

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

PAOLA BACELLAR

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E O EXERCÍCIO DE DEFESA NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

CURITIBA

2018

PAOLA BACELLAR

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E O EXERCÍCIO DE DEFESA NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro
Universitário Curitiba.

Orientadora: Márcia de Fátima Leardini Dresch

CURITIBA

2018

PAOLA BACELLAR

**A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E O EXERCÍCIO DE DEFESA NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientadora: _____

Professora Márcia de Fátima Leardini Dresch

Professora Marion Bach

Curitiba, de de 2018.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a importância da investigação preliminar, analisando e identificando a possibilidade de oportunizar ao possível indiciado o contraditório e a ampla defesa (institutos acautelados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV) a partir da instauração da investigação preliminar. O objetivo é proporcionar um entendimento claro e coeso a respeito das teses que defendem, ou se opõem, à reforma processual penal que pretende alterar a possibilidade de haver a presença, em alguns procedimentos, do advogado na investigação preliminar. E mais, almeja-se, através de estudos comparativos e descritivos dos modelos de investigação preliminar existentes, discorrer sobre o modelo processual de Portugal, por ser o modelo que mais se direciona a ideia de defesa em sede investigativa, já que apresenta maior proteção aos direitos e garantias constitucionais do acusado. Ainda, a partir de tal modelo, português, visa analisar a titularidade da investigação comparando, de certa forma, com aquela apresentada pelo Brasil.

Palavras-chave: Investigação Preliminar. Advogado. Direito Comparado. Brasil e Portugal. Reforma Processual Penal.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis aims to demonstrate the importance of the Preliminary Investigation, analyzing and identifying the opportunizing possibility to the possible indicted the contradictory and full defense (institutes cautioned by the Federal Constitution in its 5th article, LV) from the establishment of the Preliminary Investigation. The objective is to provide a clear and cohesive understanding of the theses that defend or oppose the criminal procedural reform which intends to change the possibility of the lawyer's presence in some procedures during the Preliminary Investigation. Moreover, through comparative and descriptive studies of the existing preliminary investigation models, it is sought to discuss the Portuguese procedural model, since it is the model that is most come upon the idea of defense through the investigation, since it presents greater protection to the defendant's constitutional rights and guarantees. Still, based on the Portuguese model, it aims to analyze the ownership of the investigation comparing, in a way, with that presented by Brazil.

Keywords: *Preliminary Investigation. Lawyer. Comparative Law. Brazil and Portugal. Criminal Procedure Reform.*

LISTA DE QUADROS

Tabela 1 – Comparativo entre o CPP ATUAL (1941) E PL 8.045/2010.....	48
Tabela 2 – Comparativo entre CPPp, CPPb atual e o PL 8.045/2010	51

LISTA DE SIGLAS

ART.	– Artigo
CF	– Constituição Federal
CPP	– Código de Processo Penal
CPPb	– Código de Processo Penal Brasileiro
CPPp	– Código de Processo Penal de Portugal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
STF	– Supremo Tribunal Federal
TJPR	– Tribunal de Justiça do Paraná

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL	11
2.1 A FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR INSERIDA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMO JUSTA CAUSA: O FATO CRIMINOSO COMO OBJETO E AS GARANTIAS DO INVESTIGADO	15
2.3. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: INQUÉRITO POLICIAL	22
2.4 AS CARACTERÍSTICAS E A LEGITIMIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO.....	25
2.5 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: A SÚMULA VINCULANTE Nº 14 STF, A LEI 13.245/2016 E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	33
3 ANÁLISE DO PROJETO LEI Nº 8045/2010, O CONFRONTO COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATUAL E A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	41
3.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 X O PROJETO LEI 8.045/2010 .	45
3.2 DIREITO COMPARADO: O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E O BRASILEIRO	48
3.3 A TITULARIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM PORTUGAL.....	51
3.4 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE PORTUGAL E O PAPEL DO ADVOGADO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	54
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a investigação preliminar, como caráter antecedente à possibilidade de abertura de uma ação penal, ou seja, como justa causa para a mesma. Nesse sentido, observa-se de que forma se inicia tal instrução, quais os procedimentos dados pela autoridade policial (após a identificação de um fato delituoso, levando em consideração a chegada da notícia crime, está sendo de forma provocada ou espontânea).

A partir de tais circunstâncias é que se faz uma análise no sentido de identificar a possibilidade de oportunizar ao possível indiciado o contraditório e a ampla defesa (institutos acautelados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV) a partir da instauração da investigação preliminar. Em tese, deveria ocorrer a comunicação da notícia crime ao imputado, para que este possa exercer seu direito de defesa. Assim, demonstra-se a importância de direcionar também o estudo, no que diz respeito a informar ao indiciado ou suspeito dos acontecimentos trazidos pela investigação.

Diante de tal relevância, no Brasil, a investigação de caráter preliminar é trazida pelo inquérito policial. Para a instauração do Inquérito há a necessidade de que haja a mera possibilidade da existência de um fato juridicamente punível, não sendo imprescindível que a autoria do delito seja reconhecida em caráter antecedente. Em outras palavras, é possível tratar do inquérito policial como procedimento da investigação preliminar, compreendendo três momentos fundamentais: instauração, desenvolvimento e conclusão. Por fim, tratar-se-á do papel que possui o advogado em sede de Inquérito, observando minuciosamente a Lei 8.906/94, em especial, o seu art. 7º e, as alterações nela realizadas, pela Lei 13.245/2016.

Optou-se pelo método dedutivo, onde o presente trabalho se iniciará pela análise da finalidade da investigação preliminar, discutindo a respeito do fato de ser considerada como justa causa para ações penais. Haverá o acompanhamento, breve, das discussões realizadas pelos Tribunais Superiores. Análise, não exaustiva de leis modificadoras e, principalmente do projeto de lei que visa reformar a legislação processual penal brasileira. Tendo a pesquisa caráter descritivo, buscará descrever as divergências apresentadas pelo Direito Comparado do Brasil e Portugal, e suas perspectivas de mudança.

Finalmente, o estudo torna-se conveniente pelo simples fato de, no Brasil, no que tange à investigação preparatória, não haver a oportunidade do suspeito ou indiciado, utilizar-se do instituto do contraditório e da ampla defesa, em caráter investigatório. Outrossim, torna-se necessário apresentar comparações, a partir de considerações a respeito da situação do sujeito na condição passiva, no que tange ao Ordenamento Jurídico de Portugal, já que nos dois países (Brasil e Portugal) há divergências a serem apreciadas. Identicamente, torna-se imprescindível o estudo da investigação preliminar e do exercício de defesa, no que diz respeito ao Código de Processo Penal, o qual entrou em vigor na data de 1º de janeiro de 1942, não afastando a importância de trazer aos olhos mudanças que poderão ser proporcionadas futuramente com o Novo Código de Processo Penal, com a inserção de artigos os quais oferecem ao advogado e indiciado novas oportunidades de manifestação, no que diz respeito a investigação.

2 A FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

De início, é importante frisar que é o Estado quem possui a responsabilidade da investigação preliminar, podendo, portanto, desempenhar sua função por meio da Polícia Judiciária, ou do Ministério Público.

Apesar da investigação preliminar não ser indispensável à propositura de uma ação penal, seria plena a ineficiência do Estado, caso não tratasse do tema investigação, de uma forma preliminar, anterior à instauração da ação penal.

Desde logo, trata-se da importância de que haja uma investigação preliminar, sendo o principal meio investigatório, o inquérito policial. Já que, é a partir da investigação que se reúnem elementos passíveis de serem utilizados para abertura ou não de uma ação penal.

Desta forma, Guilherme de Sousa Nucci, conceitua o Inquérito Policial como sendo:

[...] um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve apenas à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada [...].¹

Conforme Eugênio Pacelli, “a fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal.”²

É a partir da fase de investigação, que, se houver a denúncia, o juiz formará seu convencimento.

Sendo assim, à priori, o conceito básico de investigação preliminar, seria, por meio da reunião de atos investigativos, chegar, de alguma maneira à autoria e materialidade do delito, ou como alude Aury Lopes Jr., “a busca do fato oculto”. Nesse sentido, o autor citado, de certa forma, quis explicitar que, quase sempre, os crimes são parciais ou totalmente “ocultos”, ou seja, o fato necessita da Investigação para se chegar à referida autoria e materialidade no sentido de contribuir ao

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 143.

² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 58.

oferecimento da possível denúncia e, após, caso aceita, à uma instrução penal. Para tanto, é previsível que se trate sempre de possibilidades indiciárias, haja vista que, na condução da investigação pela autoridade policial, existe a possibilidade do não indiciamento, justamente por não haver indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, sendo, portanto, a justificativa para um pedido de arquivamento da investigação.

Ainda, há de se falar em uma outra função atinente à investigação. Esta, pensada a partir do abalo que o crime traz à sociedade, ou seja, ainda tecendo comentários a respeito das palavras de Aury Lopes Jr., uma função simbólica, a qual afastaria o sentimento de impunidade, restabelecendo a normalidade social. Ainda, há como pensar, nesse ínterim, em um forma da garantia da paz pública, a qual demonstra-se pela averiguação do crime cometido e, havendo autenticidade quanto ao autor e a tipificação do crime, assegurar que haja uma sanção necessária e justa.

De certa forma, verifica-se que a investigação, possui a finalidade de servir como filtro processual, evitando acusações injustificadas, seja porque são destituídas de provas ou porque a conduta não caracteriza crime (em palavras simples e já mencionadas, desprovidas de autoria e materialidade). Assim refere-se, em palavras mais brandas, Aury Lopes Jr.:

[...] a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa. O processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico. Daí a necessidade de uma investigação preliminar para evitar processos sem suficiente *fumus commissi delicti*.³

Aury Lopes Jr., esclarece que, em todo esse paradigma o termo adequado a ser utilizado para a averiguação da autoria e materialidade de um suposto delito, visto que há a necessidade de se atender todos os atos teoricamente praticados e, ainda, satisfazer o mínimo de rigidez científica, seria instrução preliminar. E é desta maneira que ele retrata, o vocábulo instrução preliminar:

O termo que nos parece mais adequado é o de instrução preliminar. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que

³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.120.

possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento.⁴

Ainda, prossegue:

Ao vocábulo *instrução* devemos acrescentar outro – *preliminar* – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica [...] vencidos pela tradição, tivemos que adotar, inclusive no título desta obra, a designação *investigação preliminar*.⁵

Por fim, a finalidade da investigação preliminar, basicamente, seria a verificação do fato que foi narrado na notícia crime (provocada ou espontânea). Nessa verificação é necessário considerar também a definição de crime.

Nesse ínterim, crime é, em linhas gerais: uma conduta típica, antijurídica e culpável. Portanto, aqui, é que se estabelece a principal finalidade da investigação, concluir, se o fato se encaixa na definição de crime.

Portanto, resta claro que, a finalidade é a busca de autoria e materialidade, ou seja, classificar a ocorrência como sendo delituosa, no sentido de buscar a verdade dos fatos colhidos nas diligências investigativas, evitando assim acusações infundadas.

2.1 A FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR INSERIDA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A principal ideia de um Estado Democrático de Direito seria o respeito pelas garantias fundamentais, as quais são previstas na Constituição Federal em seu Título II. Nesse ínterim, é importante mencionar a diferença entre um Estado de Direito e um Estado Democrático de Direito. No primeiro, há a observância da limitação do poder estatal, visto que este é baseado nas determinações legais. Em contrapartida, o Estado Democrático de Direito, funda-se na ideia de que, além do

⁴ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

⁵ LOPES JR.; GLOECKNER, loc. cit.

poder decisório ser limitado pela lei, este deve respeitar os valores fundamentais garantidos pela Constituição.

Dentro dessa íntima relação, é que se observa a necessidade de incorporação de uma justa democracia, contando com o apoio da Constituição Federal, para que haja o respeito dos direitos fundamentais por ela trazidos. A partir disso torna-se necessário abordar a respeito da lógica dos Sistemas Processuais Penais, visto que, é nesse sentido que haverá a proteção aos direitos do acusado.

