de não haver uma relação processual estabelecida, portanto, não comporta o contraditório e a ampla defesa.

A justificativa da doutrina dominante para tal conclusão é pelo fato de o inquérito policial ter natureza meramente inquisitiva, peça informativa com sigilo absoluto, o que não comporta a atuação da defesa técnica do imputado, para o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa. É por essa razão que Moraes (2014, p. 133) sustenta que o inquérito policial sequer é um procedimento,

uma vez que lhe falta à característica essencial, que seria a formação de atos que devam obedecer a uma sequência preestabelecida em série pela lei, que deve ser necessariamente observada.

No mesmo sentido, Jorge (2015, p. 99) sustenta que não é possível o contraditório no âmbito do inquérito policial pelo fato de possuir a característica mais relevante: a inquisitorialidade com natureza administrativa. Desse modo, o inquérito não assume uma relação jurídica instrumental de condição de processo “não havendo litígio a ser solucionado no âmbito do inquérito policial, por óbvio não se pode falar em conflito de interesses, como ocorre em um processo”.

Em entendimento contrário, Tucci (1993, p. 2005) defende a necessidade do contraditório e da ampla defesa durante todos os atos da persecução penal, inclusive “desde a fase pré-processual da investigação criminal”. Com pensamento semelhante, Fernandes (2005b, p. 69) aduz sobre a necessidade de se admitir a atuação da defesa técnica durante a fase do inquérito policial, para resguardar os interesses do imputado, exceto nas diligências que podem resultar em prejuízos para as investigações.

Nessa linha de argumentação, percebe-se que na fase da investigação policial, já há um lastro probatório mínimo, para a futura ação penal, quanto às provas cautelares e às provas não repetíveis. Desse modo, nada impede à defesa técnica ter amplo acesso aos elementos informativos documentados no inquérito policial para exercer o direito de defesa nesta fase da persecução penal:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu), mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com litigantes (Const., art. 5º, inc. LV). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em contraditório diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser

plenamente tutelados no inquérito policial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 76).

Nessa direção, Alencar (2016, p. 493) faz uma observação quanto à prova pericial na fase investigativa:

Embora não se constitua prova em sentido estrito (sendo, a rigor, elemento de informação, em face da sua produção sem observância do contraditório), o exame pericial é reconhecido pelo texto da lei processual com apto a fundamentar sentença penal condenatória.

Deveras, o Código de Processo Penal autoriza a condenação com fundamentação, exclusivamente no laudo pericial juntado no inquérito policial, em virtude de, em regra, ser a prova não repetível.

Do acervo jurisprudencial, o princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial, sob o argumento de que nessa fase da persecução penal não há instrução criminal e sim investigação criminal de natureza inquisitiva e administrativa, sendo uma mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti* do Parquet.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o advogado pode ter amplo acesso aos autos do inquérito policial, quantos elementos informativos já documentados que estejam relacionados ao imputado:

ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte. (STF - HC: 88190 RJ, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 29/08/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00067

EMENT VOL-02250-03 PP-00643 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 444-455). (Supremo Tribunal Federal, 2006)

Não há dúvidas que na atualidade, ainda que durante as investigações, pode-se admitir a atuação da defesa técnica. Desse modo, centrando o foco na possibilidade do contraditório na fase investigativa, Greco Filho (1989, p. 110-111) justifica o contraditório diferido:

(...) o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõem a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório e a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase do inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita. **O contraditório, que é instrumento técnico da ampla defesa, deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa do texto da constituição anterior.** (grifei).

Com pensamento no mesmo sentido, Tucci (1993, p. 225) sustenta o contraditório no âmbito do inquérito policial. O autor denomina de contraditório "*posticipato ou diferido*", o que, em tese, não viola a "garanta da bilateralidade da audiência". Note-se que está caracterizado o contraditório diferido ou postergado, uma vez que permite a possibilidade para a defesa técnica ter acesso às informações documentadas do inquérito policial.

De outra vertente, Lopes Júnior (2001, p. 307) trata do aspecto pragmático de que não há espaço para o contraditório e a ampla defesa no âmbito do inquérito policial, uma vez que há limitação para a atuação da defesa técnica nesta fase da persecução penal:

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito policial basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP.

