

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JACILÉIA ROCHA DE VILHENA

A defesa na investigação policial como garantia da dignidade humana na Constituição Federal de 1988: da Súmula Vinculante n. 14/2009 ao Provimento n. 188/2018 da OAB

Mestrado em Direito

São Paulo

2023

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JACILÉIA ROCHA DE VILHENA

A defesa na investigação policial como garantia da dignidade humana na Constituição Federal de 1988: da Súmula Vinculante n. 14/2009 ao Provimento n. 188/2018 da OAB

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg.

São Paulo

2023

Vilhena, Jaciléia Rocha de

A defesa na investigação policial como garantia da
dignidade humana na Constituição Federal de 1988: da
Súmula Vinculante n. 14/2009 ao Provimento n. 188/2018
da OAB / Jaciléia Rocha de Vilhena. -- São Paulo:
[s.n.], 2023.

265p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Ricardo Hasson Sayeg.

Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito.

1. direito de defesa. 2. inquérito policial. 3.
dignidade humana. 4. Súmula Vinculante n. 14/2009. I.
Sayeg, Ricardo Hasson. II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados
em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JACILÉIA ROCHA DE VILHENA

A defesa na investigação policial como garantia da dignidade humana na Constituição Federal de 1988: da Súmula Vinculante n. 14/2009 ao Provimento n. 188/2018 da OAB

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg.

Aprovada em: _____/_____/2023.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof (a). Dr (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof (a). Dr (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Para Pipoca Flor,
porque 'nem o perfume de todas as rosas
é igual à doce presença do teu amor'.*

AGRADECIMENTO CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- Brasil (CAPES) – n. do processo 88887.705320/2022-00.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – n. do processo 88887.705320/2022-00

AGRADECIMENTOS

Cada linha deste trabalho é feita de gratidão, crescimento e felicidade e, sobretudo, profunda fé e confiança em Deus, que se personificou em terna presença por meio da Pipoca Flor, esse ‘imenso e desmedido amor’, para quem dirijo um ‘rio Amazonas’ de gratidão! E assim, com essa mesma liquidez e profundidade, a todas as pessoas que Ele colocou nesta caminhada.

Agradeço ao Dr. Ricardo Sayeg, meu orientador, por cada linha deste trabalho, e à Dra. Mary, filha desta casa, que partilhou comigo esta caminhada. A estas duas pessoas, um universo de agradecimento, pela fé, confiança, cuidado e paciência. Aqui, estendo os mais sinceros agradecimentos à minha banca de qualificação, realizada pelo Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte e pelo Prof. Dr. Paulo Feus, por toda disponibilidade, indicações de leitura e contribuições para esta pesquisa, que auxiliaram no amadurecimento do estudo. Minha mais sincera gratidão.

Agradeço ao Prof. Vilhena e Maria do Socorro, meus pais, meus irmãos, Josi e Mary, pela nossa Julia e à cunhada, Lúcia. Amores, muito obrigada por tudo e por tanto! Ao meu primeiro professor de Introdução ao Estudo do Direito, Sociologia Geral e Jurídica e História do Pensamento Jurídico, e sobretudo, a condição de pessoa e direitos humanos. E ao José, Amora, Aurora, por suas cores sem nuances.

Ao titio, Bala Rocha, pela doação tão profunda de amor e proteção, o ser humano que mais leciona com ações, em uma vida tão voltada à família e à humanidade, o amor de Cristo. E assim, estendo à tia Ená, pelo afeto e orações e por ser quem cuida de quem cuida de nós. À tia Bena, Tio Neto e meus primos, por todas as memórias de felicidade que moram em mim. Gratidão a Ana Beatriz e Heitor, de Rosângela e Bia, que nas curvas das estradas Santana/Macapá me presentearam com suas existências e ensinaram novos sentidos da palavra família. Ana, muito obrigada por tanto, filha, cada mensagem, cada luz, nem sei dizer o quanto te amo! Heitor, pelo que virá, pequeno grande amor. Agradeço à Ester, Alcinea, Regina, Ellenzinha, Amanda, Carla, Karina, em nome dos amigos que não nomeei! Ao querido Emerson, pois pessoas são anjos. E por falar em raiz, a cada mestre que passou pelo meu caminho, representados pelo Professor Charles Chelala, no Centro de Ensino Superior do Amapá e à sua Chelala, na Universidade Federal do Amapá.

Do início de tudo ao começo do ‘agora’, agradeço à cada pessoa que confere a mim a honra do exercício da defesa técnica, como advogada, e às honradas e republicanas autoridades policiais deste país em que trabalho, no mister da defesa da pessoa.

Agradeço a todos do escritório Josimary Rocha – Sociedade de Advocacia Criminal, pelo próprio nome da banca, essa técnica cheia de disciplina e paixão, e pela gigante delicada, Taiana Góes! Este estudo nasce de todo amor, ética, paixão, técnica e responsabilidade pela qual sou norteada.

Obrigada, Deus, Jesus de Nazaré, Nossa Senhora!

Obrigada, Santíssima Amiga Trindade!

AS BENÇÃOS

Não tenho a anatomia de uma garça pra receber
em mim os perfumes do azul.

Mas eu recebo.

É uma benção.

Às vezes se tenho uma tristeza, as andorinhas me
namoram mais de perto.

Fico enamorado.

É uma benção.

Logo dou aos caracóis ornamentos de ouro
para que se tornem peregrinos do chão.

Eles se tornam.

É uma benção.

Até alguém já chegou de me ver passar
a mão nos cabelos de Deus!
Eu só queria agradecer.

Manoel de Barros

RESUMO

Nesta dissertação, analisa-se o direito de defesa na investigação policial, à luz da dignidade humana, enquanto fundamento do Estado, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, e os direitos e garantias dispostos no art. 5º, LV, LIV e LVII, da Carta. Ato contínuo, investigam-se as vertentes doutrinárias sobre a aplicabilidade destes direitos, além do atual enfrentamento do tema no campo normativo, por meio da Súmula Vinculante n. 14/2009 e do Provimento n. 188/2018 da OAB. Parte-se da premissa de que a dignidade humana incidiu luzes sobre toda a humanidade, com suporte na doutrina do capitalismo humanista, que anuncia suas bases na ordem quântica do direito, através da consubstancialidade entre o direito positivo, os direitos humanos – representados pela dignidade – e pelo realismo jurídico, que conformam em si, a singularidade do direito. Para tanto, analisa-se o que são sistemas e como a investigação e a pessoa são vistos segundo cada sociedade, as bases históricas do inquérito policial e a consolidação desse instrumento na Idade Média, por influência do direito canônico. Com ênfase no Iluminismo, aborda-se como se deu a incidência das ideias geradas nesse momento histórico, especialmente, no que diz respeito à consolidação posterior dos direitos humanos, firmados após as grandes Revoluções, e na modernidade, em razão do impacto das Grandes Guerras, que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 e em outros documentos internacionais imbuídos do mesmo viés protetivo ao ser humano. A partir de alguns marcos específicos, traça-se a trajetória no Brasil da conformação do inquérito policial como método/instrumento utilizado pelo Estado e suas múltiplas vertentes envolvendo a aplicabilidade e/ou mitigação dos direitos e das garantias constitucionais aplicáveis à matéria, para se chegar à conformação jurídica atual, à Súmula Vinculante n. 14/2009 e ao Provimento n. 188/2018 da OAB, como elo pragmático do exercício da defesa técnica proativa no Brasil desde a investigação estatal.

Palavras-chave: direito de defesa; inquérito policial; dignidade humana; Súmula Vinculante n. 14/2009; Provimento n. 188/2018 da OAB.

ABSTRACT

In this dissertation, the right to defense in police investigation is analyzed, in the light of human dignity, as a foundation of the State, under the terms of art. 1, III, of the Brazilian Federal Constitution of 1988, and the rights and guarantees set out in art. 5º, LV, LIV and LVII, of the Charter. Continuously, doctrinal aspects of the applicability of these rights are investigated, in addition to the current confrontation of the issue in the normative field, through Binding Precedent n. 14/2009 and Provision no. 188/2018 from OAB. It starts from the premise that human dignity has shed light on all of humanity, supported by the doctrine of humanist capitalism, which announces its bases in the quantum order of law, through the consubstantiality between positive law and human rights – represented by dignity – and by legal realism, which shape the singularity of law in itself. To this end, we analyze what systems are and how the investigation and the person are seen according to each society, the historical bases of the police investigation and the consolidation of this instrument in the Middle Ages, under the influence of canon law. With an emphasis on the Enlightenment, it addresses how the ideas generated at this historical moment came about, especially with regard to the subsequent consolidation of human rights, established after the great Revolutions, and in modernity, due to the impact of the Great Wars, which culminated in the Universal Declaration of Human Rights in 1948 and other international documents imbued with the same protective bias towards human beings. Based on some specific milestones, the trajectory in Brazil of the formation of the police investigation as a method/instrument used by the State and its multiple aspects involving the applicability and/or mitigation of rights and constitutional guarantees applicable to the matter is traced, to reach to the current legal conformation, to the Binding Precedent n. 14/2009 and Provision no. 188/2018 of OAB, as a pragmatic link in the exercise of proactive technical defense in Brazil starting from the state investigation.