Assim sendo, há a necessidade de esclarecer as diferenças entre os sistemas processuais, acusatório e inquisitório. Em breve síntese, o sistema denominado acusatório se baseia principalmente no garantismo, já que procura trazer a defesa das garantias fundamentais do acusado. Distintamente, no sistema inquisitório não se percebe a separação de funções, sendo assim, há a constatação do autoritarismo por parte do Estado, já que este assume o papel de acusar, julgar e defender. Para tais distinções, Eugênio Pacelli traz o seguinte pensamento:

[...] de modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (órgãos) distintos.⁶

A respeito da finalidade da investigação, Aury Lopes Júnior discorre primeiro baseando-se em autores distintos, após demonstrando, de forma sucinta seu parecer:

Também colocando em relevo essa finalidade de proteção, Leone afirma que a investigação preliminar tem duas finalidades: assegurar a máxima autenticidade das provas e evitar que o imputado inocente seja submetido ao processo (debate), que, com sua publicidade, ainda que conclua favoravelmente a ele, constitui uma causa de grave descrédito, emoção e humilhação. Para Manzini, a investigação tem a finalidade característica de recolher e selecionar o material que haverá de servir para o juízo, eliminando tudo o que resulte confuso, supérfluo ou inatendível. Com isso, evitar-se-iam os debates inúteis e preparar-se-ia um material selecionado para os debates necessários.⁷

Nesse mesmo seguimento, como citado, Aury Lopes Júnior, brevemente traz a finalidade da investigação preliminar da seguinte forma:

⁶ PACELLI, 2017, p. 9.

⁷ LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 100.

Em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso.⁸

Já, para Fernando Capez, a investigação preliminar, tem por finalidade: “a finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares”.⁹

Por fim, para Júlio Fabbrini Mirabete, a Finalidade é dada da seguinte forma:

Inquérito Policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária [...].¹⁰

Conclui-se, portanto, que a finalidade da investigação é definida de várias maneiras, por diversos autores, sendo que há certas divergências nesse sentido.

2.2 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMO JUSTA CAUSA: O FATO CRIMINOSO COMO OBJETO E AS GARANTIAS DO INVESTIGADO

Para tanto, deve-se observar de que forma se inicia a instrução em busca da autoria e materialidade, haja vista, a investigação preliminar, como caráter antecedente à possibilidade de abertura de um processo judicial.

Nessa perspectiva, há necessidade de discorrer a respeito do objeto da investigação preliminar. Este, em palavras de Aury Lopes Jr.: “é o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase.”¹¹

Ainda, Constituição Federal, em seu artigo 5º garante o princípio da igualdade pela paridade de armas, ou seja, há a segurança de que todos possuem igualdade perante a lei, sem haja qualquer tipo de distinção, logo, deve, a todos os indivíduos, ser apresentadas as mesmas condições e possibilidades. Nesse seguimento, é que se apresentam os direitos e as garantias do investigado. O primeiro enfoque trazido

⁸ LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 222.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 115.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.

¹¹ LOPES JR.; GLOECKNER, op. cit., p.124.

seria a dignidade da pessoa humana, tal princípio é que conduz a aplicação dos outros diversos direitos humanos.

Contextualmente, é possível observar que os princípios do contraditório e da ampla defesa correm lado a lado, em busca da verdade, sendo que, é através do contraditório que o investigado exerce a defesa, devendo essa ser ampla.

Apesar da Constituição ter garantido em seu artigo 5º, LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, houve certa confusão, visto que, conforme entende Aury Lopes Júnior, o legislador trata de processo administrativo e não de procedimento e, é neste sentido que deve-se fazer uma interpretação extensiva, para que tal obscuridade terminológica não sirva de obstáculo quanto à aplicação, de tais princípios, na investigação preliminar. Para tanto, Aury Lopes Júnior discorre:

[...] entendemos que o ponto nevrálgico da questão está na definição do alcance do art. 5º, LV, da CB, dispondo expressamente que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹²

Mais adiante, ainda a respeito da confusão terminológica trazida pelo legislador, aponta que:

[...] a postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo à sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para a sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas, sim acusados em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo. Em outras palavras, é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger também ao indiciado.¹³

Em suma, há várias outras considerações a serem feitas a respeito dos direitos e garantias do investigado. É importante visualizar, que além de tais

¹² LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 443.

¹³ Ibid., p. 443-444.

considerações a respeito dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, o investigado, em condição de liberdade, muitas vezes não é comunicado a respeito da existência de uma investigação, segundo Aury Lopes Júnior, “em alguns casos, o sujeito passivo só toma conhecimento da imputação após o recebimento da denúncia, quando é citado para interrogatório judicial”, seria este, um direito importante a ser trazido pelo Novo Código de Processo Penal.

Ainda, há a garantia do Direito ao Silêncio, é necessário que a Autoridade Policial, em interrogatório realize a comunicação ao investigado do Direito ao Silêncio, ou seja, o direito que o investigado possui em permanecer em silêncio, a fim de que possa evitar a autoincriminação. Além do mais, esse direito, garante ao investigado que não possa ser punido pelo crime de falso testemunho.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece:

INQUÉRITO - DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO - ADVERTÊNCIA. A necessidade de a autoridade policial advertir o envolvido sobre o direito de permanecer em silêncio há de ser considerada no contexto do caso concreto. Sobressaindo o envolvimento de cidadão com razoável escolaridade - 2º Tenente da Aeronáutica -, que, alertado quanto ao direito à presença de advogado, manifesta, no inquérito, o desejo de seguir com o interrogatório, buscando apenas gravá-lo, sendo o pleito observado, e, na ação penal, oportunidade na qual ressaltada a franquia constitucional do silêncio, confirma o que respondera, inclusive relativamente à negativa de autoria, não cabe concluir por vício, no que a ação penal fora ajuizada a partir do que contido nos autos do inquérito. AÇÃO PENAL - CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO - ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA - INDEPENDÊNCIA. A independência das esferas penal e administrativa é conducente a ter-se como neutra, no tocante à primeira, concessão de ordem, sujeita ainda a reexame necessário, pelo Juízo Federal, devendo seguir normalmente o processo penal em curso na circunscrição militar. (STF, 2008).¹⁴

Para tanto, quando se fala, inicialmente, na incorporação da Constituição Federal no sistema processual penal, na tentativa de trazer proteção aos direitos fundamentais do acusado, vale discorrer a respeito da teoria do garantismo penal, a qual foi desenvolvida por Luigi Ferrajoli. A teoria em tela, visa balizar o Poder Estatal e, é fruto da tradição do liberalismo e do iluminismo, embasando-se nos princípios do contraditório entre as partes e da presunção de inocência, entre outros os quais são citados por Ferrajoli como:

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88950 - RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 25 de setembro de 2007. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727200/habeas-corpus-hc-88950-rs>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico - a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência - são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.¹⁵

Nesse sentido, na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, de Ferrajoli, Norberto Bobbio estabelece que, o garantismo penal seria:

[...] a modelo ideal do Estado de direito entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um jus positivismo crítico, contraposto ao jus positivismo dogmático; e, por último, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.¹⁶

Vale dizer que o garantismo não visa somente garantir as leis positivadas no ordenamento, trata também da perspectiva do Estado Democrático de Direito. A teoria, apresenta críticas no sentido de solucionar a crise pela qual o direito passa, principalmente quando se trata da legalidade, presente na ideia de não haver, ou se apresentarem ineficazes os meios de controle legais do abuso de poder, por parte do Estado. Sendo que, para Ferrajoli, o garantismo se apresenta em três sentidos: primeiramente como um modelo normativo de direito, este, busca a garantia dos direitos dos cidadãos; segundo, como uma teoria crítica do direito, fundamentada na diferença entre a realidade e a norma; e, por fim, como uma filosofia política, a qual impõem, ao Estado e ao Direito uma justificativa ética e política. Dessa forma, nota-se na teoria do garantismo penal, uma pretensão, a qual visa garantir o Estado Democrático de Direito, aumentando ao máximo a liberdade do indivíduo e diminuindo o poder estatal.

Conforme o acima exposto, seguindo as considerações de Luigi Ferrajoli:

Por legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 171.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, 2002, p. 29.

internos ao próprio ordenamento jurídico, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às razões externas, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas razões internas, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre justiça e validade. Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como 'justos' em base de critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez, serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como 'válidos', ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos.¹⁷

Deste modo, é visível o sentido trazido pela teoria no que tange ao direito penal e ao processo penal, tal teoria tenta modificar a visão trazida por tais ramos do direito, já que são considerados ramos que, normalmente, visam a aplicação de sanção penal àqueles que cometeram um ato ilícito, sendo que, a sanção, ainda que satisfatória, seja aplicada com observância aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 mostra-se garantista, no que tange à sua essência e plenitude, ao passo que apresenta diversos dos princípios, conforme demonstrado em seu art. 5º, tratados por Ferrajoli.

Desta forma, sendo a Investigação Preliminar entendida como justa causa para a ação penal, há certa discordância entre a maioria dos doutrinadores, a respeito da oportunidade do contraditório e ampla defesa na fase investigativa.

Tais princípios são tidos como basilares quando se trata de um procedimento jurídico, seja ele qual for. Entretanto, a divergência doutrinária acaba sendo uma dificuldade para resolver tal lacuna. Fala-se em lacuna, pois para tal questão, o legislador constitucional, no art.5º, LV da Constituição Federal, e infraconstitucional, no Código de Processo Penal de 1941, nos artigos em que tratam do Inquérito Policial, acabou por desídia, permitindo que sejam feitas interpretações extensivas quanto a esses dispositivos, principalmente o constitucional.

É nesse sentido que grande parte dos doutrinadores ganha espaço para interpretar de forma ampliativa o dispositivo legal. A grande parte da divergência doutrinária, fundamenta-se no art. 5º, LV, da Constituição Federal, já que está redigido da seguinte forma:

¹⁷ FERRAJOLI, 2002, p. 171.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV- 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.¹⁸

Quando o legislador estabelece que: “aos litigantes [...] e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa [...]”, abre espaço o entendimento de que na Investigação Preliminar há garantia de acesso aos princípios do contraditório e ampla defesa.

E é nesse sentido que Aury Lopes Júnior se apresenta, da seguinte maneira:

O ponto crucial nessa questão é o art.º 5, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. [...] a postura do legislador foi claramente *garantista* e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas, sim, *acusados em geral*, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma *acusação em sentido amplo*. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo.¹⁹

Divergindo de Aury Lopes Jr., ao tratar do sigilo na investigação preliminar, Fernando da Costa Tourinho Filho acaba por negar a aplicação do contraditório no referido procedimento e o faz da seguinte forma:

Com o sigilo haverá restrição à defesa? Evidentemente, não. Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo aos Advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial. Este é a mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria. O *jus accusationis* não se exerce

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁹ LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 467-468.

nessa fase. A acusação inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa. Proposta a ação, sim, deve haver o regular contraditório.²⁰

Guilherme de Souza Nucci acompanha o posicionamento acima citado, declarando ter, a investigação preliminar, natureza inquisitiva e, dessa forma, alude sua colocação do seguinte modo:

O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indiciando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial. Não fosse assim e teríamos duas instruções idênticas: uma, realizada sob a presidência do delegado; outra, sob a presidência do juiz [...]. O inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.²¹

Por fim, Eugênio Pacelli faz a análise do princípio ora discutido a partir da doutrina brasileira em geral e observando a opção jurisprudencial e, de certa forma, aproveitando o seguimento de Aury Lopes Júnior (já citado), demonstrando ser o contraditório muito útil na fase investigativa, apesar de haver riscos. Por fim, cita a efetividade desse instrumento também em provas periciais. Dessarte, Pacelli aduz seu entendimento da seguinte maneira:

De se ver que o contraditório na fase de investigação, *em tese*, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. O risco, evidente e concreto, é a *perturbação* da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas no cotidiano de nosso Judiciário.