Destacando as dificuldades acentuadas em torno do direito de defesa na fase do inquérito policial, é preciso superar o paradigma que o inquérito policial é “uma mera peça informativa”, em que não há contraditório e direito de defesa para o imputado. Neste sentido, Roberto (2011, p. 68) defende uma visão instrumentalista da investigação criminal defensiva no inquérito policial, a qual se materializa no contraditório e na ampla defesa:

Não se poderá mais viver com um contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, enquanto a outra é sempre notificada e cientificada para encontrar falhas, defeitos, obscuridade naquilo que se apresenta, impedindo-a de realizar também sua própria busca probatória, pois assim o estado de garantia de ampla defesa estará manietado e obstaculizado pelas normas infraconstitucionais, o que inviabiliza uma verdadeira condição paritária na concepção da prova.

Neste momento, algumas indagações se colocam: se o devido processo legal é albergado em procedimentos administrativos, por que a doutrina clássica nega ao imputado no curso inquérito policial, o contraditório e o direito de defesa, haja vista que a mesma doutrina classifica o inquérito policial como um procedimento de natureza administrativa?

Em esforço de síntese, cabe sublinhar que o inquérito policial contém peças judicializadas: mandado de prisão, mandado de busca e apreensão, autorizações judiciais de escutas telefônicas, prisões cautelares e outras tantas peças que passam pelo controle judicial e parecer do Promotor de Justiça. Ademais, quando o inquérito policial tem início com o auto de prisão de flagrante, o Juiz competente, ao

homologá-lo, faz o controle da legalidade da prisão, bem como o Promotor de Justiça e o Defensor Público são informados da referida prisão.

Infere-se então que a primeira fase da persecução penal não é absolutamente inquisitiva. De fato, a investigação criminal, primeira fase da persecução penal, deve observar os direitos e as garantias do imputado previstas na Constituição Federal. Sendo assim, vale frisar mais uma vez que o sigilo no curso do inquérito policial é para as diligências futuras, o que não proíbe de o defensor do imputado ter acesso aos elementos informativos já documentados.

Levando em consideração essas ilações, é possível inferir que a investigação criminal defensiva possui poderes investigativos por força da paridade de armas e do direito de defesa. Essa premissa tem fundamento nos termos do inciso XIV do art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, norma introduzida pela Lei nº 13.245/2016, que garante ao advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (BRASIL, 1994).

É por essa razão que, pelo prisma instrumental do inquérito policial, o mesmo deve estar pautado na legalidade *strita* necessariamente com o cumprimento da sua finalidade, na busca da verdade real material para dar efetividade na ação penal condenatória. Desse modo, o caderno investigativo não tem um fim em si mesmo, logo, os elementos informativos e as demais provas irrepetíveis angariadas no curso da investigação dos órgãos de persecução penal servirão de base ao processo judicial na seara criminal.

Com base nessa argumentação, resta claro que, em certa medida, o contraditório diferido ou postergado e a ampla defesa são direitos fundamentais que devem ser garantidos à defesa do indiciado no curso no curso do inquérito policial. É por essa razão que a investigação criminal defensiva almeja uma persecução penal justa em paridades de armas na produção da prova em contraditório.

5 LIMITAÇÕES À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A investigação criminal defensiva por ser de caráter privado, embora haja interesse público, tem-se um custo financeiro elevado para promover a defesa técnica do imputado na produção da prova. Soma-se ainda que a grande maioria dos imputados, na seara do Direito Penal, não possui recursos financeiros, o que seria um enorme empecilho para sua eficiência na prática forense. Destaque-se também que a Defensoria Pública não possui uma estrutura suficiente para concretizar e desenvolver as técnicas de investigação, além da grande demanda de processos. Neste panorama, verificam-se óbices consideráveis para a investigação criminal defensiva, o que não surtirá praticamente efeitos nos atos investigatórios.

Essas dificuldades apontadas expõem a falta de isonomia entre as partes durante a persecução penal. A propósito, vale destacar que quando a defesa é precária no decorrer da persecução penal, até mesmo por falta de recursos financeiros, levará a falta de paridade de armas entre as partes. Nessa seara pragmática, Costa (2001, p. 97) anota: “melhor admitir, portanto, que a paridade de armas está ausente no processo penal”. Por sua vez, Bonato (2001, p. 122) ao abordar a mesma temática, expõe sua visão:

A falta de participação do acusado no processo tem se tornado um fato habitual, que já não mais impressiona ou questiona o posicionamento do julgador ou ainda do órgão que deve promover a Justiça. Raramente se ouve na audiência a voz do defensor protestando a presença do acusado ou pela redesignação do ato. Quando muito, simplesmente pede-se a “dispensa do réu”, o que é de plano deferido pelo juízo, quando não é este quem sugestiona ao causídico que a peça.