Keywords: right of defense; police investigation; human dignity; Brazilian Federal Constitution of 1988, Binding Summary n. 14/2009; Provision no. 188/2018 of OAB.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	<i>American Bar Association</i>
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
a.C.	antes de Cristo
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Ato Institucional
AMPERJ	Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
art.	artigo
CF/1934	Constituição Federal de 1934
CF/1946	Constituição Federal de 1946
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CGI	Comissão Geral de Investigações
coord.	coordenador/coordenadora
CP/1940	Código Penal de 1940
CPP/1941	Código de Processo Penal de 1941
CPPi	Código de Processo Penal italiano
CPPp	Código de Processo Penal português
d.	Dom
d.C.	depois de Cristo
des.	desembargador/desembargadora
DJU	Diário da Justiça
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
DOIs-CODI	Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna
DOPS	Departamento de Ordem Política e Social
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IPM	Inquérito Policial Militar
j.	julgado em

LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro/Ministra
MP	Ministério Público
n.	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OBAN	Operação Bandeirante
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	organizador/organizadora
p.	página
prof.	professor/professora
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Rel.	Relator/Relatora
REsp	Recurso Especial
RT	Revista dos Tribunais
SISNI	Sistema Nacional de Informações
SISSEGIN	Sistema de Segurança Interna
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
Trad.	traduzido por
v.	volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS, INVESTIGAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: UMA TRAJETÓRIA SECULAR	20
2.1	Problematização e proposta do trabalho: a defesa constitucionalizada no inquérito Policial sob o lume da dignidade quântica – e a Súmula Vinculante n. 14 e Provimento n. 188 da OAB – à luz da singularidade do direito de defesa ainda na investigação estatal	20
2.2	A investigação criminal como produto da cultura dos povos: o direito constitucional como cultura e/ou como ‘cura’	22
2.3	A investigação e os sistemas penais e processuais penais: método e finalidades do Estado	25
2.3.1	O <i>jus persequendi</i> e o <i>jus puniendi</i> no sistema inquisitivo e a gestão da prova	27
2.3.2	O <i>jus persequendi</i> e o <i>jus puniendi</i> no sistema acusatório	29
2.4	O sistema misto ou francês	30
2.5	A investigação da conduta e o direito oriental e greco-romano	31
2.6	A Idade Média: base do ‘castelo’ inquisitorial	36
2.7	O Iluminismo quântico e o surgimento do Estado Constitucional e seus princípios norteadores	39
2.8	Novos cenários, velhas questões: as guerras como limitadoras dos direitos humanos e o surgimento de novos paradigmas sobre os direitos da pessoa	42
3	A INVESTIGAÇÃO E O INQUÉRITO NO BRASIL: MARCHAS E CONTRAMARCHAS – DO BRASIL COLÔNIA AO CPP/1941	46
3.1	O processo legislativo em Portugal, a trajetória até as Ordenações e a colonização do Brasil: aspectos procedimentais do processo penal e dos métodos de investigação	46
3.2	O Brasil Colônia: a investigação, a defesa e o processo penal até a República	58
3.3	A proclamação da República e o pluralismo jurídico em matéria processual	70
3.4	A Era Vargas e o inquérito policial no Brasil: o Estado Novo, o CPP/1941 e os regimes de exceção	72

3.4.1	O Estado Novo, a promulgação do CP/1940 e o CPP/1941: doutrinas e vertentes políticas e jurídicas do Estado autoritário	73
3.4.2	A Constituição Democrática de 1946 e os direitos da pessoa	76
3.4.3	Inquérito policial: finalidade e procedimentalidade à luz do CPP/1941: vertentes jurídicas da ação investigativa realizada pela polícia judiciária até a redemocratização de 1988	78
3.4.4	A investigação policial em tempos de ditadura militar: novos regimes de exceção, o surgimento da expressão ‘operação’ em eventos de natureza policial: a operação Bandeirantes – Oban e criação dos Doi, Vinculados ao Codi	84
3.4.5	A doutrina de segurança nacional e o aparato militar: o clima político que inaugura a ditadura militar e a investigação em regimes de exceção	85
3.4.6	A redemocratização brasileira, a CF/1988 e a dignidade como supraprincípio: ‘é caminhando que se faz o caminho’	92
3.4.7	Dignidade: trajetórias de um conceito polissêmico	95
4	A DIGNIDADE HUMANA DA CF/1988 E AS DIRETRIZES HUMANIZADORAS DO ESTADO: A DIMENSÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS DE DEFESA DA PESSOA E SUA CONDIÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL: VERTENTES DOUTRINÁRIAS	107
4.1	O direito quântico e a incidência gravitacional da dignidade humana – A CF/1988 sobre todo ordenamento jurídico	107
4.2	A ordenação do sistema jurídico constitucionalizado pela CF/1988 e sua aplicabilidade ao campo processual	110
4.3	Os direitos e garantias individuais e a tensão doutrinária acerca da natureza jurídica do inquérito policial e sua recepção – ou não – das garantias processuais da ordem constitucional	116
4.4	O art. 5º, LIV, da CF/1988: o devido processo legal aplicado ao inquérito policial e a segurança jurídica: a condição de dignidade aplicada ao ato procedimental	117
4.4.1	A inocência – de condição humana à vida ativa: a incidência quântica do art. 5º, LVII, da CF/1988 sobre a investigação	125
4.4.2	O art. 5º, LV, da CF/1988: A ampla defesa e o contraditório – histórico e vertentes doutrinárias acerca da aplicabilidade do direito no inquérito policial	130

4.5	A redação do art. 5º, LV, da CF/1988: as diretrizes analíticas e semânticas da conformação da ampla defesa como base para o palco das múltiplas vozes acerca da aplicabilidade ou não à pessoa investigada	133
4.6	Dimensão da ampla defesa e do contraditório constitucional no inquérito policial (natureza da ampla defesa e do contraditório)	136
4.7	O art. 5º, LV, da CF/1988 e o uso das expressões “litígio e processo” e “acusados em geral” – vertentes doutrinárias da aplicabilidade da ampla defesa e do contraditório à pessoa investigada	139
4.8	O art. 5º, LV, da CF/1988 e a análise do sistema processual penal brasileiro. Novas vertentes discursivas do conceito, finalidade e servibilidade da investigação à ação penal: mesmas tensões, novas roupagens	144
4.9	O sistema acusatório como diretriz política do processo, a gestão da prova e a investigação: afinal, o que é a investigação e a que serve?	147
4.10	A conceituação de inquérito e dos fins da investigação estatal	147
4.11	O sistema processual penal brasileiro e seu reflexo sobre o inquérito	152
5	A INCIDÊNCIA DA DIGNIDADE E O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL: A BUSCA DE CONFORMIDADE NO CAMPO NORMATIVO – DA SÚMULA VINCULANTE N. 14 AO PROVIMENTO N. 188/2018 DA OAB	156
5.1	Os direitos de informação e vista – o sigilo do art. 20 do CPP/1941: vertentes doutrinárias acerca da aplicação constitucional dos direitos de informação e vista como parte da defesa constitucionalizada	157
5.2	Sigilo, informação e acesso sob as luzes da Súmula Vinculante n. 14: o STF como regulador dos direitos e garantias fundamentais	164
5.3	A investigação criminal defensiva como elo constitucional da dignidade humana: o Provimento n. 188/2018 da OAB, as novas diretrizes na constituição da prova e o contraditório proativo	173
5.4	O ambiente jurídico e a investigação criminal defensiva como trajetória da dignidade: o debate até o Provimento 188/2018	176
5.5	Investigação criminal e investigação criminal defensiva: conceito e funcionalidade	178
5.6	O Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB – aspectos procedimentais da defesa ativa	183

5.7	A investigação criminal defensiva como meio de exercício da ampla defesa, o contraditório constitucional e a viabilidade de contraprodução ao caderno policial	186
5.8	Questões atinentes à força normativa da defesa – a necessária proteção do Provimento n. 188/2018: a paridade de armas	192
5.9	A investigação criminal e a investigação criminal defensiva à luz do direito comparado	199
5.10	A investigação e o direito à defesa da pessoa no direito comparado: a resposta encontrada em outros ordenamentos	200
5.10.1	A investigação estatal e o lugar da defesa na Alemanha	201
5.10.2	A investigação estatal e o lugar da defesa na Inglaterra	209
5.10.3	A investigação estatal e o lugar da defesa na França	210
5.10.4	A investigação em Portugal e o lugar da defesa	212
5.10.5	A investigação nos EUA e o lugar da defesa	214
5.10.6	A investigação criminal defensiva nos EUA	216
5.10.7	A investigação e o lugar da defesa na Itália	219
5.10.8	A investigação criminal defensiva no direito italiano	222
5.11	Um retorno à realidade brasileira: as raízes culturalmente inquisitoriais da sociedade, os reflexos na investigação e as vertentes do realismo jurídico no processo penal	225
5.12	A ‘resposta penal vingativa ou rancorosa’ e a ‘paranoia punitivista’, em Rocha de Vilhena e Sayeg – questões socioeconômicas e culturais	229
5.13	O giro quântico da dignidade: a fraternidade como elo dos direitos da pessoa desde a investigação	235
6	CONCLUSÃO	242
	REFERÊNCIAS	251

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa o direito de defesa na investigação policial à luz da dignidade humana, enquanto fundamento do Estado, a partir do art. 5º da CF/1988, no qual se arrima a “tríade” constitucional do processo penal pelo princípio dirigente do devido processo legal, cuja incidência culminou com a Súmula Vinculante n. 14/2009 e o Provimento n. 188/2018 da OAB, como elo pragmático do exercício da defesa técnica proativa no Brasil.