Em relação às provas periciais, então, reiteramos que o contraditório já deveria ser realizado, e o quanto antes, particularmente para aquelas hipóteses em que o *objeto da perícia* (corpo de delito) corra o risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial de suas características mais relevantes. Por que não a participação da defesa, desde logo, na elaboração do laudo técnico?²²

No que tange aos riscos, é possível notar no pensamento de Pacelli a idealização da possibilidade ora explanada, porém, em se tratando da intervenção

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 244.

²¹ NUCCI, 2010, p. 167.

²² PACELLI, 2017, p. 59-60.

técnica, há grandes possibilidades de ocorrência de “perturbação” do trâmite da Investigação por meios protelatórios, ou seja, que forcem o aditamento das fases investigativas.

2.3. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: INQUÉRITO POLICIAL

A partir de diligências desenvolvidas pela polícia, a investigação preliminar (inquérito policial, no Brasil) inicia-se por meio de uma notícia crime. Esta pode ser provocada ou espontânea. Provocada quando, de maneira escrita, chega às mãos da autoridade policial a notícia de um suposto fato delituoso. Espontânea, quando por meio de investigação policial a Autoridade toma conhecimento do fato delituoso por meio do flagrante delito. Há então procedimentos os quais serão adotados pela autoridade policial após a identificação de um fato delituoso, levando em consideração a chegada da notícia crime, está sendo de forma provocada ou espontânea.

Levando em consideração o acima exposto, a respeito da instauração do inquérito policial e seus procedimentos, Vicente Greco Filho entende que “a atividade investigatória, porém, inicia-se antes.”²³

À vista disso, em se tratando do objeto do inquérito policial, este será o fato o qual foi apresentado na notícia crime (provocada) ou aquele alcançado por meio da investigação policial espontânea. É indiscutível que para a instauração de um inquérito policial, basta, tão somente, que haja a mera possibilidade da existência de um fato juridicamente punível. O inquérito policial pode ser instaurado por meio da Portaria, a qual é confeccionada pela autoridade policial, portanto, não há necessidade de que a autoria seja reconhecida no início da Investigação, porém deve haver exequibilidade para que ela seja conhecida.

Sendo assim, Greco Filho menciona a respeito do início das investigações da seguinte forma:

Desde que tenha conhecimento da infração penal de ação pública, a autoridade policial, qualquer que tenha sido o meio pelo qual a *notitia criminis* chegou a seu conhecimento, deve dar início às investigações. Estas independem da abertura formal do inquérito, mesmo porque, na maioria das vezes, devem ser imediatamente feitas, sob pena de se perderem os vestígios da infração. Todavia, assim que se formalizar o inquérito, com a

²³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80.

portaria da autoridade, as investigações preliminares dele farão parte integrante.²⁴

Exemplificando a ideia de Greco Filho, em se tratando da possibilidade de se perder os vestígios da infração, pode-se pensar em uma pessoa que realize a plantação de substância análoga à maconha com a finalidade de comercializá-la. Se, a autoridade policial, por meio de denúncia anônima, chegar ao conhecimento de tal fato delituoso e, apreender a substância da maneira em que se encontra (ou seja, em mudas plantadas em vasos, por exemplo, sem ter passado pelo processo de secagem), é importante que a autoridade, desde logo, passe a realizar investigações, encaminhando, por exemplo, as plantas para a perícia antes que elas se deterioreem.²⁵

Nesse ínterim, a partir dos ensinamentos de Fernando Capez a respeito do conceito de inquérito policial, entende-se que o mesmo se trata de um procedimento persecutório, o qual é instaurado pela autoridade policial das maneiras já descritas. Ainda, o autor trata dos destinatários do inquérito policial, trazendo seu entendimento da seguinte maneira:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4o). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.²⁶

Em outras palavras, pode-se falar no inquérito policial como procedimento da investigação preliminar. Nesse ínterim, compreende três momentos fundamentais: instauração, desenvolvimento e conclusão. A instauração, representa a fase de admissão da notícia crime pelo órgão investigativo, sendo tal etapa marcada pela apresentação, verificação das informações e decisão de recebimento ou não da notícia crime. Sequencialmente, o desenvolvimento, busca reunir conjuntos

²⁴ GRECO FILHO, 2010, p. 80.

²⁵ GRINGO foragido dos EUA é preso com grande plantação de maconha na grande Curitiba. **Tribuna**, Curitiba, 21 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/seguranca/gringo-foragido-dos-eua-e-preso-com-grande-plantacao-de-maconha-na-grande-curitiba/>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

²⁶ CAPEZ, 2017, p. 111.

probatórios razoáveis a conclusão indiciária do caso (realizada pela autoridade policial), e analisando nesse seguimento, uma justa causa para a propositura de uma possível ação penal. Os atos da investigação, compreendidos pelo desenvolvimento, podem incluir oitivas de testemunhas, reconhecimento de pessoas (pessoal ou por fotografia), declarações de vítimas, interrogatório do indiciado último ato). Por fim, a conclusão, trata-se do relatório final do caso o qual será devidamente apresentado pelo Delegado de Polícia, essa é configurada como peça obrigatória já que traz a conclusão a respeito da existência ou não de indícios suficientes de autoria e materialidade do delito.²⁷

É no relatório final que a autoridade policial trará um resumo dos fatos, descrevendo de qual maneira o inquérito policial foi instaurado e apresentando grande parte das diligências tomadas para a apuração da materialidade e autoria. Deve conter a decisão de indiciamento ou não do suspeito, além de todas as provas as quais foram localizadas no curso investigativo, tais como: ofícios, boletins de ocorrência, laudos advindos do instituto de identificação, criminalística e instituto médico legal (quando necessários, laudos periciais de drogas, veículos automotores, armas de fogo), termos de declarações e depoimentos, autos de exhibições e apreensões, termos de promessa legal, auto de interrogatório, qualificação e vida pregressa, nota de culpa do indiciado, dentre vários outros a depender do caso concreto, sendo que todas as diligências investigativas são estabelecidas pelos artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal de 1941.

Dessa maneira, ainda trazendo os ensinamentos de Greco Filho, agora a respeito do Relatório Final, entende que:

Colhidas as provas, inclusive com o interrogatório do indicado, se houver, a autoridade trará aos autos dados sobre a sua vida pregressa e elaborará um relatório final objetivo. Apesar de objetivo, esse relatório pode conter uma proposta de qualificação jurídica da infração penal e, se for o caso, a representação para a decretação da prisão preventiva, que será considerada pelo Ministério Público e pelo juiz, posteriormente. O relatório, como qualquer outra peça do inquérito considerada isoladamente, não é indispensável ao oferecimento da denúncia, desde que haja elementos fundamentadores da justa causa.²⁸

Por fim, se a autoridade policial resolver propor o indiciamento, deve ser

²⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. Um ensaio para uma proposta (inicial) de novo inquérito policial. **Revista Consultor Jurídico**, 01 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/a-cademia-policia-proposta-inquerito-policial>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

²⁸ GRECO FILHO, 2010, p. 81.

confeccionado um ofício de indiciamento a ser encaminhado ao instituto de identificação e, após o inquérito policial segue para as mãos do Promotor de Justiça (Ministério Público).

2.4 AS CARACTERÍSTICAS E A LEGITIMIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO

Inicialmente, a investigação criminal possui importância quando se trata da autoria e da materialidade de certo fato, o qual possivelmente será considerado como típico, antijurídico e culpável. Assim, no modelo de investigação preliminar, em se tratando de titularidade, essa pertencerá, na grande maioria das vezes, à polícia (sob comando da autoridade policial), sendo a exceção encontrada em investigações a cargo do Ministério Público.

Eugênio Pacelli, a respeito da titularidade da investigação, afirma que:

[...] o inquérito policial, atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º, CPP). A denominação de polícia judiciária somente se explica em um universo em que não há a direção da investigação pelo Ministério Público, como é o brasileiro. Quem preside e conduz o inquérito policial é o Delegado de Polícia ou o Delegado de Polícia Federal. Apenas eles, como se sabe e vem garantido em Lei (12.830/13 – art. 2º, § 1º).²⁹

Na investigação policial, a titularidade sempre será da polícia, decidindo sem que haja qualquer subordinação ao Ministério Público ou ao Magistrado, conforme o que aduz o art. 144, § 4º da Constituição Federal.³⁰

Há ainda a possibilidade de a titularidade pertencer ao Ministério Público, devendo o promotor, receber a notícia crime, de forma direta ou indireta (através da polícia). Poderá, nesse sentido, prosseguir as investigações através da polícia judiciária ou praticar os atos que julgue necessários, por si mesmo. Porém, por

²⁹ PACELLI, 2017, p. 60.

³⁰ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun.

diversas vezes, o promotor necessita de permissões, a respeito de autorização judicial, alude Aury Lopes Jr.:

[...] em regra (e assim é aconselhável que seja), o MP dependerá de autorização judicial para realizar determinadas medidas limitativas de direitos fundamentais, como as medidas cautelares, buscas domiciliares, intervenções telefônicas etc. Caberá ao juiz da instrução (...) decidir sobre essas medidas. Esse juiz atua como um verdadeiro órgão suprapartes, pois não investiga, senão que intervém quando solicitado como um controlador da legalidade (e não da conveniência) dos atos de investigação levados a cabo pelo promotor. A essa figura denominamos juiz garante da investigação preliminar ou juiz de garantias.³¹

Dentre as atribuições pertencentes ao Ministério Público, estão as descritas no art. 129 da Constituição Federal e, assegurada, nesse instituto, a possibilidade de realizações de investigações.

Contudo, no que tange a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, há discussões no Supremo Tribunal Federal quanto essa possibilidade no HC 84.548/SP.³²

Segundo Fábio Motta Lopes, a respeito da Titularidade do Ministério Público, “essa discussão só é cabível nos casos de infrações penais em que a ação penal seja pública, pois, nas hipóteses em que a ação penal seja privada, sabidamente não possui o Ministério Público legitimidade para acusar alguém em juízo”³³.

Quanto à atuação do Ministério Público, poderá este acompanhar a atividade da polícia quanto ao curso do inquérito policial, porém não é possível afirmar sua titularidade. Sendo assim, Aury Lopes Jr., firma seu entendimento da seguinte maneira:

Concluindo, entendemos que a legislação existente sobre o chamado controle externo da atividade policial é insatisfatória e minimalista, limitando-se a definir meros instrumentos de legalidade. Permanece a lacuna e não se pode afirmar que, com a atual legislação, o MP possa assumir o controle do inquérito policial.³⁴

O precedente jurisprudencial, demonstra a possibilidade supracitada:

³¹ LOPES JR; JACOBSEN GLOECKNER, 2014, p.152.

³² LOPES, Fábio Motta. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, v. 10, n. 57, 2009, p. 87.

³³ LOPES, loc. cit.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 123.

PROCESSO PENAL E PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REQUISITOS AUTORIZADORES DA QUEBRA. 1. A doutrina e jurisprudência entendem que o Ministério Público é dotado, dentro de suas atribuições, de função investigatória. O art. 127, caput e o artigo 129, incisos I, II, VII e IX, da Constituição Federal atribuem ao Ministério Público funções de investigação, bem como o art. 8º da Lei Complementar n.º 75 de 1993. 2. A instauração de inquérito policial não é requisito indispensável para autorização da quebra do sigilo bancário, uma vez que a Lei Complementar n.º 105/2001, em seu art. 1º, § 4º exige apenas que a quebra seja necessária para a apuração do delito. Desta maneira, justificada a intervenção ministerial para este fim. 3. Não há nenhuma irregularidade com o pedido do Ministério Público para que o sigilo bancário de J. M. B. fosse quebrado para possibilitar a investigação do suposto crime contra a ordem tributária. 4. Existem fortes indícios da ocorrência de ilícito penal, uma vez que J. M. B., se declarou como isento do pagamento de imposto de renda e, conforme relatório de sua movimentação financeira, baseado em seu recolhimento de CPMF, foi movimentado em suas contas bancárias R\$9.632.780, 34 (nove milhões, seiscentos e trinta e dois mil, setecentos e oitenta reais e trinta e quatro centavos). 5. Apelação provida para autorizar o pedido de quebra de Sigilo Bancário requerido. (TRF, 2009)³⁵

Por fim, há de se falar dos deveres da autoridade policial. Além de realizar as diligências previstas nos artigos 6º e 7º do CPP, é incumbida de realizar as que são referidas no artigo 13 do CPP. Dentre elas, a autoridade policial deve proporcionar ao judiciário as informações necessárias à instrução e julgamento das ações penais, desenvolver aquelas atividades propostas pelo MP e/ou Juiz, dar cumprimento à todos os mandados de prisão que forem expedidos pelo judiciário e, por fim, deverá representar a respeito da prisão preventiva.³⁶

A respeito das diligências a serem realizadas pela Autoridade Policial, novamente deve-se invocar os artigos 6º e 7º do CPP.