O acesso de dados, considerados sigilosos, dependem de autorização judicial prévia, o que é uma limitação legal à atividade defensiva, haja vista que o advogado não tem, no exercício da investigação, os poderes coercitivos para obrigar terceiros a

fornecer documentos, filmagens, ou outros elementos que possam servir de elementos probatório.

Considerando que a investigação criminal defensiva é de natureza privada, outra limitação que se pode impor é quanto à obtenção da prova e sua cadeia de custódia que vão assegurar a fiabilidade do elemento probatório, uma vez que pode haver interferências externas capazes de falsear o resultado pela busca da verdade. É relevante frisar que o caráter de confiabilidade do processo penal se legitima a partir da verdade com a obtenção de elementos informativos e provas de modo lícito (PRADO, 2014, p. 86-87).

Outro aspecto delicado da investigação criminal defensiva é a má-fé na relação processual não controlada, apta a cometer abusos, acusações infundadas e temerárias, além dos usos do material probatório selecionado pelo casuístico. Apontadas essas nuances, pode-se dizer que a defesa técnica, ao produzir diretamente a prova testemunhal para o processo, é questionável, por ser ela extremamente falível, devido às falsas memórias sugestivas, especialmente no depoimento infantil e nos reconhecimentos. Desse modo, é um grande embate de credibilidade quanto à versão narrativa da testemunha, como tática de defesa, uma vez que pode falsear a realidade e se distanciar do que efetivamente ocorreu (ROSA, 2015, p. 116-117).

Ainda como limitação da atividade da investigação criminal defensiva é o valor probatório dos elementos de provas obtidos pelo causídico frente aos órgãos de persecução penal do Estado. Neste sentido, Fernandes (2005a, p. 99) escreve sobre esse problema:

Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.

Portanto, há ainda um estranhamento em torno da investigação criminal defensiva, por ser ela privada e desprovida de regulamentação em lei, o que leva a restrição quanto ao valor probatório produzido, bem como um instrumento de obstrução à atuação da justiça criminal por destruir, camuflar ou contaminar provas, com a finalidade de dissimular crimes, o que gera descrença de credibilidade.

6 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Pelos fundamentos alinhados nesse estudo, a investigação criminal defensiva está umbilicalmente ligada com a Teoria do Garantismo Penal. Com efeito, trazendo essa ilação para o tema direito de defesa, Ferrajoli (2006, p. 91) elenca dez axiomas deontológicos ordenados e conectados, para um modelo ideal garantista, no curso da persecução penal:

1) princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade; 8) princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação; **9) princípio do ônus da prova ou da verificação;** **10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.** (grifei)

Em vista disso, em um modelo processual penal acusatório, o direito à defesa é um direito fundamental assegurado de participação das partes na seara processual para o equilíbrio de forças em paridade de armas. Sob esse prisma, pode-se dizer que a relação entre a defesa, o contraditório e a ampla defesa estão intimamente interligados pela própria natureza com investigação criminal defensiva.

Assentada essa ideia inicial, Machado (2010, p. 119) destaca que a investigação criminal defensiva é "uma garantia fundamental do imputado, inerente a

um processo de partes na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos fundamentais de igualdade e defesa”. Por essa razão, a investigação criminal defensiva é uma ferramenta que visa a garantir o equilíbrio em paridade de armas entre a defesa técnica do imputado e os órgãos oficiais de investigação, em um sistema penal acusatório, uma vez que asseguram, em tese, a igualdade entre as partes e reforça o direito de defesa, os quais são direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, que se materializam no contraditório e na ampla defesa no inquérito policial, que, em certa medida, aumenta a eficiência da Justiça Penal.

Pelos fundamentos alinhados, Roberto (2011, p. 67) sustenta que o verdadeiro sistema acusatório se dá com formação da prova pela defesa, porquanto assume papel decisivo para o *quantum* de verdade ao sistema penal garantista:

Assim destacamos de um sistema verdadeiramente acusatório:

1. A participação da acusação e da defesa em bases paritárias em cada fase e grau do procedimento;
2. O interrogatório como instrumento de defesa;
- 3. A investigação defensiva;**
4. A previsão normativa de se nomear um defensor para a constituição dos direitos civis;
5. A assistência do defensor a todos os atos, com exceção daqueles que devem ser realizados com algum sigilo;
6. A imparcialidade do juiz (*la terzietà del giudice*). (grifei)

Considerando essa perspectiva, reconhecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica é assegurar a atividade probatória da investigação criminal defensiva com o mesmo grau de confiabilidade da investigação pública, além de tutelar o direito fundamental à prova. Pode se dizer que o direito fundamental à prova permite o exercício do direito de defesa, em paridade de armas, além das garantias constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, os quais são os pilares do regime constitucional de direito. Até por que o direito de defesa se vincula aos direitos inalienáveis e fundamentais do homem, consagrados e garantidos em praticamente todas as cartas políticas liberal-democráticas (ROBERTO, 2011, p. 134).