Parte-se da premissa de que a dignidade humana incidiu suas luzes sobre a investigação policial por meio da ‘tríade do processo penal constitucionalizado’ (art. 5º da CF/1988), da qual decorrem a Súmula Vinculante n. 14/2009 e o Provimento n. 188/2018 da OAB, com suporte técnico na doutrina do capitalismo humanista, o qual anuncia suas bases na ordem quântica do direito, ou seja, na singularidade do direito através da amálgama formada pelo direito positivo, pelos direitos humanos e pelos realismo jurídico¹. Da análise dos aspectos normativos da matéria, volta-se à interpretação do direito por meio do humanismo integral, considerando a pessoa como finalidade do direito².

Ainda como objeto de investigação, tem-se a investigação policial, que em âmbito estatal, é prevista pelo CPP/1941 e foi conformada em pleno autoritarismo do Estado Novo, mas que tem vertentes ideológicas e culturais até mais profundas, fruto do histórico processo inaugurado na história a partir do sistema inquisitivo e da maneira pela qual chegou ao Brasil. A investigação criminal como método do Estado tem uma trajetória ainda mais longa, pois desde os povos antigos, o Estado visava adequar instrumentos efetivos de perquirição da conduta para aplicar a pena, se necessária.

Por se tratarem de tão seculares questões face à recente readequação da ordem jurídica em torno do valor da pessoa, sob o viés constitucional de 1988, que ocasionou uma ‘onda legislativa’ a culminar com a Súmula Vinculante n. 14/2009 e o Provimento n. 188/2018 da OAB, apresenta-se uma leitura quântica da disciplina, para compreender a conformação histórica, filosófica, cultural e procedimental desses institutos.

Assim, inicia-se com o estudo dos sistemas processuais penais como estruturas históricas, sociais e simbólicas inerentes à construção humana, e de que forma representam a

¹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 162.

² S SAYEG, Ricardo. Direito quântico. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>. Acesso em: 11 jul. 2023.

política criminal dos tempos em que foram sedimentados, visto que a investigação e a defesa são revestidas dessas características.

Parte-se, em seguida, para analisar a constituição do direito do Estado de perquirir a conduta e o fato socialmente reprovável, de onde se visita a perspectiva dos antigos e o surgimento das ações do Estado nessa seara criminal e penal. Observa-se que a investigação sempre esteve atrelada ao valor humano simbólico atribuído à pessoa, em cada tempo.

Sob a lógica da ocidentalidade, visita-se a Idade Média e o surgimento do método de investigação como produto da Inquisição, carregada de um juízo cognitivo condenatório, da unicidade da figura do investigador e do julgador, e o sistema de gestão da prova, inerente ao método inquisitivo. Então, caminha-se pelas mudanças promovidas pelo Iluminismo, as grandes Revoluções e o surgimento do Estado Constitucional, com seus princípios e valores norteadores, já na Modernidade, para verificar de que forma as guerras promoveram ideais totalitários e o pós-guerras convidaram a humanidade a pensar novas diretrizes humanizadoras.

Em seguida, adentra-se na trajetória histórica do inquérito no país, do período regencial até a instituição do CPP/1941. A partir daí, analisa-se e aprofunda-se, em razão da matéria, os vieses da política penal e processual pelo qual nasce o inquérito policial, e de que maneira os regimes de exceção produzidos pela ditadura militar deixaram vieses objetivos nas práticas policiais. Dentre alguns exemplos, citam-se o surgimento da expressão ‘Operação’, a partir da Operação Bandeirantes, que sucedeu à criação de órgãos nomeados de DOIs-CODI, em clara alusão à política autoritária, berço da investigação estatal, a onda militarista e o estado policial que sucedeu à sua criação.

Por reforço da condição inaugural deste trabalho, realiza-se uma leitura da trajetória histórica da dignidade como valor ou condição de pessoa, como ‘ser dotado de sentidos’³, e assim, de direitos humanos inerentes à sua existência e sua influência sobre os direitos da pessoa – ou seja, sua conformação ao campo normativo.

A partir daí, aborda-se a redemocratização do país e o nascedouro da CF/1988 que, com a importante missão de assegurar o valor humano, elencou a dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF/1988). Analisa-se, então, a incidência constitucional sobre os direitos da pessoa em sede de inquérito policial, e as múltiplas vertentes doutrinárias relativas à aplicabilidade ou não dos direitos e garantias individuais prescritas no art. 5º da CF/1988.

³ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 26.

Neste ânimo, ato contínuo, aborda-se a resposta normativa produzida após a CF/1988 em torno dos direitos da pessoa na qualidade de investigada, como o surgimento da Súmula Vinculante n. 14/2009, e um rol de garantias e debates doutrinários que culminam com o Provimento n. 188/2018, que instrumentalizou a investigação defensiva como meio do exercício pragmático da defesa. Aqui, abre-se espaço para avaliar como se realiza a defesa na investigação estatal em outras nações e como tem ocorrido a investigação criminal defensiva na Itália e nos EUA, países que tem adotam a investigação criminal defensiva e que guardam, pela influência legislativa e/ou cultural, possibilidade de análise à luz do direito comparado, com o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, como a trajetória do processo penal, tal qual toda a história da humanidade, é cunhada pelo ‘bolero civilizatório’⁴, investigam-se as dificuldades de conformar os direitos, uma vez que a investigação é ainda marcada por peculiaridades no campo normativo, mas também sociais e políticos, o que se nomeia ‘o problema da efetividade’, vez que o inquérito, conforme observa José Frederico Marques “é dos problemas políticos do inquérito policial”. Para Ricardo Hasson Sayeg⁵, trata-se de “paranoia punitivista, e para Josimary Rocha de Vilhena⁶, resposta penal ‘vingativa ou rancorosa’ – ambos momentos em que o ‘bolero civilizatório’ se torna ainda mais premente.

O estudo aponta como resposta à dificuldade de aplicabilidade/efetividade destes direitos, a sabedoria proposta pelo capitalismo humanista⁷, que dirime ou aponta os direitos da pessoa como o ‘ponto arquimediano’⁸ para a aplicação justa dos direitos humanos, em todas as esferas gravitacionais do direito, com base universal na fraternidade, cunhada no amor de Jesus Cristo.

Esta pesquisa utiliza, não raras vezes, da linguagem poética como recurso, à espera de que, conforme dito por Hannah Arendt⁹, possa potencializar o alcance da mensagem, vez que,

⁴ SANCHES, Wagner Lopes; PASSOS, João Décio. **Apresentação da Coleção Marco Conciliar** – a religiosidade popular à luz do Concílio Vaticano II. São Paulo: Paulus, 2015.

⁵ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator Caph Capitalismo Humanista: A dimensão econômica de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.

⁶ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 28.

⁷ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator Caph Capitalismo Humanista: A dimensão econômica de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 123.

⁸ “Ao invés disso, enquanto o sentido dos acontecimentos permanecer vivo – e esse sentido pode persistir por longuíssimos períodos de tempo, o ‘domínio do passado’ pode assumir a forma de narração sempre repetida. O poeta, num sentido muito geral, e o historiador, em um sentido muito específico, têm a tarefa de acionar esse processo narrativo”. ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Trad. Denise Bottman; posfácio Celso Lafer. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

⁹ “Ao invés disso, enquanto o sentido dos acontecimentos permanecer vivo – e esse sentido pode persistir por longuíssimos períodos de tempo, o ‘domínio do passado’ pode assumir a forma de narração sempre repetida. O poeta, num sentido muito geral, e o historiador, em um sentido muito específico, têm a tarefa de acionar esse

o estudo aqui proposto tem raízes seculares e ganhou força no país em meio a um tumultuado período autoritário, reorientado para a paz e a democracia por meio da CF/1988, apresentando, assim, vieses históricos e cognitivos e uma densidade próprias. Todavia, também está diante da responsabilidade de trazer a essa narrativa o necessário equilíbrio entre o amor pelo tema e a pesquisa científica, pois conforme relembra João Guimarães Rosa: “contar é muito, muito difícil. Não pelos anos que se já passaram. Mas, pela astúcia que têm certas coisas passadas. De fazer balancê, de se remexerem dos lugares”¹⁰.