Primeiramente, o Delegado de Polícia deve dirigir-se ao local do possível fato delituoso para garantir que não se altere o estado de conservação, até a chegada dos peritos criminais, conforme disposto no artigo 169 do CPP. Tal diligência é importante principalmente em se tratando de crimes permanentes. Já que nestes, a é de suma importância, já que se trata de uma importante fonte de prova para o processo. Os peritos confeccionam o laudo incluindo um corpo preliminar, composto pelo horário de visita, data e local, finalidade do laudo, retratando se houve mudança

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 3. Região. APELAÇÃO CRIMINAL nº 78 SP 2002.61.81.000078-5. Relator: Juiz Convocado Ricardo China. Data de Julgamento: 15 de dezembro de 2009. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17831838/apelacao-criminal-acr-78-sp-20026181000078-5-trf3>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³⁶ MIRABETE, 2001, p. 93-94.

significativa no estado de conservação das provas, descrevendo o local minuciosamente.

Como exemplo do acima exposto, Fernando da Costa Tourinho Filho traz o crime de homicídio, descrevendo a importância da conservação do local do crime do seguinte modo:

Tratando-se do crime de homicídio, v.g., é interessante constatar-se a posição em que a vítima foi encontrada. O próprio *locus delicti*, quando possível, pode e deve ser registrado fotograficamente, “constituindo elemento de primeira ordem na elucidação dos fatos e na comprovação perante o julgamento de particularidade às vezes impossível de ser representada, por outra forma, nos autos do inquérito”.

Após a autoridade policial deverá apreender os objetos e instrumentos provenientes do crime. Esses, conforme disposto no art. 11 do CPP³⁷, serão apreendidos nos autos de Inquérito e com ele seguirão.

É importante aqui, fazer a distinção entre instrumento e objeto do crime. Os instrumentos são todos os objetos ou aparelhos usados pelo agente para cometimento da infração, como por exemplo, as armas de fogo. Já os objetos do crime é tudo que possui utilidade para demonstrar ao juiz a realidade da ocorrência delituosa.³⁸

Ainda, sobre objetos e instrumentos do crime, Fernando da Costa Tourinho Filho, esclarece a respeito da busca e apreensão:

A busca e apreensão dos instrumentos do crime e de outros objetos que interessarem à prova poderá ser levada a efeito ou no próprio *locus delicti*, ou em domicílio, ou até mesmo na própria pessoa. Quanto à busca e apreensão no *locus delicti*, não haverá maior dificuldade para o encarregado dessa tarefa; já no caso de busca domiciliar ou pessoal, o assunto merece maior exame.³⁹

É de suma importância trazer aos olhos qual é a dificuldade pelo autor acima referida no que tange à busca domiciliar ou pessoal. A primeira, traz dificuldades já que o art. 5º, XI, prescreve que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito

³⁷ Art. 11. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito. In: BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689C_ompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 103.

³⁹ TOURINHO FILHO, 2013, p. 284.

ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Nesse caso, as buscas no domicílio somente poderão ser concretizadas se houver autorização judicial. Ao tratar da busca pessoal, o autor sugere que poderão ser realizadas com ou sem mandado. No último caso, quando a busca for realizada pela própria Autoridade, ou quando já for realizada durante a busca domiciliar.

Assim que possível, a autoridade deverá realizar a oitiva do ofendido (vítima), a partir de intimação, com data e horário pré-estabelecidos. Tal diligência auxilia na elucidação dos fatos. Por exemplo, em um roubo, o qual o suspeito não foi detido em flagrante delito, a vítima pode auxiliar quanto a identificação do sujeito, descrevendo suas características, se estava acompanhado de outro indivíduo, se empreendeu fuga do local em posse de algum veículo automotor, dentre outras descrições, assim, a partir de tais identificações, a Autoridade Policial conseguirá, possivelmente, identificar o autor do delito.

Na sequência deverá ser realizada a oitiva do indiciado, constante como diligência obrigatória. Durante seu interrogatório, o indiciado poderá optar pela garantia do direito ao silêncio, não respondendo a nenhuma das perguntas realizadas pelo Delegado.

A respeito das características, inicialmente, sobre a forma do inquérito policial há a exigência de ser um procedimento escrito, uma vez que como já visto, possui a finalidade de fornecer subsídios à ação penal. Para tanto, o artigo 9º do Código de Processo Penal de 1941⁴⁰, dispõe a respeito de tal pressuposto.

Ainda, o Inquérito Policial é tido como sigiloso. Característica esta, descrita por Júlio Fabbrini Mirabete, como:

[...] qualidade necessária a que possa a autoridade policial providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que lhe oponham, no caminho, empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas etc.⁴¹

Nesse mesmo seguimento, há a necessidade de esclarecer que, apesar de sigiloso, este é voltado apenas às pessoas alheias a Investigação. Por outro viés, não há sigilo em se tratando do Advogado, Juiz e membro do Ministério Público.

⁴⁰ Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. In: BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Decreto-Lei/Del3689C_ompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴¹ MIRABETE, 2001, p. 78.

Referente ao defensor, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 14, de conteúdo já especificado em Capítulos anteriores.

A indisponibilidade também norteia o inquérito policial. Uma vez que este tenha sido instaurado, a autoridade policial não pode dele dispor, ou seja, propiciando seu arquivamento, já que não pode emitir juízo de valor ao apreciar o Inquérito. Essa característica está disposta no artigo 17 do Código de Processo Penal de 1941.⁴² Nesse caminho é que Fernando Tourinho da Costa Filho se manifesta demonstrando seu entendimento da seguinte maneira:

A opinio delicti cabe ao titular da ação penal e não àquele que se limita, simplesmente, a investigar o fato infringente da norma e quem tenha sido seu autor. Por isso mesmo não pode, em qualquer circunstância, determinar o arquivamento dos autos do inquérito.⁴³

Ainda a respeito da indisponibilidade, vale dizer que mesmo que a autoridade policial constate que não há a ocorrência de nenhum fato criminoso, não poderá determinar o arquivamento dos autos de inquérito. Quando essa situação ocorrer, deverá, desde logo, confeccionar o relatório final e encaminhar os autos ao juízo competente, e aguardar que o juiz faça remessa ao membro do Ministério Público para que tome as medidas cabíveis.

A esse respeito, Mirabete estabelece que:

Ainda que fique provada a inexistência do fato ou que não se tenha apurado a autoria do ilícito penal, a autoridade policial não pode mandar arquivar o inquérito (art. 17). Tal providência cabe ao juiz, a requerimento do órgão do Ministério Público. Sendo este último destinatário do inquérito policial, deve formular um juízo de valor sobre o seu conteúdo, para avaliar da existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Se não encontrar esses elementos, cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento do inquérito. Tal requerimento deve ser fundamentado, já que a lei menciona as “razões invocadas” para o arquivamento no artigo 28. Pode ocorrer, porém, um pedido implícito de arquivamento, como, por exemplo, na manifestação de que a prova coligida não autoriza estabelecer a participação de um indiciado na prática do crime, ou de que considera o juiz incompetente, recusando-se a oferecer a denúncia.⁴⁴

A última característica citada, não pode se confundir com a dispensabilidade. Esta, demonstra a possibilidade de o Ministério Público dispensar a instauração do Inquérito Policial quando já tiver provas suficientes para denunciar, ou seja, quando

⁴² Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito. In: BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴³ TOURINHO FILHO, 2013, p. 326.

⁴⁴ MIRABETE, 2001, p. 96.

já possuir a justa causa para a instauração da ação penal. Sendo que o suporte probatório poderá ser obtido por meios procedimentais diversos do inquérito policial. “Podem ser citados como exemplos: a) a investigação direta promovida pelo membro do Ministério Público; b) o Inquérito parlamentar elaborado pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI (art. 58, §3º, CF); c) o inquérito policial militar, instaurado para apurar crime militar que identifica a prática de um crime comum.”⁴⁵

A partir do artigo 5º, I do CPP⁴⁶, se extrai a Oficiosidade. Tal característica indica que o Inquérito Policial será instaurado de ofício nos casos em que a ação penal for pública incondicionada, sendo obrigatória a instauração independentemente de provocação⁴⁷

Por fim, vale dizer que o inquérito policial é unidirecional, ou seja, possui uma única finalidade, a de buscar autoria e materialidade de suposto fato delituoso, portanto não é cabível juízos de valoração por parte da autoridade policial, quando da confecção do relatório final.

Quando for necessário, seguindo os mandamentos do dispositivo legal (art. 6º, VI, CPP), e conforme o que aduz Tourinho Filho: “a autoridade policial deverá, quando necessário, proceder o reconhecimento de pessoas ou coisas. Os reconhecimentos devem ser feitos segundo as prescrições do arts. 226, 227 e 228 do CPP.”⁴⁸

É necessário também, que o Delegado de Polícia, realize acareações. Sobre o cabimento da acareação, ainda utilizando os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Os acareados serão perguntados sobre os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato da acareação. Repita-se: a acareação é cabível quando a divergência entre depoimentos, declarações, interrogatórios ou entre uns e outros versar sobre fato ou circunstância relevante.

Em relação aos exames periciais, deverá ser realizado exame de corpo de delito, todas as vezes que a infração deixar vestígios. Sendo que, os demais exames periciais também possuem notória relevância, como por exemplo, a realização de

⁴⁵ DUARTE, Guido Arrien. As Principais Características do Inquérito Policial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51107&seo=1>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁴⁶ Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício. In: BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁷ DUARTE, 2014.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, 2013, p. 290.

exame de sinais identificadores de veículo automotor, auto de constatação provisória de droga, perícia de prestabilidade e eficiência de arma de fogo, dentre outros.

Algumas vezes, há a necessidade de se proceder a reprodução simulada dos fatos, “às vezes deverá a autoridade policial, para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que ela não contrarie a moralidade ou a ordem pública”, conforme ensinamentos de Tourinho Filho.

Em se tratando do reconhecimento, este poderá ser realizado por meio de fotografias ou pessoal.

Por fotografia, a autoridade deverá intimar o ofendido para comparecer em data e horário específicos. Comparecendo, mostrará à vítima algumas fotografias com o intuito de que possa identificar o suspeito. Deverá então, ser confeccionado um auto de reconhecimento de pessoas por fotografia. Neste auto, deverá constar data e horário, delegacia competente, cartório o qual realizou o auto, reconhecedor qualificado, pequeno relatório dos fatos com a descrição do ocorrido, nome dos suspeitos os quais foram apresentados nas fotografias e, quando identificados, o ofendido deve garantir que o fez com cem por cento de certeza e sem sombra de dúvidas.

Por outro lado, o reconhecimento pessoal ocorre nos seguintes moldes. A Autoridade Policial determina o comparecimento da vítima em data e horário pré-estabelecidos, também por meio de intimação. Em sala especial, o Delegado libera os suspeitos (presos), quantos achar necessários, colocando-os em fila e identificando-os por meio de números. O ofendido, por sua vez, sem que os suspeitos lhe vejam, observa minuciosamente podendo identificar ou não o agente ativo do delito. Identificando, confecciona-se auto de reconhecimento pessoal a ser juntado aos autos de inquérito policial.

Por fim, deverá ser juntada aos autos de inquérito a folha de antecedentes, a qual “apresenta relevante valor, pois, por meio dele, como vimos, constata-se se o criminoso é reincidente ou não, circunstância importantíssima para a aplicação da pena, como se pode verificar pelos arts. 61, I e 77, I, todos do CP”, conforme aduz Tourinho Filho.