Sob esse enfoque, Francisco da Costa Oliveira (2004, p. 21-24) enumera alguns dos benefícios de aplicações práticas que decorrem da investigação criminal defensiva:

- (i) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (ii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iii) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

Desse modo, são importantes essas observações, já que o procedimento investigatório pode ser conduzido pelo defensor do imputado para requer diligências no curso do inquérito policial, conforme prevê o art. 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade (BRASIL, 1941)”.

Nessa linha de raciocínio, é necessário que a defesa técnica do imputado assuma a função também integrar a formação da prova no curso da persecução penal. Em vista disso, há o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2019, que prevê a investigação criminal defensiva no art. 13. “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (BRASIL, 2009).

Note-se que a investigação defensiva é uma função inovadora no sistema processual penal brasileiro. Por outro lado, a legislação italiana atribui ao advogado um direito-dever de busca por indícios e provas técnicas, que possam ser favoráveis ao imputado:

Hoje a investigação defensiva, além de ser tema bastante estudado pela doutrina italiana, vem sendo cada vez mais utilizada pelos defensores para buscar elementos de prova favoráveis aos assistidos. Prova disso é que existe portal jurídico italiano específico sobre a investigação defensiva, cujo endereço virtual é

'www.indaginidifensive.it'. Em tal site, constam obras doutrinárias e julgados relacionados à investigação defensiva, bem como modelos dos principais atos que podem ser executados ao longo deste procedimento (MACHADO, 2010, p. 146).

Desse modo, o advogado, no sistema penal italiano, não é mero espectador passivo da atividade investigatória. Ele tem um papel fundamental nas investigações, uma vez que buscará elementos probatórios que tentarão afastar uma futura ação penal. Neste contexto, acusação e defesa são responsáveis pelo desenvolvimento da persecução penal e por isso detêm "tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação" (ZILLI, 2003, p. 44).

Em apertada síntese, na tradição doutrinária e jurisprudencial nos Estados Unidos da América, a defesa técnica detém poderes investigatórios próprios. Desse modo, pode ela diretamente colher os elementos de provas necessários para fundamentar suas teses de defesa e alegações. Porém, a defesa deve sempre observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo. O modelo de persecução penal norte-americano vigora o princípio da liberdade das provas, ou seja, os elementos de provas admitidas em Juízo não dependem de expressa previsão legal, basta, porém, que a prova seja produzida de formas lícitas para convencer o tribunal. Nesta perspectiva, o sistema adversarial tem a pretensão de afastar a atividade investigativa do juiz, com a finalidade de julgamento neutro, sem possibilidade de contaminação do magistrado (SILVA, 2019, p. 274-275).

Vale dizer que a Constituição Federal, no art. 133, assegura ao advogado o pleno exercício da profissão, nos limites da lei, como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações. Desta forma, é extremamente importante que se garanta à defesa técnica do imputado, por autoridade própria, práticas de atos, tais como: requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para o debate, acareações, confronto de perícias, como a finalidade de assegurar o contraditório e a ampla defesa durante o curso do inquérito policial, como um viés da investigação criminal defensiva. Neste diapasão,

com o propósito de regulamentar a condução das diligências e os limites da investigação defensiva, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018).

Há que se enfatizar ainda que a Constituição de 1988 alargou significativamente na seara dos direitos e das garantias fundamentais, com a finalidade de projetar a construção de um Estado Democrático de Direito. A propósito, Piovesan (2007, p, 26) sublinha que os direitos e as garantias fundamentais são “destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Destaque-se ainda que a partir da Emenda Constitucional nº 45, estabelece-se que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, §3º (BRASIL, 1988). Partindo-se da análise dessa norma, Piovesan (2007, p, 74) sustenta duas categorias de Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos:

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

À luz dessa concepção, infere-se que o Pacto de São José da Costa Rica, na primeira parte do item 5, do artigo 7º, garante a realização da audiência de custódia ao preso em flagrante delito que deve ser apresentado ao juiz (BRASIL, 1992). Como se depreende, é mais uma oportunidade para a defesa técnica fazer valer da

investigação criminal defensiva para que a prisão ilegal seja relaxada, ou imposta uma situação mais favorável ao indiciado.