E assim, cientes de que a CF/1988 é a ‘lei das leis’¹¹, e dela decorrem todas as vertentes direcionadoras do Estado como associação política, é para ela que o estudo se volta, ainda na disciplina, uma vez que, conforme registrado pelo Constituinte, ela “será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los”¹².

processo narrativo”. ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Trad. Denise Bottman; posfácio Celso Lafer. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

¹⁰ GUIMARÃES ROSA, João. **Grande sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 253.

¹¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961.

¹² “Ulisses Guimarães, na sessão solene de promulgação da CF/88. Publicado no Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/centenario-deputado-ulysses-guimaraes/discurso-de-05101988>. Acesso em: 05 nov. 2023.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS, INVESTIGAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: UMA TRAJETÓRIA SECULAR

Todo objeto de estudo é parte de um sistema de referências e dele produto. Esta é a própria essência do que Goffredo Telles Junior¹³ aporta como base para se analisar a constituição e a interação do universo e do conhecimento como processo da cultura. Para o autor, o conhecimento de um determinado objeto ou coisa depende de um sistema de referências, ou seja, um conjunto de conhecimentos que podem ser partilhados entre as pessoas, para se estabelecer um ponto de partida. Esses sistemas formam um patrimônio cultural comum, para que se possa conhecer a realidade.

Ricardo Hasson Sayeg, com fundamento no direito quântico¹⁴, explica que a análise do direito legítimo deve ser feita pela composição entre o direito positivo, os direitos humanos (como categoria jurídica, representados pela condição da dignidade) e o realismo jurídico. É da interação entre as três esferas, legítimas mutuamente, que se compõe a singularidade do direito. Por esse motivo, adentra-se entre a fórmula e os elementos que compõem a realidade pela qual se volta esta análise.

2.1 Problematização e proposta do trabalho: a defesa constitucionalizada no inquérito policial à luz da dignidade quântica, a Súmula Vinculante n. 14 e o Provimento n. 188 da OAB à luz da singularidade do direito de defesa ainda na investigação estatal

O estudo proposto tem como finalidade abordar o direito à defesa no inquérito policial, a partir de uma leitura constitucional da dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro, quanticamente associado, a todo campo da ordem normativa. O estudo se baseia na doutrina do capitalismo humanista, de que o homem é o valor supremo da sociedade e a decorrência desta interação no campo normativo, a Súmula Vinculante n. 14 e o Provimento n. 188/2018.

Para tanto, busca compreender os institutos como eventos constituídos e conformados por meio do tempo, ciente de que a proposta encontra conceitos acerca de um instituto com

¹³ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico: o fundamento da ordem jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974. p. 175-176.

¹⁴ SAYEG, Ricardo. Direito quântico. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>. Acesso em: 11 jul. 2023.

viés ainda ambíguo, segundo Aury Lopes Junior ¹⁵, que já nasceu em crise, e cujas características são permeadas pelo que José Frederico Marques¹⁶ elenca como parte dos “problemas políticos do processo penal”, posto que administra tensões de magnitude principiológica do próprio Estado, atinente aos sistemas.

Assim, busca-se compreender o processo histórico, os valores desenvolvidos no decurso da história e o instrumento procedimental e sua trajetória para, a partir destes, analisar e ponderar a necessária equalização do dispositivo no campo normativo interno à CF/1988.

A visão histórica é um desafio, pois a narrativa é sempre produto do sistema de referências que compõem não apenas o objeto, mas a pessoa que o analisa. Assim, é impossível dizer que exista um único estudo igual ao outro: somos únicos, é a própria condição da existência¹⁷. Esta também é a visão de José Henrique Pierangeli:

As leis do processo, sendo instrumentais, é importante apurar-se a serviço de que fins foram utilizadas nas diversas idades históricas. O estudo aprofundado do direito processual, como ramo da ciência jurídica, pressupõe o estudo de sua história, o conhecimento de suas fontes, para a pesquisa da origem e finalidade de seus institutos¹⁸.

Eis a necessidade do método. Assim, para analisar cada período histórico, toma-se como ponto de partida a proposição da obra *Capitalismo Humanista*, de Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera¹⁹, de que o direito é quântico e de que a singularidade deste é composta a partir da incidência gravitacional dos direitos humanos, dos quais a dignidade é a condição ‘suprema’. Assim, passa-se a analisar os institutos e o valor humano nele colocado, a estabelecer o ponto de partida necessário para se compreender o conceito dos objetos.

Segundo Camila Castanhato²⁰, “para entender a visão de mundo de cada período histórico, é preciso: 1. Verificar a teoria que serve para explicar o mundo. Verificar a ética que decorre da teoria utilizada para explicar o mundo, e, por fim, 3. Extrair a sabedoria que decorre”.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961.

¹⁷ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico: o fundamento da ordem jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974.

¹⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 12.

¹⁹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 81.

²⁰ CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 24.

O ponto de partida do estudo, ou o que Hannah Arendt chama de ‘ponto arquimediano’²¹, neste trabalho, é a dignidade, este direito humano conformado pela CF/1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, incidindo quanticamente sobre todas as esferas do direito:

Assim como as células do corpo humano, os direitos humanos também constituem um sistema que dialoga internamente em todas as suas dimensões, bem como se comunicam com o meio exterior. Para nós, adeptos do Capitalismo Humanista, os direitos humanos são um todo indissociável, que se traduzem no direito objetivo à dignidade da pessoa humana²².

Atualmente, utiliza-se ampla abordagem literária no esforço do melhor alcançar a dimensão humana que permeia toda a natureza deste Estudo, conforme traduzido por Melina Girardi Fachin:

O vínculo entre o Direito e a Literatura abrolha da narrativa. A articulação do discurso jurídico com a narrativa literária é apropriada, uma vez que insta a abertura contextualizada do direito. De nada valem normas e regras sem contexto, sem história, sem um fato para lhe atribuir significado. Assim, o recurso à literatura (re)conduz os direitos humanos à dimensão real. (Re)contar os direitos humanos²³ a partir da literatura quebra, portanto, a apreensão normativista e clama sua abertura. Isso dá aos direitos a possibilidade de ir além da mera descrição e prescrição, acrescentando narrativa e crítica à sua hermenêutica e aplicação²⁴.

Apenas para melhor compreensão, a linguagem literária aqui servirá de reforço da narrativa, como este espaço em que abrolham eventos culturais que permeiam as vivências humanas e as sociedades, questões afetas ao próprio direito. Isto, pois, conforme compreende Ricardo Hasson Sayeg, o direito como cultura está “sujeito à consciência universal que reconhece o conteúdo significativo dos modelos arquétipos”²⁵.

2.2 A investigação criminal como produto da cultura dos povos: o direito constitucional como cultura e/ou como ‘cura’

A investigação criminal como mecanismo de suporte estatal para o controle social da criminalidade possuiu, no curso da história, diversos sistemas e métodos de exercício deste que

²¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²² CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 38.

²³ OST, François. **Raconter la loi**. Paris: Odile Jacob, 2004.

²⁴ FACHIN, Melina Girardi. Utopia quixotesca dos direitos humanos. **Anamorphosis**, Revista Internacional de Direito e Literatura. v. 3, n. 1, p. 2, jan.-jun. 2017, p. 2.

²⁵ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 161-162.

é um meio de controle social promovido pelo Estado sobre a sociedade, e de força sobre a pessoa. Mesmo antes da concepção de Estado e de indivíduo adotados com o Estado Moderno, Constitucional e Democrático, os Estados e a Igreja já utilizavam métodos embrionários de aferição da conduta e imputação de culpa, por meio da investigação.

Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera²⁶, ao analisarem as estruturas balizadoras do direito, apontam que a cultura é parte essencial do direito, aliás, a alocam como parte da singularidade do direito, este composto do positivismo e do realismo jurídico, para se alcançar a efetividade²⁷.

Assim, como a composição de direito recebe a influência do realismo jurídico enquanto fruto da realidade produzida pela interação humana (o mundo da cultura), que incide sobre os direitos historicamente constituídos (também os direitos humanos, que se perfilharam nas Constituições), é uma análise que se movimenta no espaço-tempo, eis que os Estados Democráticos de Direito não nascem de uma só vez, como lembra Norberto Bobbio: “nenhum direito surge de uma explosão de luz”²⁸. Segundo o autor²⁹, a “era dos direitos” traz os reflexos das grandes Revoluções, os direitos humanos e as dimensões deles surgidos se conformam gradativamente³⁰.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli³¹ ressaltam que, embora não seja possível atribuir o que chamam de “continuidade histórica do direito penal”, já que este se estabelece “marchas e contramarchas”, ainda é necessário reconhecer “na história do direito penal uma luta da qual vai surgindo, arduamente, a concepção de homem como pessoa, isto é, como ser dotado de autonomia moral”.