2.5 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: A SÚMULA VINCULANTE Nº 14 STF, A LEI 13.245/2016 E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Primeiramente, é importante mencionar a Súmula Vinculante 14 do STF, já que esta dispõe a respeito do direito do advogado em relação ao investigado, da seguinte forma:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso 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.⁴⁹

Destarte, reforçando o texto sumulado, em 12 de janeiro de 2016 foi publicada a Lei 13.245/2016, que alterou o artigo 7º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, oportunizando que, em sede de investigação preliminar policial, o advogado possa assistir o seu cliente durante o processo apuratório. Apesar de tal alteração, não significa que a aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa, foi abrangida. A lei em tela, assegurou, portanto, que o procurador tenha a possibilidade de examinar os inquéritos policiais e, investigações de qualquer natureza.

Nesse ínterim, houve certo conflito entre a lei publicada em 2016 e a Súmula Vinculante, já que a alteração realizada pela referida Lei, permite ao advogado acesso à procedimentos investigativos de qualquer natureza, o que não ocorre quando se analisa o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte Suprema, garante, somente, que o procurador tenha amplo acesso às provas já documentadas.

Em demonstração à controvérsia acima citada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu utilizando como base a Súmula Vinculante nº 14, portanto, indeferindo a solicitação, pois a Súmula garante acesso, somente, às provas já documentadas. Desta maneira, o TJ/SP assim decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA – Procedimento Investigatório Criminal –
Negativa de acesso a Medidas Cautelares Sigilosas em Curso -

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sula=1230>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

IMPOSSIBILIDADE – Inexistência de elementos de prova já documentados. Somente diligências findas e cujo acesso já não comprometa a eficácia da investigação, podem ser franqueadas à Defesa. Ausência de violação à Súmula Vinculante nº 14/STF, verbis: "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". Precedentes do STF. Segurança denegada. (TJSP, 2017)⁵⁰

Diante do acima exposto, resta observar como se posiciona o Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de o defensor acessar amplamente os elementos de prova já constituídos e que digam respeito ao exercício do direito de defesa. É possível, nesse sentido, haver à incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa na Investigação Preliminar. Quanto à discussão existente nas doutrinas, dentre as quais Aury Lopes Jr. concorda com a incidência de tais princípios em sede investigativa, e, ao contrário, autores, como: Guilherme de Sousa Nucci e Fernando da Costa Tourinho Filho discordam de tal possibilidade, defendendo o caráter inquisitivo do Inquérito Policial.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal estabelece seu entendimento e, conseqüentemente, profere a maioria de suas decisões conforme o pensamento dos últimos autores citados e, estabelece da seguinte maneira:

"HABEAS CORPUS" - AUSÊNCIA DE ADVOGADO AO ATO DE INTERROGATORIO POLICIAL E JUDICIAL - DESISTENCIA DAS TESTEMUNHAS DA DEFESA - VALIDADE - AUSÊNCIA DE REPERGUNTAS AS TESTEMUNHAS POR PARTE DA DEFESA - INEXISTÊNCIA DE LESÃO A GARANTIA DO CONTRADITORIO - FALTA DE INTIMAÇÃO DO PACIENTE E DE SEU ADVOGADO PARA OS ATOS DE INSTRUÇÃO CRIMINAL - INOCORRENCIA - PEDIDO INDEFERIDO. - A ausência de Advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. O interrogatório judicial - que constitui ato pessoal do magistrado processante - não está sujeito ao princípio do contraditório. Precedente: HC 68.929-9, rel. Min. CELSO DE MELLO. - A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que e somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Precedente: RE 136. 239-1, rel. Min. CELSO DE MELLO. - A jurisprudência do STF tem proclamado que a desistência do depoimento

⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 20054222920178260000 SP 2005422-29.2017.8.26.0000. Relator: Paulo Rossi. Data de Julgamento: 15 de março de 2017. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440850403/mandado-de-seguranca-ms-20054222920178260000-sp-2005422-2920178260000?ref=juris-tab>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

testemunhal constitui faculdade jurídica de qualquer das partes, contendo-se, por isso mesmo, nos poderes processuais do defensor. - O fato de o defensor técnico do réu não haver formulado reperguntas as testemunhas não traduz, só por si, circunstancia apta a configurar causa de nulidade processual. - As informações prestadas pelo órgão apontado como coator presumem-se verdadeiras. Eventual conflito entre elas e as razões invocadas pelo impetrante do "habeas corpus", desde que desacompanhadas estas de qualquer elemento comprobatório de sua realidade, deve resolver-se em favor dos esclarecimentos emanados da autoridade pública, especialmente quando se trata de um Tribunal de segunda instância.⁵¹

Por fim, ainda tratando dos princípios do contraditório e ampla defesa, no mesmo seguimento da Corte Suprema, acima citado, o Supremo Tribunal de Justiça, firma seu entendimento da seguinte forma:

PROCESSO PENAL – INQUÉRITO - PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA – CONTRADITÓRIO – INAPLICABILIDADE. - O inquérito é um procedimento administrativo-informativo destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. Nele não se aplica o princípio processual do contraditório. - Precedentes do STF e STJ. - Recurso desprovido.⁵²

Apesar de autores como o já referido, Aury Lopes Jr defenderem a possibilidade de incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa em âmbito investigativo, observa-se em sede jurisprudencial a inaplicabilidade completa desse entendimento, firmando seu apoio à natureza inquisitiva do Inquérito Policial.

Ainda, mencionando o que alude Aury Lopes Jr., a respeito do artigo 5º, LV da Constituição Federal, entende o autor que não se pode realizar a interpretação restritiva, já que o dispositivo aborda a respeito do contraditório e ampla defesa e, para tanto, foi utilizado o termo “acusados em geral”. Portanto, a “confusão terminológica não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial [...]”.⁵³

Aury Lopes Jr. prossegue o seu pensamento da seguinte forma:

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 69372 - SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 22 de setembro de 1992. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750633/habeas-corpus-hc-69372-sp>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 10785 SP 2000/0136750-1. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Data de Julgamento: 02 de outubro de 2001. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/291441/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-10785-sp-2000-0136750-1>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵³ LOPES JR., 2016, p. 174.

Sucedee que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo.⁵⁴

Prossegue, explicando que:

Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo. O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a Administração da Justiça. Não obstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal [...]. Em suma: existe direito de defesa (técnica e pessoal – positiva e negativa) e contraditório (no sentido de acesso aos autos). O desafio é dar-lhes a eficácia assegurada pela Constituição.⁵⁵

Destarte há que se falar nas garantias inerentes ao procurador, sendo as principais, encontradas no art. 7º da Lei nº 8.906/94. De forma sucinta, é importante mencionar em quais incisos encontram-se alocadas às garantias importantes ao tema. Primeiramente, há que se falar no art. 7º, III, da referida lei, o qual concede permissão ao advogado para: “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.”⁵⁶

Sequencialmente, é importante citar os incisos XIV e XXI do mesmo artigo, os quais, entre outros, tiveram sua redação reformada pela Lei 13.245/2016, conferindo, respectivamente, ao advogado poderes, mesmo sem procuração, para examinar autos de flagrante (e de investigações de qualquer natureza), podendo, principalmente, realizar cópias e tomar apontamentos; e, poderes para que, durante a apuração de infrações, concedam assistência a seu cliente, sob pena de nulidade

⁵⁴ LOPES JR., 2016, p. 174.

⁵⁵ Ibid., p. 176-177.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

absoluta do interrogatório ou depoimento e de todos os atos (investigatórios e probatórios) dele derivados.

A reforma trazida pela Lei 13.245/2016, em sanção ao descumprimento do art. 7º, XIV, estabeleceu que o fornecimento incompleto dos autos ou de autos em que houve a retirada de peças que já haviam sido incluídas no caderno investigatório, implica em responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que realizar tal impedimento.

Após análise do artigo supracitado, é importante mencionar que, não existe sigilo algum para o advogado, este pode solicitar acesso às peças do inquérito quando lhe for oportuno, podendo retirar cópias, realizar apontamentos.

Para melhor explicar, voltemos aos ensinamentos de Aury Lopes Jr., este entende que:

[...] não pode ser vedado o acesso do advogado ao inquérito, sob pena de violação do contraditório (direito de informação) e do direito de defesa técnica, assegurados no art. 5º, LV. Posteriormente, com o advento da Lei nº 8.906/94, reforçamos a crença no acerto da posição. Contudo, infelizmente, os tribunais continuavam fazendo pouco caso da Constituição e da Lei nº 8.906. [...] finalmente, em 02/02/2009 foi editada pelo STF a Súmula Vinculante nº 14.⁵⁷

Por fim, vale citar, quais são realmente os procedimentos que envolvem o procurador no que tange ao Inquérito Policial. Aury Lopes Jr. é quem explica a esse respeito, e faz da seguinte maneira:

É um direito do defensor: portanto, pode ser mantido o sigilo externo (para os meios de comunicação, por exemplo). - No interesse do representado: logo, pode ser exigida procuração para comprovação da outorga de poderes e também justificar a restrição de acesso aos elementos que sejam do interesse de outros investigados não representados por aquele defensor (isso pode ser relevante na restrição de acesso aos dados bancários ou fiscais de outros investigados que não são representados por aquele advogado). Esse interesse é jurídico e vinculado à plenitude do direito de defesa. - Ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados: o acesso é ir- restrito aos atos de investigação (há uma histórica confusão conceitual, pois não são, propriamente, atos de prova, mas meros atos de investigação), desde que já documentados. Com isso, preserva-se o necessário sigilo aos atos de investigação não realizados ou em andamento, como, por exemplo, a escuta telefônica em andamento ou um mandado de prisão ou busca e apreensão ainda não cumprido. - Procedimento Investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária: o mandamento dirige-se, obviamente, à polícia judiciária e aos atos realizados no curso do inquérito policial. Contudo, vislumbramos plena aplicação nas eventuais investigações feitas pelo Ministério Público ou

⁵⁷ LOPES JR., 2016, p. 177-178.

mesmo no âmbito de CPIs ou sindicâncias administrativas. Significa dizer que o acesso deve ser garantido a qualquer procedimento investigatório, ainda que realizado por outras autoridades, mas que naquele ato equiparam-se à polícia judiciária no que diz respeito ao conteúdo e finalidade dos atos praticados. Não haveria sentido algum em assegurar – acertadamente – o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, mas não ao procedimento investigatório similar realizado pelo Ministério Público, apenas porque a investigação preliminar é levada a cabo por outro agente estatal.⁵⁸

Ademais, Aury, menciona a possibilidade de denegação do pedido de vista do Inquérito Policial e quais podem ser as atitudes tomadas pelo mesmo.

Mas e se ainda assim for denegado o pedido de vista do inquérito policial, o que deve fazer o advogado? Por se tratar de decisão que nega eficácia à Súmula Vinculante, o remédio processual adequado é a Reclamação, feita diretamente ao STF, nos termos dos arts. 102, I, “I”, e 103-A, § 3o, da Constituição. Mas nada impede que o defensor interponha, primeiramente, Mandado de Segurança junto ao juízo de primeiro grau (quando a negativa de acesso for da autoridade policial) ou ao respectivo tribunal (quando o ato coator emana de juiz).⁵⁹

Já a Constituição Federal aduz, no artigo 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Há, na investigação preliminar, a necessidade de defesa técnica, conforme encontra-se consagrada no art. 261 do Código de Processo Penal⁶⁰, encontra-se limitada. Mesmo que o direito de defesa esteja acautelado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LV⁶¹, conforme ditames de Aury Lopes Jr.,” (...) na a prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior.”⁶²

⁵⁸ LOPES JR., 2016, p. 178-179.

⁵⁹ LOPES JR., 2016, p. 179.

⁶⁰ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. In: BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁶¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - 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; [...]. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁶² LOPES JR; JACOSSEN GLOECKNER, 2014, p.472.

Nesse ponto, a Lei 13.245/2016 alterou o art. 7º da Lei 8.906/94, a qual identifica os direitos do advogado, abrangendo os seguintes direitos: comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; 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.