Por fim, a investigação criminal defensiva concretiza o cânone constitucional da justa persecução penal como direito fundamental à liberdade e à garantia da inviolabilidade do direito de defesa. Neste diapasão, a defesa técnica do imputado pode exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa, de tal modo que o sigilo do inquérito policial tem limites, uma vez que o imputado não pode ser mais visto como um simples objeto da investigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo abordou o direito de defesa no inquérito policial, como um direito fundamental durante a persecução penal para o equilíbrio em paridade de armas entre os órgãos de persecução penal e a defesa técnica. Nesta perspectiva de estudo, foi necessário como ponto de partida se debruçar sobre o art. 5º, LV, da Constituição Federal, com fundamento na doutrina e na jurisprudência para saber qual o alcance do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa para a concretização da investigação criminal defensiva.

Por essa razão, a proposta da pesquisa foi verificar se é possível o exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa na fase do inquérito policial. Sob essa perspectiva, a doutrina processualista clássica sustenta de forma absoluta que, durante o inquérito policial, não é possível o exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. O argumento para tal conclusão é que nessa fase da persecução penal não há instrução criminal, mas investigação criminal de natureza inquisitiva e administrativa, sendo o inquérito policial uma mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti do Parquet*.

Por outro lado, constatou-se que há doutrinadores que sustentam a possibilidade do contraditório, denominado de diferido ou postergado, e da ampla defesa no inquérito policial, ao reconhecer que o imputado não é um mero objeto de

investigação, mas sim um sujeito da investigação. Além disso, justificam que o contraditório e a ampla defesa são garantias fundamentais no processo penal, administrativo e policial.

Ao buscar subsídios teóricos nos julgados dos Tribunais Superiores, percebe-se que a defesa técnica do imputado possa ter acesso às investigações preliminares, quando já documentadas no inquérito policial, conforme a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ainda ressaltar que a investigação criminal defensiva é um direito fundamental do imputado em face do Estado-investigação, contra ações penais infundadas, sem justa causa, sem lastro probatório mínimo, que impede a movimentação desnecessariamente do aparato judiciário estatal. Assim, o direito de defesa é uma garantia fundamental que se manifesta pelo viés da produção da prova em face do poder punitivo estatal.

Entretanto, a investigação criminal defensiva apresenta alguns contrapontos para sua efetivação, por ser de caráter privado na contratação da defesa técnica e de peritos, o que gera alto custo financeiro. Além disso, a desconfiança do valor probatório e a falta de aparelhamento da Defensoria Pública são outros argumentos contrários para a efetividade e aplicação prática dessa tecnologia em defesa dos imputados de baixa renda.

Mesmo diante das limitações, verificou-se que o contraditório e a ampla defesa no curso do inquérito policial é uma tentativa de legitimar a persecução penal em paridade de armas. Em vista disso, o direito fundamental à produção da prova está intimamente ligado ao direito de defesa, já que proporciona ao imputado a oportunidade de demonstrar suas alegações.

Com essas considerações, é possível afirmar que o direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa na fase investigativa, mesmo que postergado, é condição primordial ao exercício do direito de defesa, que se materializa na investigação criminal defensiva, a qual visa preservar a paridade de armas entre as

partes para a justa persecução penal, enquanto direito fundamental de se defender provando.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONATO, Gilson. Por um efetivo devido processo legal. *In* BONATO, Gilson (org.). **Direito Penal e Direito Processual: Uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL Planalto. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 05 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 de mai. 2021.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <http://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)**. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. Publicada em 09, de fevereiro de 2009: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 93.767. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 01 abr. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=748582510&pgI=101&pgF=105> . Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 88190. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 29 ago. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759819/habeas-corpus-hc-88190-rj> Acesso em: 10 mai.2021.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado n. 156, de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. : 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

_____. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

_____. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, "et al.". 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito penal à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2015.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. As Gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *In: Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares*. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (Orgs.). Maceió: EDUFAL, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. I São Paulo: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. v. 1. São Paulo: Edipro, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, IMPP, edição nº 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.

_____. **Persecução penal: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Estudos em processo penal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

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

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2015.

SAAD, Marta. **O direito de defesa na persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria e oficinas Magalhães, 1917.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.