Esta é a razão pela qual se adota como ponto de partida dessa análise e meio de reflexão a história da formação dos sistemas e dos institutos estatais para os antigos e o surgimento da investigação em âmbito estatal, a fim de averiguar a condição dos direitos de defesa da pessoa. Trata-se de um estudo sobre o direito de defesa, à luz da dignidade humana, na investigação criminal estatal – ou, conforme o CPP/1941, do inquérito, à luz da CF/1988, e de seus reflexos, os limites e a resposta normativa proposta pela Súmula Vinculante n. 14 e pelo Provimento

²⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 81.

²⁷ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 81.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 174-180.

n.188/2018, os quais estabelecem um novo paradigma para a condição da defesa técnica, a investigação criminal defensiva.

A ideia, neste capítulo, é compreender a origem da investigação, promovida pelo Estado ou pela Igreja – a partir do surgimento de sistemas de persecução penal – além da evolução promovida pelas grandes Revoluções sobre os direitos da pessoa e as concepções de Estado Democrático, sobretudo do Iluminismo, compreendido por Ricardo Hasson Sayeg como iluminismo quântico³².

Isso porque, mais que um evento histórico, tratou-se de um verdadeiro marco evolutivo da humanidade e do direito, integrando dimensões dos direitos humanos indissociavelmente interligados à consecução do supraprincípio da dignidade, que jamais poderá vir dissociada da fraternidade – tudo de acordo com a trajetória cultural da humanidade.

A cultura, aqui vista como a propriedade de reunir práticas e costumes humanos de um determinado grupo, delimitar práticas comuns e percepções de sociedade³³, é fator preponderante para o direito sob a ótica quântica, pois participa da singularidade do direito a concepção de que este é “cultura e experiência”³⁴. Segundo Goffredo Telles Junior, cultura é

Tudo que o homem acrescenta às coisas, quando pratica os atos designados pelo verbo cultivar. Cultivar significa proceder com o intuito de obter o aperfeiçoamento de uma coisa. Aperfeiçoamento de uma coisa é a adequação ou adaptação da coisa aos interesses humanos. É uma ordenação dada pelo homem às coisas, para que as coisas sirvam aos fins humanos [...] Toda cultura é um aperfeiçoamento. E todo aperfeiçoamento resulta de uma reordenação [...] cultura é, antes de tudo, uma ordem mental, um projeto mental de ordem [...] toda cultura é produto da história, toda cultura é histórica³⁵.

É ainda Goffredo Telles Junior³⁶ quem explica que todo ciclo histórico possui o que nomeia de ‘sistema axiológico de referência’, ou seja, cada período tem sua própria cultura e modo de ordenação, assim, a própria perspectiva de lei e de ordem é afetada, vez que são constituídas como norma positivada sob a lógica do tempo em que foi ordenado.

Por este motivo, o estudo da defesa constitucionalizada da pessoa ainda em âmbito de investigação preliminar perpassa pelas raízes históricas e culturais do processo penal e, por

³² SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 100.

³³ LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 13.

³⁴ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 164.

³⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: o fundamento da ordem jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974.

³⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: o fundamento da ordem jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 219.

consequente, dos sistemas de investigação, desenvolvidos ao longo da trajetória da humanidade, que encontram novas diretrizes humanizadoras a partir do iluminismo, e, no Brasil, na CF/1988 como norma fundamental. Segundo Cleyson Moraes de Mello³⁷, esses sistemas encontram o que ele chama de ‘cura’ do exercício da atividade estatal destituída do valor humano.

Isso porque, ao trazer a norma fundamental o reconhecimento do valor humano, impede-se a ‘entificação do ser’ – e esse impeditivo surge da percepção valorativa da condição de pessoa, a dignidade, essência quântica do direito à defesa, em âmbito policial. Passe-se, portanto, às suas origens.

2.3 A investigação e os sistemas penais e processuais penais: método e finalidades do Estado

A partir dos múltiplos processos de socialização vivenciados no curso da história, a humanidade buscou meios de racionalizar o que é a conduta socialmente aceitável e aquela que precisa de ser reprimida, além de buscar mecanismos de intervenção na conduta, a fim de pacificar os anseios produzidos pela coletividade.

Youval Noah Harari³⁸, de modo muito similar ao direito quântico de Goffredo Telles Junior, conta a história da organização da humanidade de forma bastante embrionária, como parte de um múltiplo e complexo sistema de cooperação. Narra, portanto, que “há cerca de 70 mil anos atrás, organismos pertencentes à espécie *homo sapiens* começaram a formar sistemas ainda mais intrincados, conhecidos como culturas. O desenvolvimento posterior dessas culturas é o que chamamos de história”. Assim, a capacidade de racionalização permitiu o processo de distinção do homem de outros animais, a ‘revolução cognitiva’. As demais revoluções que marcam a trajetória da humanidade, a agrícola, havida a aproximados 12 mil anos, e a científica – esta, mais jovem, vieram nos últimos quinhentos anos.

Com o surgimento do Estado, desde os primórdios de sua instituição, foi dado a este a missão de aplicar a justiça para conformar a ordem social – seja para a defesa da sociedade, seja para a defesa do indivíduo, o controle social sempre permeou os debates sobre a função e a justificação/racionalização do direito penal³⁹.

³⁷ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 59-60.

³⁸ HARARI, Youval Noah. **Sapiens**. Trad. Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2022, p. 13.

³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021, p. 41-46.

Assim, passa-se a analisar a sistematização dos meios de aferição do delito e a imputação de responsabilidades, além da aplicação da pena, momento em que o Estado começa a valer-se de sistemas processuais, com métodos próprios. Nota-se que a expressão método aqui vinculado desde o tópico que dá origem a esta parte do trabalho faz eco com o atribuído por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁴⁰. Para ambos, ao se analisar o conceito, atribui-se a ele o sentido de ‘caminho’ condicionado pela finalidade que se pretende atingir. É, justamente, o processo de racionalização do grupo que amparou os sistemas processuais penais.

Desde que o homem passou a discernir os inconvenientes da ‘justiça com as próprias mãos’, o *jus persequendi* e o *jus puniendi*, ou seja, o direito de perquirir e de punir a conduta foi atribuída ao Estado. Assim, com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito, “Estado e cidadão estão sujeitos à ordem legal”⁴¹.

Entretanto, a trajetória do desenvolvimento desses sistemas foi longa, perpassando também pela própria caminhada da humanidade. Assim, os sistemas processuais penais vêm compostos dessa complexidade, a interação entre os direitos positivados, o realismo e a valoração humana inerente à cada período, marcados pelas características e pelo contexto social de cada período⁴². Diante disso, da análise de seu núcleo, verifica-se o próprio caminhar da história da investigação estatal como método de perquirição da conduta e o fato de que suas características são fruto da própria percepção humana sobre as funções do Estado e do valor ou condição da pessoa.

Os sistemas processuais penais são divididos, pela maior parte da doutrina, em sistemas inquisitivo, acusatório e misto – este último, como o próprio nome o diz, trata da hibridez do conteúdo dos outros dois – ainda que existam severas críticas à ideia de que se poderia ou não fazer uso de ambos, pelas características contrárias que lhe são intrínsecas⁴³.

Sistemas são, portanto, a forma pelo qual o processo é revestido para alcançar seu objetivo, conforme esclarece José Frederico Marques⁴⁴. Esta construção procedimental é atrelada aos fins e aos meios do próprio processo penal e serve à finalidade do Estado⁴⁵. A

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 158.

⁴¹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

⁴² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 87.

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 318.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 61-63.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 60.

dinâmica pela qual se constituem é como conformam seus instrumentos de investigação, o próprio lugar da pessoa e os direitos de defesa⁴⁶. Assim, a gestão do elemento probatório para aferir a conduta se reveste do contorno das características do procedimento e do seu tempo.

Adiante, investigam-se as características, individualizadas desses sistemas, a natureza da investigação e a qualidade pela qual a pessoa era colocada à condição de dúvida para a perquirição estatal, para se compreender o modelo adotado no Brasil e as divisões da doutrina, José Frederico Marques pondera que a análise da aplicabilidade do sistema é questão de natureza política do processo penal, ligada à própria finalidade do Estado e do processo penal de cada tempo⁴⁷.

2.3.1 O *jus persecuendi* e o *jus puniendi* no sistema inquisitivo e a gestão da prova

O processo, em âmbito inquisitório, surgiu como instrumento para substituir a ‘ordália’, o ‘juízo divino’ na busca da verdade na investigação, a ser alcançada pelo juiz-inquisidor:

Nesse contexto, o processo acusatório perturbava a busca da verdade, pois, o que se buscava era a confissão do imputado a qualquer custo, como prova privilegiada que vai dirimir a raiz do conflito. Diante dessa sistemática, a tortura era plenamente justificada no rito inquisitório na era medieval, que não era entendida como pena, mas instrumento *ad eruendam veritatem*, ou seja, instrumento para se descobrir a verdade⁴⁸.