Para tanto, destaca Aury Lopes Jr.: “não existe sigilo para o advogado no inquérito policial [...], como bem decidiu o STF através da Súmula Vinculante 14⁶³.”⁶⁴

Destarte, vale mencionar a respeito da autodefesa positiva. Tal instituto é atribuído ao sujeito passivo que resiste por si à pretensão do Estado, para tanto, Aury Lopes Jr., a descreve da seguinte maneira:

[...] a autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.⁶⁵

Aury Lopes Jr., finaliza: “[...] está expressamente consagrada no art. 185 do CPP a necessidade da presença de defensor, constituído ou dativo, quando do interrogatório policial”.⁶⁶ Esse entendimento, é observado no que tange as extensões do art. 5º da Constituição Federal, especificamente nos incisos LXIII e LV, sendo que

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁶⁴ LOPES JR; JACOSSEN GLOECKNER, 2014, p.477.

⁶⁵ Id., 2014, p.479.

⁶⁶ Id., 2014, p. 480.

para o referido autor as garantias presentes em tais incisos devem ser utilizadas também no Interrogatório.

3 ANÁLISE DO PROJETO LEI Nº 8045/2010, O CONFRONTO COM O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATUAL E A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Há de se falar, no Projeto Lei nº 8045/2010, que visa reformar o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), utilizado atualmente. No referido Projeto Lei, é possível observar mudanças quanto à incidência dos princípios do Contraditório e Ampla Defesa, já aludidos, em Capítulos anteriores. Tanto quanto é importante observar a possibilidade de haver a presença do advogado na investigação preliminar, para isso, é que o Projeto Lei será importante neste Capítulo, permitirá que se vislumbre maiores possibilidades da participação eficaz do procurador em sede investigativa.

O artigo 11, do Projeto Lei nº 8045/2010, o qual inexistente no Código atual, traz a seguinte redação:

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso a que faz referência o caput deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.⁶⁷

Nesta situação, é possível frisar, o Código atual sequer faz menção à essa possibilidade. Portanto, o Projeto Lei, neste artigo, já traz aos olhos a possibilidade de haver contraditório, já que faz menção à probabilidade de haver o mínimo de defesa na investigação preliminar, quando cita: “É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal [...] O acesso a que faz referência o caput deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos [...]”, na fase investigativa. Quando cita, apontamentos, é possível, da mesma forma que Aury Lopes Júnior, entende quanto ao art. 5º, LV da Constituição, realizar uma interpretação extensiva, já que “apontamentos”, pode, de certa forma, configurar como defesa.

Ainda comentando a respeito do Projeto Lei, fica mais clara essa possibilidade de defesa, no art. 13, caput, já que este aduz:

⁶⁷ BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

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.⁶⁸

Nesse, torna mais harmônica a abrangência dos princípios. Visto que, estabeleceu direitos mais amplos ao acusado. Trazendo também a figura do Juiz das Garantias, o qual, em tese, será responsável pelo controle da legalidade da investigação preliminar, resguardando, desta forma, os direitos inerentes ao acusado. Isso fica explícito no artigo 14, caput e inciso III do Projeto Lei.

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença [...].⁶⁹

Vale salientar ainda que pelo Projeto o investigado, se preso, deve ter assistência de seu advogado ou defensor público desde o interrogatório policial. Mais um realce da presença do princípio do contraditório. Esta possibilidade vem redigida no art. 64, caput e § 1º do Projeto Lei, da seguinte maneira:

Art. 64. O interrogatório constitui meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor. § 1º No caso de flagrante delito, se, por qualquer motivo, não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local, o auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando o delegado de polícia o momento mais adequado para realizá-lo, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade.⁷⁰

É importante mencionar, ainda, que há a previsão da não admissão de métodos e técnicas ilícitas ou qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declaração do investigado, seja ele preso ou não, conforme

⁶⁸ BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁶⁹ BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁷⁰ BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/actual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

art. 65⁷¹ do referido Projeto. Por fim, o art. 66⁷² prevê que o investigado ou acusado será informado a respeito de todos os fatos a ele imputados.⁷³

Ainda que, apesar dos princípios do contraditório e da ampla defesa estarem mencionados na mesma norma (art. 5º, CF), eles não podem se misturar ou confundir. A ampla defesa, em breves palavras, seria a possibilidade de o “litigante” utilizar em sua defesa, todos os meios de prova admitidos no Direito. Para o caso da investigação preliminar, seriam, basicamente, os referidos nos artigos 158 a 184 do Código de Processo Penal. Já o contraditório, seria, em breves linhas, o direito à manifestação.

Aury Lopes Júnior, ao citar Ada Pellegrini Grinover, quanto ao contraditório e defesa, demonstra o pensamento da referida autora do seguinte modo:

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício de defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.⁷⁴

⁷¹ Art. 65. Será respeitada em sua plenitude a capacidade de compreensão e discernimento do interrogando, não se admitindo o emprego de métodos ou técnicas ilícitas e de quaisquer formas de coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declarar, sendo irrelevante, nesse caso, o consentimento da pessoa interrogada. § 1º A autoridade responsável pelo interrogatório não poderá prometer vantagens sem expresse amparo legal. § 2º O interrogatório não se prolongará por tempo excessivo, impondo-se o respeito à integridade física e mental do interrogando. O tempo de duração do interrogatório será expressamente consignado no termo de declarações. In: BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁷² Art. 66. Antes do interrogatório, o investigado ou acusado será informado: I – do inteiro teor dos fatos que lhe são imputados ou, estando ainda na fase de investigação, dos elementos informativos então existentes; II – de que poderá entrevistar-se, em local reservado e por tempo razoável, com o seu defensor; III – de que as suas declarações poderão eventualmente ser utilizadas em desfavor de sua defesa; IV – do direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder a uma ou mais perguntas em particular, ou todas que lhe forem formuladas; V – de que o silêncio não importará confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Parágrafo único. Em relação à parte final do inciso I do caput deste artigo, a autoridade não está obrigada a revelar as fontes de prova já identificadas ou a linha de investigação adotada. In: BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁷³ PRUDENTE, Neemias. Principais mudanças (e polêmicas): projeto de novo Código de Processo Penal. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942852/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁷⁴ GRINOVER, Ada, Pellegrini. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 469 apud LOPES JR; JACOSSEN GLOECKNER, 2014.

Destarte, ao citar Aury Lopes Júnior, este demonstra confiança na mudança que poderá ser trazida pelo Projeto Lei ora referido e, o aduz assim:

[...] o sistema brasileiro não possui uma fase intermediária contraditória, que poderia amenizar os rigores da investigação preliminar inquisitiva. Para amenizar esse grave inconveniente, seria interessante que o novo CPP estabelecesse, além da fase intermediária contraditória, o dever de comunicar imediatamente a existência de uma imputação, bem como o de alertar em que qualidade são prestadas as declarações.⁷⁵

Apesar de já ter sido feita menção de tal orientação jurisprudencial em capítulo anterior, cabe mencionar as considerações feitas por Aury Lopes Jr. a respeito da Súmula Vinculante 14⁷⁶:

Outro problema, até a edição da Súmula Vinculante 14, estava no segredo das investigações, previsto no art., 20 do CPP. Segundo o dispositivo em tela, a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.⁷⁷

Nesse ínterim, após a referida discussão doutrinária, o Projeto Lei nº 8045/2010, parece suprir a lacuna (já comentada) realizada pelo legislador ao redigir o art. 5º, LV da Constituição Federal. Além disso, confere didaticamente, os reais direitos conferidos ao acusado na investigação preliminar, inclusive no que tange ao direito de defesa.

Por fim, em cotejo com o Código de Processo Penal Brasileiro, há de se falar em Portugal. Brasil e Portugal possuem sistemas processuais penais muito parecidos, contudo há muitas divergências no que tange a Investigação Preliminar. A principal diferença encontra-se na titularidade da Investigação Preliminar, já que em Portugal está a cargo do Ministério Público, enquanto no Brasil está atribuição pertence à Autoridade Policial.

Diante do fracasso do inquérito policial no Brasil, instrumento que não tem cumprido com seu objetivo de auxiliar o Ministério Público na formação da *opinio delicti*, a função investigativa dos representantes ministeriais tem ganhado espaço no seio das comunidades, seguindo uma tendência

⁷⁵ LOPES JR; JACOSSEN GLOECKNER, 2014, p. 445.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sula=1230>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁷⁷ LOPES JR; JACOSSEN GLOECKNER, op. cit., p. 445.

mundial onde promotores criminais vêm ocupando o comando das investigações criminais de maneira cada vez mais efetiva.⁷⁸

No Brasil, o procedimento nomeado como Inquérito Policial, recebe a nomenclatura apenas de Inquérito, em Portugal.

3.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 X O PROJETO LEI 8.045/2010

Há de se falar aqui, quando há a ocorrência de um crime, independentemente de sua natureza, e a notícia chega ao conhecimento da Autoridade Policial, esta, a partir de sua competência, instaura, o Inquérito Policial. Para tanto, é que se dá início às investigações. Como exemplo, é possível mencionar o flagrante delito. Este, ocorre quando, o sujeito ativo do crime é pego praticando o ato ilícito, sendo assim, é conduzido à Delegacia competente para os procedimentos.

Ainda, fazendo menção ao flagrante, há a possibilidade de observar seu procedimento. Após a condução do agente criminoso à Delegacia competente, o primeiro processo a ser realizado é a confecção do Boletim de Ocorrência. Logo após, há a oitiva do Policial Condutor do agente, que também é a primeira testemunha, seguido do Termo de Depoimento do segundo Policial, o qual vislumbrou juntamente com o primeiro, a ação criminosa. Os próximos procedimentos, dependerão do tipo penal o qual o sujeito coator se encaixará. Havendo a possibilidade de apreensões, autos de avaliações, autos de constatações (quando houver substâncias análogas à droga – Auto de Constatação Provisória de Droga), oitivas de testemunhas, vítimas, etc.

Há de se falar também em instauração da Investigação Policial quando existe a Requisição do Ministério Público. Como alude Aury Lopes Jr.:

Em sendo o possuidor da informação um órgão jurisdicional, deverá enviar os autos ou papéis diretamente ao Ministério Público (art. 40) para que decida se exerce imediatamente a ação pena, requisite a instauração do IP ou mesmo solicite o arquivamento (art. 28). A Constituição, ao estabelecer a titularidade exclusiva da ação penal de iniciativa pública, esvaziou em parte o conteúdo do artigo em tela. Em que pese o art. 5º, II, do CPP, entendemos que não cabe ao juiz requisitar abertura de inquérito policial, não só porque a ação penal de iniciativa pública é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório.

⁷⁸ SANDERSON, Ubiratan Antunes. Sistema policial de Portugal está à frente do brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**, Porto Alegre, jun. 2006. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-10/sanderson-sistema-policial-portugal-frente-brasileiro>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

Inclusive, quando a representação é feita ao juiz – art. 39, § 4º -, entendemos que ele não deverá remeter à autoridade policial, mas sim ao MP. Não só porque é o titular da ação penal mas porque o próprio § 5º do art. 39 permite que o MP dispense o IP quando a representação vier suficientemente instruída e quem deve decidir sobre isso é o promotor, e não o juiz. Em definitivo não cabe ao juiz requisitar a instauração do IP, em nenhum caso, mesmo quando o delito for, aparentemente, de ação penal privada ou condicionada, deverá o juiz remeter ao MP, para que este solicite o arquivamento ou providencie a representação necessária para o exercício da ação penal. Se for o próprio MP quem tomar conhecimento da existência do delito, deverá exercer a ação penal no prazo legal, requisitar a instauração do IP ou solicitar o arquivamento.⁷⁹

Sendo assim, continuando o que aduz Aury Lopes Jr., a requisição realizada pelo Ministério Público, querendo ou não, é um modo/modalidade de notícia crime, pois esta tem relação com um acontecimento que possivelmente tem relevância jurídica. Para tanto, “recebendo a requisição, a autoridade policial deverá imediatamente instaurar o inquérito policial e praticar as diligências necessárias e eventualmente determinadas pelo MP.”⁸⁰

Destarte, cabe mencionar a respeito do requerimento do ofendido, ou seja, quando há delitos que serão encaixados na Ação Penal de Iniciativa Pública Incondicionada. Nesse caso, trata-se de uma notícia crime de forma objetivamente qualificada, já que há exigência de uma condição especial do sujeito, ou seja, ser o ofendido.

Vale explicar tal possibilidade, nas palavras de Aury Lopes Jr., tomando por base o Código de Processo Penal atual.

No sistema adotado pelo CPP, nos delitos de ação penal de iniciativa pública, a fase pré-processual está nas mãos da polícia, e a ação penal, com o Ministério Público. Sem embargo, cabe à vítima atuar em caso de inércia dos órgãos oficiais, da seguinte forma: - requerendo a abertura do IP se a autoridade policial não o instaurar de ofício ou mediante a comunicação de qualquer pessoa; - exercer a ação penal privada subsidiária da pública em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da CB c/c art. 29 do CPP).

Ao lado desses mecanismos de impulso em caso de inércia, a vítima poderá acompanhar a atividade dos órgãos públicos da seguinte forma: - solicitando diligências no curso do inquérito (art. 14), que poderão ser realizadas ou não a juízo da autoridade policial, bem como facilitando dados, documentos e objetos que possam contribuir para o êxito da investigação. [...] ⁸¹

⁷⁹ LOPES JR., 2016, p. 130-131.

⁸⁰ Ibid., p. 131.

⁸¹ Ibid., p. 132.

Cotejando, há de se falar que, no Código de Processo Penal atual (de 1941), esta hipótese citada acima está referida da seguinte maneira:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. § 1º - O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível: a) a narração do fato, com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer; c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência. § 2º - Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia. § 3º - Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. § 4º - O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. § 5º - Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.⁸²

Após, a partir do Projeto Lei nº 8.045/2010, é possível notar que o legislador alterou, dentre outras, a possibilidade de requisição por meio do ofendido, trazendo grandes melhorias e mais oportunidades de intervenção por meio da vítima, sendo trazido de maneira mais abrangente e explicativa, tentando suprir as lacunas do CPP atual, e ao invés das possibilidades serem incorporadas em parágrafos, como acima demonstrado no art. 5º, incisos e parágrafos, o legislador as fez em artigos distintos (artigos 20 à 22, PL 8.045/2010). O faz da seguinte maneira:

Art. 20. O inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição do Ministério Público; III – a requerimento, verbal ou escrito, da vítima ou de seu representante legal. § 1º Nas hipóteses dos incisos I e III do caput deste artigo, a abertura do inquérito será comunicada imediatamente ao Ministério Público. § 2º A vítima ou seu representante legal também poderão solicitar ao Ministério Público a requisição de abertura do inquérito policial. § 3º Da decisão que indeferir o requerimento formulado nos termos do inciso III do caput deste artigo, ou se não houver manifestação do delegado de polícia em 30 (trinta) dias, a vítima ou seu representante legal poderão recorrer, no prazo de 5 (cinco) dias, à autoridade policial hierarquicamente superior, ou representar ao Ministério Público, na forma do § 2º deste artigo.

Art. 21. Independentemente das disposições do art. 2º, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal poderá comunicá-la ao delegado de polícia ou ao Ministério Público, verbalmente ou por escrito, para que sejam adotadas as providências cabíveis, caso haja fundamento razoável para o início da investigação.

⁸² BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

Art. 22. O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado, sem prejuízo da possibilidade de prisão em flagrante delito. (inexistente) Parágrafo único. No caso de prisão em flagrante delito, não havendo representação da vítima no prazo de 5 (cinco) dias, o preso será imediatamente colocado em liberdade.⁸³

Isto posto, para melhor explicar, e entender as mudanças, é importante demonstrar, neste caso, por meio de uma simples tabela (“elaboração própria”), onde foram realocados os artigos (comparação entre o Código de Processo Penal Atual e o Projeto Lei nº 8.045/2010).

TABELA COMPARATIVA – CPP ATUAL E PL 8.045/2010	
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATUAL (1941)	PROJETO LEI 8.045/2010
ART. 5º, I e II.	ART. 20, I, II e III.
ART. 5º, § 1º, a, b, c.	NÃO INCORPORADO NO PROJETO.
INEXISTENTES.	ART. 20, § 1º e § 2º.
ART. 5º, § 2º.	ART. 20, § 3º.
ART. 5º, § 3º.	ART. 21.
ART. 5º, § 4º.	ART. 22.
INEXISTENTE.	ART. 22, § ÚNICO.
ART. 5º, § 5º.	NÃO INCORPORADO NO PROJETO.

Tabela 1 – Comparativo entre o CPP ATUAL (1941) E PL 8.045/2010

3.2 DIREITO COMPARADO: O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E O BRASILEIRO

Antes de abranger a respeito da Investigação Preliminar Brasileira e Portuguesa, é importante fazer um distintivo entre seus sistemas processuais.

No Brasil, a fase que antecede a ação penal, intitula-se como Inquérito Policial. Esta, como já tratado anteriormente, apesar de variar a depender da natureza da ação a qual ele pretende subsidiar informações, pode se iniciar de Ofício, mediante Portaria instaurada pela Autoridade Policial, por requisição Judicial ou Ministerial, por Auto de Flagrante Delito ou a pedido do Ofendido.

Já em Portugal, o processo é composto pela fase preparatória, ou investigação stricto sensu, na qual estão inseridos os atos de Inquérito e os atos de Instrução, sendo esta facultativa, e fase do julgamento, que integra os atos

⁸³ <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>

preliminares, a audiência e a sentença.⁸⁴

A partir de tais considerações é possível notar diferenças. No Brasil, a Investigação Preliminar é tida como anterior à fase processual tendo como finalidade subsidiar informações a ela. Distintamente, em Portugal com a Investigação Preliminar já se considera instaurado o Processo.⁸⁵

Após tais considerações, é importante frisar que o Código de Processo Penal de Portugal foi influenciado pelo modelo Alemão e Italiano. Tendo essas influências, modificou a Investigação Preliminar, implantando um modelo acusatório.

Aury Lopes Jr. entende que:

Para designar a investigação preliminar, o legislador português utilizou o termo *inquérito*, definido no art. 262 do CPPp como o *conjunto de diligências que visam a investigar a existência de um crime, determinar seus agentes e a responsabilidade deles em descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*. Além de averiguar o fato e seus autores, a investigação preliminar portuguesa tem o fim – especificamente previsto – de possibilitar a decisão a cerca da abertura ou não do processo penal.⁸⁶

Há de se fazer ainda, comparativos entre o Código de Processo Penal Brasileiro (de 1941 e Projeto Lei 8.045/2010) e o Código de Processo Penal Português.

Primeiramente, a respeito da instauração do Inquérito Policial, vale frisar que: no Código de Processo Penal Brasileiro (no que diz respeito ao PL 8.045/2010), a Investigação Criminal objetiva identificar as fontes de prova e será iniciada quando houver a prática de uma infração penal, conforme descrito no art. 8º do referido Projeto. Já o Código atual (1941) não informa a respeito da Investigação Criminal. Por fim, a esse respeito, no Código de Processo Penal Português o Inquérito é o conjunto de diligências que investigam a existência de um crime.

A respeito da presidência do Inquérito Policial, é possível observar que o CPP atual, informa ser exercida pela Autoridade Policial. Já o Projeto Lei aduz pertencer aos Delegados de Polícia. Ao final, a legislação portuguesa, alude que a direção do Inquérito cabe ao Ministério Público.

⁸⁴ COSTA, CRISTINE OSTERNACK. **A Investigação Criminal no Brasil e em Portugal: Reflexões sobre a figura do Promotor Investigador**. 50 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito de Curitiba, Centro Universitário Curitiba, Lisboa, 2011.

⁸⁵ COSTA, loc. cit.

⁸⁶ LOPES JR.; JACOBSEN GLOECKNER, 2014, p. 387.

No que concerne ao acesso aos autos por parte do advogado, o CPP atual não trata a respeito de tal possibilidade, diferentemente do que trará o Projeto Lei. O último instituto garante ao investigado e ao defensor acesso a todo o material probatório já produzido, podendo por meio de seu advogado, consultar os autos de Inquérito amplamente, realizar apontamentos e retirar fotocópias. Finalmente, o CPPp, não trata dessas possibilidades.

O último comparativo a ser feito, diz respeito ao direito à defesa. Primeiro, o CPP Brasileiro atual, não trata a respeito desse tópico. Em contrapartida, o Projeto reformador traz aos olhos essa possibilidade, facultando ao investigado tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Por fim, o CPP Português entende ser obrigatória a presença do defensor em sede investigativa.

A respeito de tais considerações, a tabela abaixo remete aos temas e informa os artigos correspondentes.

	CPPb 1941	PL 8.045/2010	CPPp
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	INEXISTENTE	Art. 8º - A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal.	Art. 262: 1 - O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. 2 - Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito.
PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL	Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.	Art. 18. A polícia judiciária será exercida pelos delegados de polícia no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.	Art. 263: 1 - A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal atuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.
ACESSO AOS AUTOS	INEXISTENTE	Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal,	INEXISTENTE

		salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso a que faz referência o caput deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.	
DIREITO DEFENSOR	A	INEXISTENTE	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. Art. 64: 1 - É obrigatória a assistência do defensor: a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso; 3 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, se o arguido não tiver advogado constituído nem defensor nomeado, é obrigatória a nomeação de defensor quando contra ele for deduzida a acusação, devendo a identificação do defensor constar do despacho de encerramento do inquérito. Art. 144: 4 - A entidade que proceder ao interrogatório de arguido em liberdade informa-o previamente de que tem o direito de ser assistido por advogado.

Tabela 2 – Comparativo entre CPPp, CPPb atual e o PL 8.045/2010

3.3 A TITULARIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM PORTUGAL

Como já mencionado, em Portugal a titularidade da Investigação Preliminar pertence ao Ministério Público. A partir disso, é importante mencionar que tal instituição integra a Magistratura, portanto vincula-se ao Poder Judiciário.

A esse respeito Aury Lopes Jr. alude que:

O Ministério Público está encarregado de levar a cabo a fase pré-processual, segundo estabelece o art. 263 do CPPp, e para isso conta com a assistência da polícia judiciária, que atua sob seu mando direto e dependência funcional (art. 56 do CPPp).⁸⁷

⁸⁷ LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 387-388.

Seria então, para o referido autor, um sistema de Investigação em que o promotor investigador é o protagonista.

Ainda, há juntamente com o Ministério Público, o Juiz da Instrução (este atua, por vezes como investigador e garante). Neste ponto é importante referir o Projeto Lei 8045/2010, já discutido. Neste dispositivo, é possível observar também a presença de um Juiz das Garantias. Sendo esse, responsável pelo controle da legalidade, conforme aduz o caput do art. 14⁸⁸ do PL 8045/2010. O Juiz das Garantias, faria em um grupo somente todas as atribuições do Juiz da Instrução do CPPp.

Após tratar do Juiz das Garantias, é necessário voltar o foco para o Juiz da Instrução, em Portugal. Este, como já referido, teve sua atuação subdividida em dois grupos: investigador e garante. Os referidos grupos são descritos por Aury Lopes Jr., da seguinte maneira:

O primeiro conjunto de atos, praticados pessoalmente pelo juiz da instrução, está condicionado à prévia petição do Ministério Público, da polícia, do sujeito passivo ou do assistente da acusação. Nesse caso, o juiz intervém pessoalmente, como investigador, mas deve-se destacar que não age de ofício.

No segundo grupo, a figura do juiz assume uma conotação distinta, não mais como investigador, mas como garante, verificando a legalidade e determinando os limites da restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo. Sua atividade está condicionada à prévia invocação de algumas das pessoas anteriormente referidas e não as pratica pessoalmente, mas autoriza sua prática.⁸⁹

Ainda, o mesmo autor entende que o sistema português é um sistema misto. Aqui é que oportunamente deve-se explicar a respeito dos sistemas processuais, dentre eles: inquisitório, acusatório e misto.