Este método de investigação consolidou-se em meados do século XVI, conforme se vê ao adentrar no ambiente social e político que possibilitou as origens do inquérito policial. O método, conforme utilizado, passou a ser secreto e escrito, com a justificativa de se proteger os humildes e ‘homens de bem’, além de garantir o êxito da atividade. Entretanto, todas as funções, de perquirir a julgar, estavam nas mãos do juiz-inquisidor. A confissão era considerada ‘a rainha das provas’ e, para sua existência, até mesmo a tortura seria justificável.

A gestão da prova era voltada à prática do “segredo dos atos e por sistema de provas privilegiadas”⁴⁹. Assim, a atividade ou o poder do exercício do *jus persecuendi* estavam vinculados a uma única pessoa. A aferição dos fatos era conduzida para a busca de uma ‘verdade

⁴⁶ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 35-36.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 59-61.

⁴⁸ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 111.

⁴⁹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 112-114.

real’, admitindo-se quaisquer meio de provas, ainda que ilícitas, de maneira que a perquirição do fato era feita de modo unilateral e tinha por finalidade confirmar, a todo custo, a hipótese estabelecida pelo investigador, o ‘inquisidor’ (que é quem analisava a prova) e julgar. Eis aí o vício epistemológico do método. Assim, o imputado é objetificado e a confissão se reveste em rainha das provas, ainda que obtida por meio de tortura⁵⁰.

Alexandre Morais da Rosa, ao analisar as atividades promovidas no método realizado no sistema inquisitivo, rememora serem regidas pelo ‘princípio inquisitivo’, que por si, marca toda ‘a cadeia de significantes’. Isto porque, no sistema inquisitório, “o julgador é permanente”, e dotado das prerrogativas de investigar, dirigir, julgar e acusar, ou seja, é o detentor de todo poder de investidura, em absoluta desigualdade. A acusação pode ser secreta e realizada de ofício; o ato é secreto e não contraditório.

O sistema de gestão, portanto, é de prova tarifada e a sentença exarada não faz coisa julgada. A prisão preventiva é a regra, e o juiz-inquisidor o “protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indeléveis (cartas marcadas) no resultado, previamente colonizado, assumindo, portanto, “postura paranoica na gestão da prova”⁵¹. Célio Jacinto dos Santos lembra que as técnicas “de aquisição e produção do conhecimento produziram barbáries na perseguição de inimigos imaginários, inicialmente, o crime de bruxaria, os hereges, depois a mulher, seguindo para grupos religiosos e étnicos, em suma, o outro, o diferente”⁵².

Com o Iluminismo, um novo modelo foi racionalizado, com vistas a extinguir o sistema inquisitivo, entretanto, o instituto resistiu em diversos sistemas penais e processuais penais⁵³.

⁵⁰ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 114- 115.

⁵¹ Alexandre Morais da Rosa faz alusão ao estudo de Franco Cordero, e reúne em suas notas a explicação da gestão da prova: “*el inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cabalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico ao pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueno del tablero, dispone las piezas como le conviene; la inquisicion es un mundo verbal semejante ao onírico: tempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctuam y se mueven en cuadros manipulables [...] los inquisidores adelantan luchas contra el diablo*”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 320-321.

⁵² SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 37.

⁵³ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 38.

2.3.2 O *jus persecuendi* e o *jus puniendi* no sistema acusatório

O sistema acusatório, retomado a partir do Iluminismo⁵⁴, surge como contraposição aos métodos promovidos pelo sistema inquisitivo, então considerado a serviço do absolutismo e dotado de características injustas. Assim, as formalidades do ato de investigar assumiram novos métodos, profundamente influenciados por Cesare Beccaria. Segundo Célio Jacinto Santos⁵⁵, profundamente influenciado pelos princípios humanitários, o modelo acusatório adota outros métodos, a exemplo da igualdade/paridade entre as partes, a oralidade e a publicidade. Além disso, a prova passa a ser analisada pelo critério da neutralidade.

A questão principiológica dos sistemas, para Alexandre Morais da Rosa⁵⁶, representa a própria fundamentação dos sistemas processuais. Eles denominam ou servem para fundamentar o sistema jurídico, e “fechar o processo de atribuição do sentido” do próprio processo, motivo pelo qual o autor relaciona os princípios aos aspectos procedimentais do ato, elencando, então, alguns deles⁵⁷: a) O julgador é uma assembleia ou corpo de jurados; b) há igualdade entre as partes, que nomeia de jogadores, sendo o juiz um ‘árbitro sem iniciativa investigatória’; c) quando ilícitos de natureza pública, a ação é de natureza pública, já nos privados, só mediante provocação dos ofendidos; d) O processo é dotado de oralidade, tem natureza pública e é dotada de contraditoriedade; e) a prova é vista e o juízo de análise é baseado na liberdade de convicção – além disso, a sentença já perfaz coisa julgada. Por fim, a liberdade do acusado é a regra.

Esses sistemas, quando adotados, devem ser cumpridos pela força da segurança jurídica, pois a ausência desses parâmetros não pode ser impeditivo para as partes conhecerem as regras da atividade estatal, o que desequilibraria a atividade jurisdicional⁵⁸.

Assim, há uma ligação direta entre os sistemas desenvolvidos e os modelos de Estado, de maneira que o modelo de sistema inquisitivo é expressão dos meios de regimes autoritários, enquanto o sistema acusatório é característico do estado liberal-democrático. Nítida, portanto, a vinculação entre o sistema de persecução e a gestão da prova, atrelada à finalidade desta última e ao seu uso/validação⁵⁹.

⁵⁴ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 112.

⁵⁵ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 112.

⁵⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 317-321.

⁵⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 321.

⁵⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 83-89.

⁵⁹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 116.

Isso porque, no sistema inquisitivo, a prova é constituída como sistema de ‘privilégios’, enquanto no acusatório, é racionalizada pelo exercício do contraditório. Ou seja: a gestão inquisitiva, unilateralizada, tem o condão de comprovar, a todo custo, uma ‘verdade real’, enquanto o sistema acusatório visa à constituição dos elementos no processo para a conformação dos fatos, o que por si norteia a epistemologia e a lógica de cada um destes sistemas – e dos Estados.

Daí a relevância de se entender a prova como evento que reconstitui a ‘verdade real’ como uma função do processo penal, atrelada à finalidade do Estado, vez que o uso desse sistema pelas partes é, por consequência, finalidade do Estado e do processo. Eis a razão de se conhecer a dimensão histórica do instrumento, posto que afeta à investigação como parte da perseguição estatal⁶⁰.

2.4 O sistema misto ou francês

O sistema misto ou o uso de características distintas dos dois sistemas processuais penais até então existentes foi adotado a partir do Código de 1808, ou Código Napoleônico. Isso porque, conforme sugere o período, com o Iluminismo e a Revolução Francesa, o país adotou como finalidade extinguir o modelo inquisitivo.

Assim, o surgimento de um modelo racional de legalidade, no qual o processo buscava meios racionalizados e ritualizados como forma de resguardar os direitos contra o autoritarismo foi parte da premissa da Revolução, que na França, levou também a burguesia à ascensão social, e cujos ideais reformularam o modo de pensar o processo. Entretanto, parte dessa racionalidade perdeu força com a ascensão de Napoleão ao poder. Houve, então, uma mudança no paradigma jurídico, demonstrável por meio do Código de Napoleão, de 1808:

O Code d'Instruction Criminale français de 1808 operou uma cisão entre investigação e juízo, deixando a investigação inteiramente em âmbito inquisitório. Percebe-se claramente que o poder não podia abrir mão do controle sobre a produção do saber. Novamente reinava a ausência de contraditório, uma vez que o sistema delegava inteiramente à investigação pré-processual o estabelecimento da verdade histórica sobre o qual o juiz aplicaria a regra. Pela ausência de freios ao poder, o saber acabava por ser autoritário, pois a suposta verdade histórica era constituída de acordo com a conduta tipificada que a investigação preliminar – inquisitória – pretendia

⁶⁰ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na perseguição penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 116.

atribuir ao acusado. O caráter de potencial garantia do sistema se perdia por completo⁶¹.

Entretanto, este sistema como método foi utilizado como meio pragmático de incriminação, a provocar a sujeição criminal da pessoa, em absoluta divergência com o sistema notadamente garantidor e racional dos métodos iluministas. A despeito de suas ambiguidades, alastrou-se pela Europa e por países da América Latina e persistiu, até a contemporaneidade, recebendo críticas severas à sua implementação em vários desses países⁶².