O sistema inquisitório é um sistema histórico, pois possui raízes advindas do Direito Romano. Demonstrando essa historicidade, Aury Lopes Jr. discorre que:

No transcurso do século XIII foi instituído o *Tribunal da Inquisição ou Santo Officio*, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias

⁸⁸ Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente. In: BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045/2010. **Câmara de Deputados**. Disponível: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁸⁹ LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 389.

aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento.⁹⁰

Esse sistema teve sua queda com a Revolução Francesa, em meados dos séculos XVIII e XIX. Sendo que para o referido autor, as principais características desse sistema são: iniciativa probatória nas mãos do juiz; ausência das separações de acusar e julgar; o juiz poderia atuar de ofício; não havia contraditório pleno e a havia desigualdade de armas e oportunidades.⁹¹

Em segundo plano, o sistema acusatório os papéis de acusar e julgar estão reservados a pessoas distintas. Para Eugênio Pacelli, a principal característica desse sistema seria além da atribuição das funções (acusação e investigação) estarem em mãos de pessoas diferentes, o processo somente teria início com a acusação.⁹²

Ainda, para Aury, as principais características do sistema acusatório seriam: a distinção entre as atividades de julgar e acusar; a iniciativa probatória é dividida em duas partes; o juiz é tratado como terceiro imparcial; as partes possuem tratamento igualitário; o procedimento é oral e público; há contraditório, possibilidade de defesa e duplo grau de jurisdição.⁹³

Por fim, o sistema misto é aquele nascido com o Código Napoleônico em 1808. Neste, o processo divide-se em duas fases. Pré-processual (inquisitória) e processual (acusatória).

Para Júlio Fabbrini Mirabete, o sistema misto é caracterizado da seguinte forma:

O sistema misto, ou sistema acusatório formal, é constituído de uma instrução *inquisitiva* (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo *contraditório* (de julgamento). Embora as primeiras regras desse processo fossem introduzidas com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1670), a reforma radical foi operada com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, na época de Napoleão, espalhando-se pela Europa Continental no século XIX. É ainda o sistema utilizado em vários países da Europa e até da América Latina (Venezuela). No direito contemporâneo, o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na

⁹⁰ LOPES JR., 2016, p. 41.

⁹¹ Ibid., p. 43.

⁹² PACELLI, 2017, p. 10.

⁹³ LOPES JR., op. cit., p. 43.

segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão.⁹⁴

Após tais pontuações fica mais claro porque o Sistema Português é tido como misto. Já que na Investigação Preliminar o juiz atua como garante e investigador, mas esse juiz não poderá atuar na fase processual estando impedido de julgar, pois já atuou na fase de Inquérito.

3.4 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE PORTUGAL E O PAPEL DO ADVOGADO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Em Portugal, ocorrido um fato supostamente delituoso, o processo inicia-se a partir do momento em que o Ministério Público adquire a notícia do crime por conhecimento próprio, por meio dos órgãos de polícia criminal ou, ainda, indiretamente mediante denúncia de qualquer entidade pública ou particular (art. 241 do Código de Processo Penal). A notícia do crime, salvo exceções, dá lugar à abertura de um inquérito (art. 262, n. 2, do Código Processo Penal).⁹⁵

Cumprido informar que, em 27 de agosto de 2008 foi aprovada, em Portugal, a Lei de Organização da Investigação Criminal (primeira versão – Lei n° 49/2008 – após alterações, a mais recente, pggdlisboaconfigurando a 4ª versão, editada em 23 de maio de 2015, concedendo à Lei o n° 57/2015). Como o próprio nome informa, a Lei visa direcionar a Investigação Criminal, trazendo sua definição, direção, órgãos de polícia criminal, sua organização e fiscalização.

A partir disso, a referida Lei define, em seu art. 1°, a Investigação Criminal Portuguesa, como: “o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo.”⁹⁶

A partir do entendimento de Aury Lopes Jr., é possível dizer que, em Portugal, a fase intermediária não é obrigatória, sendo que o Inquérito é a Investigação Preliminar e está a cargo do Ministério Público. Também, alude que depois da

⁹⁴ MIRABETE, 2001, p. 41.

⁹⁵ COSTA, 2011.

⁹⁶ PORTUGAL. **Lei n° 49, de 27 de agosto de 2008**. Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pggdlisboa.pt/leis/lei_most_ra_articulado.php?nid=1021&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

realização do Inquérito, antes do início da fase processual, pode haver uma fase intermediária que o Código de Processo Penal Português refere como sendo instrução.⁹⁷

Após a referida análise, é importante fazer um demonstrativo a respeito de qual é o papel do advogado na Investigação Criminal de Portugal.

Primeiramente, a esse respeito, cumpre trazer o que alude Aury Lopes Jr.:

O inquérito não pode ser considerado plenamente contraditório, mas está assegurada a presença do defensor no ato do interrogatório. Também lhe assiste o direito a entrevistar-se reservadamente com o sujeito passivo, salvo no caso de terrorismo ou “criminalidade violenta” ou organizada, situações em que só poderá fazê-lo depois do primeiro interrogatório realizado pelo juiz da instrução.⁹⁸

A respeito da presença do advogado, os arts. 64, n.1 e 144, n. 3 e 4 do CPPp aduzem que:

Artigo 64.º Obrigatoriedade de assistência:

1 - É obrigatória a assistência do defensor: a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso; b) Nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária;

Artigo 144.º Outros interrogatórios:

3 - Os interrogatórios de arguido preso são sempre feitos com assistência do defensor.

4 - A entidade que proceder ao interrogatório de arguido em liberdade informa-o previamente de que tem o direito de ser assistido por advogado.

A partir da referência exposta, nota-se que, apesar de não ser “plenamente contraditório”, o Inquérito em Portugal, obriga que haja a assistência, principalmente nos interrogatórios. Estabelecendo comparativo com a legislação brasileira, é possível dizer que no Código de Processo Penal atual, não há nenhuma previsão de assistência por meio de defensor constituído, porém, para suprir essa falta a Lei nº 13.245/2016, como já visto em Capítulos anteriores, altera a art. 7º, XIV do Estatuto da Advocacia, permitindo que o advogado examine os autos de Inquérito Policial, podendo realizar apontamentos e copiar peças, mesmo sem procuração. Ainda, o Projeto Lei 8045/2010, pretende firmar esse posicionamento, permitindo também que haja a presença de defensor em sede investigativa e que esse possa realizar

⁹⁷ I PORTUGAL. **Lei nº 49, de 27 de agosto de 2008**. Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_most_ra_articulado.php?nid=1021&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁹⁸ LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 391.

apontamentos e identificando, também, fontes de prova em favor da defesa do investigado, podendo inclusive entrevistar pessoas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal intuito identificar a finalidade da Investigação Preliminar, observando qual o papel que possui o advogado do investigado nesse trâmite. Nesse sentido, em um primeiro momento foram trazidas, diante de prismas doutrinários diversos, as finalidades da Investigação Preliminar a qual encontra-se inserida em um Estado Democrático de Direito. Além de apresentar de forma breve, as garantias inerentes ao investigado, observando para tanto a Súmula Vinculante nº 14 do STF e as alterações trazidas pela Lei 13.245/2016.

Inicialmente analisou-se a noção geral da Investigação Preliminar, conceituando-a e relatando seus objetivos e funções. Em seguida, havendo a necessidade de se respeitar e garantir aos investigados direitos fundamentais constitucionais, analisou-se, brevemente, as diferenças entre os Sistemas Processuais Penais: acusatório e inquisitório.

Posteriormente, buscou-se trazer as principais garantias conferidas pelo Código de Processo Penal Brasileiro atual ao investigado, analisando os prejuízos causados por não haver a oportunização dos princípios do contraditório e da ampla defesa, cotejando, ainda, com a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, já que esta visa balizar o poder estatal, embasando-se no contraditório entre as partes e na presunção de inocência.

Abordou-se a respeito da Investigação Preliminar Brasileira, ou seja, a respeito do Inquérito Policial, conceituando-o. Tratando, à vista disso, acerca de seu objeto, tido como o fato apresentado na notícia crime ou como aquele alcançado por meio de uma investigação policial espontânea. Analisando ainda, os procedimentos compreendidos pelo inquérito, a quem pertence a titularidade da investigação no Brasil e quais as principais diligências desenvolvidas pela Autoridade competente, e as características inerentes ao Inquérito Policial.

Por último, foi analisado o Projeto Lei nº 8.045/2010 confrontando o mesmo com o Código de Processo Penal Atual, observando assim quais serão as mudanças pelo Projeto propiciadas, no que tange a figura do advogado do investigado. Ainda, foi explorado a respeito do Direito Comparado entre Brasil e Portugal, com o intuito de averiguar seus sistemas processuais (apesar de possuírem pontos em comum, apresentam diversas divergências), principalmente no que tange a titularidade da investigação (no Brasil, a titularidade pertence a Autoridade Policial, já em Portugal,

esta encontra-se nas mãos do Ministério Público) e no papel que possui o advogado do investigado, sendo que, em Portugal a assistência de defensor é obrigatória, divergindo do contexto brasileiro, que somente confere (pela alteração trazida pela Lei 13.245/2016) ao advogado a possibilidade de assistir o seu cliente durante o processo apuratório, assegurando que o procurador possa examinar os autos de Inquérito Policial.

Diante do acima referido, sem embargo, é possível dizer que as alterações legislativas, na Investigação Preliminar, são de extrema necessidade. Essas modificações devem estender a oportunidade de abrangência dos princípios do contraditório e ampla defesa, para que seja garantida a igualdade entre as partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Comissão Especial – Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara dos Deputados. 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/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Portal do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>.

_____. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**. Câmara de Deputados. Disponível: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 10785 SP 2000/0136750-1. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Data de Julgamento: 02 de outubro de 2001. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/291441/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-10785-sp-2000-0136750-1>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 69372 - SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 22 de setembro de 1992. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750633/habeas-corpus-hc-69372-sp>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 88950 - RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 25 de setembro de 2007. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727200/habeas-corpus-hc-88950-rs>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. 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. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?su mula=1230>>.

_____. Tribunal Regional Federal. 3. Região. APELAÇÃO CRIMINAL nº 78 SP 2002.61.81.000078-5. Relator: Juiz Convocado Ricardo China. Data de Julgamento:

15 de dezembro de 2009. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17831838/apelacao-criminal-acr-78-sp-20026181000078-5-trf3>>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, CRISTINE OSTERNACK. **A Investigação Criminal no Brasil e em Portugal: Reflexões sobre a figura do Promotor Investigador**. 50 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito de Curitiba, Centro Universitário Curitiba, Lisboa, 2011.

DUARTE, Guido Arrien. As Principais Características do Inquérito Policial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51107&seo=1>>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINGO foragido dos EUA é preso com grande plantação de maconha na grande Curitiba. **Tribuna**, Curitiba, 21 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/seguranca/gringo-foragido-dos-eua-e-preso-com-grande-plantacao-de-maconha-na-grande-curitiba/>>.

GRINOVER Ada, Pellegrini. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Fábio Motta. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, v. 10, n. 57, 2009.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Um ensaio para uma proposta (inicial) de novo inquérito policial. **Revista Consultor Jurídico**, 01 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/academia-policia-proposta-inquerito-policial>>.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PORTUGAL. **Lei nº 49, de 27 de agosto de 2008**. Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/leimostroarticulado.php?nid=1021&tabela=leis&somiolo=>>.

PRUDENTE, Neemias. Principais mudanças (e polêmicas): projeto de novo Código de Processo Penal. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942852/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-d-e-processo-penal>>.

SANDERSON, Ubiratan Antunes. Sistema policial de Portugal está à frente do brasileiro. **Revista Consultor Jurídico**, Porto Alegre, jun. 2006. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-10/sanderson-sistema-policial-portugal-frente-brasileiro>>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança nº 20054222920178260000 SP 2005422-29.2017.8.26.0000. Relator: Paulo Rossi. Data de Julgamento: 15 de março de 2017. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440850403/mandado-de-seguranca-ms-20054222920178260000-sp-2005422-2920178260000?ref=juris-tabs>>.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.