Assim, os sistemas e os métodos utilizados ao longo da história também diferenciam a persecução criminal e estão relacionados à finalidade do processo e à sua dimensão política⁶³. A persecução criminal, no ambiente da investigação estatal no Brasil, também é fruto desta trajetória. Para reforço metodológico dos direitos e sua conformação histórica, retoma-se a análise da percepção havida pelos antigos de aferir a conduta como parte do processo penal.

2.5 A investigação da conduta e o direito oriental e greco-romano

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁶⁴, ao refletirem sobre a história do direito penal, reportam à Babilônia como o registro de direito penal estabelecido mais antigo, através do Código de Hammurabi, do século XXIII a. C, o qual distinguiu pessoas livres e escravas, além de aplicar pena a vários delitos, a exemplo do princípio de Talião.

Posteriormente, em se considerando os Dez Mandamentos como fontes do direito, fundados em seus princípios, criou-se o ‘direito penal mosaico’, vindo direto das Leis de Moisés.

No direito penal greco-romano, com a laicização da legislação penal, o direito penal, ainda que em menor escalada que o direito civil, começa a ter regulações quanto à investigação da conduta para imputar responsabilidades. Os povos antigos associavam o direito penal a penas

⁶¹ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, maio-ago. 2010, p. 293-308. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, Brasil, 2010, p. 298.

⁶² KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, maio-ago. 2010, p. 293-308. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, Brasil, 2010.

⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 set. 2023.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 177.

decorrentes de transgressões ao Estado, dividindo as ponderações acerca do Estado oriental, grego e romano⁶⁵.

Ada Pellegrini Grinover⁶⁶ pontua que o processo penal, para os antigos, não era distante da lógica do processo civil. O intuito do processo era, genericamente, reparar o dano ocasionado ao ofendido/vítima e, de modo mais amplo ou dúplice, responsabilizar o réu, proteger e reparar a vítima, de modo diverso, em cada local, porém, sempre imbuído desta política. No Estado oriental, a coerção era exercida por meio de uma ética de natureza social – universal e severa, de maneira que a legislação penal tinha natureza divina e o governante como representante da autoridade divina.

colocavam-se uma cruz e uma faca e o processado escolhia, com os olhos vendados; se optava pela cruz era inocente, se pela faca, era considerado culpado. O acusado era jogado às águas dentro de um saco fechado e se sobrevivia era considerado inocente. Se passava a mão em azeite fervente ou caminhava por carvões sem queimar-se, era inocente etc.⁶⁷

Por esta lógica, era dirimida a questão de fato no processo e redimida a ação do aplicador da lei, posto que só se cumpria a determinação e a aplicação de Lei de natureza e origem e decisão divina. A aplicação da pena era também imposta à família e ao grupo, pelo qual se buscava fortalecer a ética férrea, de maneira que “cada indivíduo do grupo social converte-se em um agente de polícia de segurança; deste modo, a chamada corrupção do sangue, isto é, a pena que alcança a família e o grupo, é um imenso meio de controle social”⁶⁸.

O Antigo Egito, segundo Ada Pellegrini Grinover⁶⁹, tinha a aplicação desses preceitos confiados a sacerdotes. Estes, com a prática do ato de expiação da culpa pelo ato de ‘purificação’, tinham como meio de apuração da responsabilidade um procedimento escrito e secreto, que se assimila e que pode ser considerado a raiz do procedimento inquisitório, se consideradas as características do procedimento e da própria constituição egípcia, absolutista e de caráter místico, pela autoridade atribuída a sacerdotes.

Ainda, é Ada Pellegrini Grinover⁷⁰ quem aponta que os hebraicos e indianos, na contramão de práticas inquisitoriais, tinham processos similares ou equiparados ao sistema

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 182.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasil, **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 47.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 181.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 182.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasil, **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 47.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasil, **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 49.

acusatório, com a formação de assembleias para expor razões e direito do réu a contradizer a imputação, com direito à ciência prévia para comparecimento. O julgamento realizado pela assembleia era público e oral, presidido pela própria assembleia, cuja missão era tão somente julgar, posto que o dever de constituir elementos era adstrito ao acusador e ao acusado.

Na Grécia, em Atenas, o procedimento estava ligado à prática hebraica. O cidadão tinha o dever de acusar, portanto, não havia um promotor público, mas o exercício do próprio cidadão, que tinha o poder-dever de levar à justiça a infração da lei. O próprio cidadão tinha a capacidade de prender e processar, baseada na democracia estabelecida, à época. O juízo era oral, público e contraditório. O sistema ateniense adotou um critério similar ao *in dubio pro reo*, apontado, inclusive, como o seu embrião.

Entretanto, o sistema era dotado de ambiguidades culturais, pois a prática de tortura era admitida, praticada preponderantemente sobre escravos, vez que, a estes, longe da condição de pessoa, era atribuída maior credibilidade através desta. A autora inclusive ressalta o equívoco de se atribuir o nascimento da tortura como ato criado ou nascido pelo sistema inquisitivo⁷¹.

Em Roma, o direito penal foi vivenciado, em cada fase, de modo diverso. Se, por um lado, em seus primórdios, o direito teve sua origem sacra, a partir da Lei das XII Tábuas, o direito, já através da laicização, divide-se em público e privado, e com ele, a missão de perquirir.

Sob o aspecto dos interesses públicos, eram perseguidos pelos representantes do Estado e sob o aspecto dos interesses privados, pelos próprios particulares. Posteriormente, mesmo os delitos de natureza privada eram perseguidos pelo Estado e aplicadas penalidades públicas. É no Império Romano que se firma o direito penal, de natureza puramente pública⁷². Segundo Lizandro Mello Pereira, é neste momento que a investigação, como apuração das condições do ilícito e autoria, ganha aspectos inquisitivos em Roma:

Onde o magistrado ou o pretor outorgava especificamente à vítima e seus parentes um certo poder-dever de acusação, que não se confunde com o *imperium* do próprio magistrado. Assim, era formada a *inquisitio*, que não deve ser confundida com uma *actio*, que estendia uma relação jurídica ao acusado, assim sabido, dava-lhe o direito de promover inquisições no sentido amplo, buscando elementos de inocência em sede probatória. Tal relação, de caráter intersubjetivista já imputava, então, o aroma de contraditório a esta natureza do procedimento⁷³.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasil, **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 50-52.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 183.

⁷³ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial: o interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 4.

Segundo Fernando Capez⁷⁴, se à época, a própria vítima – ou seus familiares – obtinha uma atribuição de poderes nominada *inquisitio*, atribuída pelo magistrado, para investigar responsáveis sobre eventuais crimes, após alguns anos, permitiu-se ao acusado a possibilidade de se investigar e localizar elementos de sua inocência.

Com a proclamação do Império Romano, houve um enfraquecimento do sistema acusatório, que foi mantido, porém, fragilizado pelo poder constituído. Com isso, fortaleceu-se a acusação, por meio do adensamento de teorias que classificavam o crime como uma forma de violação do interesse coletivo. A parcialidade das provas – já de obrigação das partes – tornava-se ainda maior, posto que a defesa era constituída por quem tivesse poder econômico.

Ainda nessa condição, uma vez que o Estado oferecia a ideia de reparação econômica, foram realizadas muitas acusações injustas, com finalidade avessa à ideia de justiça, pois, como alerta Ada Pellegrini Grinover, a acusação só pode ser positiva aonde houver consciência pura, ou o sistema, por si, vira instrumento de desonestos. Para contrapor a onda de injustiças, o Estado estabeleceu penas ao acusador de má-fé. Ainda assim, o Estado necessitou intervir *ex officio*, selecionando ‘encarregados’ de promover a persecução criminal: surge, então, o embrião das polícias⁷⁵.

Posteriormente, a *inquisitio postestatem*, isto é, a atividade de promover a inquirição – ou inquisição – passou a ser exclusivamente de agentes públicos nomeados, dotados de poder legal e selecionados, posto que o Estado, à época, já percebia a necessidade de realizar o controle público da justiça criminal⁷⁶.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, surge daí a primeira notícia do embrião do inquérito policial, como hoje conhecido, vinculado ao conceito de polícia:

Também em Roma surge o conceito de Polícia, com o sentido que hoje se lhe empresta – órgão do Estado incumbido de manter a ordem e a tranquilidade pública – surgiu, ao que parece, na velha Roma, à noite, os larápios, aproveitando-se da falta de iluminação, assaltavam a velha urbs, e seus crimes ficavam impunes, porque não eram descobertos. Para evitar essa situação, pessoas que exerciam a função de salvamento em caso de necessidade, exerciam a atividade de vigilantes noturnos, impedindo assim a consumação de crimes⁷⁷.

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasil, **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 50-55.

⁷⁶ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 4.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ainda, é no direito romano que se tem notícia da prisão como medida acautelatória, ainda que esta, *per si*, fosse medida de exceção, uma vez que era passível de troca, pelos homens livres, por uma garantia fidejussória, a ser realizada mediante a confissão de culpa, ainda no curso da investigação⁷⁸.

A prisão ocorria quando houvesse probabilidade de condenação, e não tinha natureza de impor aflição, como recorda Rogério Schietti Cruz⁷⁹, ao citar Ulpiano: *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet* (“o cárcere deve existir para custodiar pessoas, não para puni-las”).

Com o enfraquecimento do sistema acusatório romano, surgiu a polícia oficial, que, fortemente centralizada e com funções judiciárias, retirava aos poucos do próprio povo o espírito de polícia. Neste período, o sistema não foi modificado para o sistema inquisitório, porém, com as invasões dos bárbaros, destes sofreu influência, pois “entre o sistema acusatório dos bárbaros e aquele, não perfeitamente identificável do último império, prevaleceu até certo ponto o sistema bárbarico”, um tipo de sistema que diferia do anterior praticado na república romana.

Isso porque, no sistema bárbarico, a acusação não era confiada ao cidadão, mas apenas ao ofendido ou aos seus herdeiros, de onde se retomava o caráter privado dos povos mais antigos. Ainda assim, o processo seguiu com características da oralidade e da publicidade, e o acusado se defendia, por si ou por defensor. Entretanto, face às questões públicas, adotou-se o sistema de acusação a um funcionário público, o qual, segundo Ada Pellegrini Grinover, pode ser considerado o embrião da promotoria. À época, no entanto, tratavam-se

sempre de funcionários escolhidos para o caso determinado, porém o que se visa realmente é apurar o que aparece no processo, mediante elementos artificiais e absurdos, baseados na superstição, na fé e em uma intervenção divina. As ordálias, os juramentos e os duelos judiciais (como a prova da água e do fogo) perduram até o início da Idade Média⁸⁰.

O domínio do pensamento germânico se mantém entre os séculos V a XI d.C⁸¹, mesmo com o avanço da jurisdição eclesiástica, época em que o imperador Justino deu à Igreja o poder de julgar o clero, em um primeiro momento apenas em causas de natureza religiosa. Porém, esta jurisdição foi fortalecida paulatinamente, ampliando-se, aos poucos, os institutos e

⁷⁸ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 20-23.

⁷⁹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 2.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasil, **Gazeta Jurídica**, 2013, p. 54-55.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p.184.

o poder da Igreja sobre o Estado laico, o que viria a aumentar e sistematizar o modelo inquisitório, na Idade Média.

Embora o aparecimento do Estado Medieval tenha surgido com a influência do Cristianismo, justamente em razão de combater a percepção de superioridade – base fundante – do povo romano⁸², estes vieses históricos demonstraram que essa trajetória não foi linear pois, se de um lado, no período, surgiram os conceitos cristãos e a percepção de seres humanos com igual valor, de outro, são paradigmas resgatados somente adiante no curso da história, pois, com a ampliação da jurisdição eclesiástica ou do direito canônico, o sistema inquisitório ganhou, paulatinamente, mais força, e a investigação ampliou os vieses contidos na mística religiosa do povo romano⁸³.

2.6 A Idade Média: base do ‘castelo’ inquisitorial

Embora existam registros anteriores da implementação do sistema inquisitivo, é no Pontificado de Inocêncio III (1198-1216), que o direito canônico ganhou maior amplitude, através da expansão do poderio da igreja pela Europa, tornando-se a própria lei ou inspirando as normas locais na Inglaterra, Itália, França, Alemanha, Espanha, Portugal⁸⁴, como explica Ada Pellegrini Grinover:

Tal sistema, que surgira na legislação eclesiástica, para punir heresias, desenvolveu-se e ampliou-se, abrangendo, de início, apenas a ofensa à moral e à religião, mas a utilidade de um procedimento que consentia ao poder temporal dupla ação, sem qualquer impedimento, revelou-se de imediato, provocando sua extensão a processos que não tinham como objeto aquelas ofensas. Essa extensão foi tão rápida que Inocêncio III, através de sua decretal, acabou por esclarecer que tribus *modis procedi possit: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem* [...] este último método, *per inquisitionem*, acabou por prevalecer sobre os outros, mesmo perante as autoridades laicas, em virtude do inevitável favor que encontrava junto aos governos absolutos, os quais, por sua vez, viam a possibilidade de alcançar inimigos do poder constituído e os rebeldes, favorecendo a delação e engedrando um compreensível temor em relação ao Príncipe e a seus funcionários⁸⁵.

⁸² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57-59.

⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57-59.

⁸⁴ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial: o interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 10.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasil: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57.

Aqui, relevante situar a mentalidade do homem medieval, profundamente imbuído da dimensão culpa relacionada a pecado, e na mentalidade humana de imbrincados significados, marcado pelo ‘simbólico’⁸⁶, que como se vê, estende-se ao direito. A partir do século XII, a Europa continental vivenciou o inquérito ou a investigação da conduta, influenciado pelo direito canônico, que culminou com o período conhecido como ‘Santa Inquisição’. Nesse momento, a prisão já era usada de forma indiscriminada, diretamente associada à acusação, colocando o acusado imediatamente disponível à perquirição do crime, pelo inquisidor. No século XIII, baseada na influência da adoção do modelo inquisitivo, foram criadas as devassas, mecanismos de investigação que impediam o contraditório ou a defesa⁸⁷.

Em comparação aos períodos da Idade Antiga e aos horrores promovidos pela Idade Média, ou século da escuridão, enquanto Roma evoluiu no sentido de abolir completamente a prisão cautelar, a prisão preventiva na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obtenção da culpa *per tormenta*⁸⁸.

Assim, os modelos que adequaram as investigações e a prisão como método de confissão, à época, imiscuíam a prisão antes da condenação da condição de cautelar, pois a captura era utilizada para constranger a pessoa imputada a confessar ou a colaborar⁸⁹.

Em outras palavras, a prisão era o próprio instrumento de perquirir a conduta e a culpa, para, finalmente, atingir a finalidade da punição, à época, severamente violenta, incluindo suplícios públicos e confissão pública, antes da pena capital, como mecanismo de ‘expição’, conforme explica Michel Foucault⁹⁰: “o corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer luz à verdade do crime”. Alexandre Cesar dos Santos aponta que o fortalecimento dos métodos inquisitivos, no período, teve farta influência do direito canônico:

Foi o direito canônico que aperfeiçoou as técnicas persecutórias pela Igreja, propiciou o desenvolvimento de uma estrutura estatal incumbida do conhecimento e da punição de crimes, gerando assim a figura do procurador como representante do soberano e do inquérito, escrito e secreto para investigar crimes [...]⁹¹.

⁸⁶ LE GOFF, Jacques. **O homem medieval**. Trad. Maria Jorge Vitar de Figueiredo. Lisboa, 1989, p. 25-27.

⁸⁷ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 3.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta S.A., 2010, p. 443.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta S.A., 2010, p. 23.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2021, p. 38.

⁹¹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 51.

Neste contexto, fortaleceu-se um sistema de investigação organizado, imbuído de hierarquia e de estrutura, o qual, seguindo à formatação promovida pela religião, passou a investigar crimes, de forma a registrá-la, por escrito, de forma sigilosa e secreta. O método não contava com a interferência da pessoa investigada e promovia a tortura para conseguir a confissão de práticas consideradas ilícitas pela cultura da época. Desta forma, reunia várias práticas antidemocráticas e injustas, como meios de se sobrepujar a imagem do soberano e eliminar camadas indesejáveis da sociedade, por exemplo, os inimigos do soberano, cuja perseguição aos inimigos ‘imaginários’ culmina com a produção de

um corpo de conhecimento sistematizado na obra *Malleus Maleficarum* ou *Martillo de las Brujas*, em 1484, dos inquisidores Heirinch Kraemer e James Sprenger [...] o primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística do direito penal e processual ⁹².

Mesmo o processo era um momento totalmente desconhecido ao acusado, pois na maioria dos países europeus (à exceção da Inglaterra), todo processo criminal permanecia secreto⁹³. Assim, é na Idade Média que a inquisitorialidade é firmada, e o sistema inquisitivo surge como método, imbuído no sigilo completo e na exclusão da condição de pessoa, face ao poder do Estado.

Como excerto literário, serve como metáfora o surgimento do *castelo inquisitivo*, alusão a Franz Kafka, em sua obra *O Castelo*. A narrativa envolve uma comunidade situada com ‘ares de Idade Média’, em que o Agrimensor ‘K.’ é chamado para ir ao Castelo pela autoridade máxima de um vilarejo, ‘o Conde’. No entanto, ao chegar ao vilarejo, é negada sua condição e entrada no ‘Castelo’, permanecendo ‘K.’ no vilarejo, rodeado pela desconfiança de todos quanto à sua condição – pois negado o acesso ao único que poderia dirimir a dúvida, o ‘Conde’, a mais alta autoridade do “Castelo”. Dessa forma, a duplicidade e a negativa da condição de K era reforçada por um *looping*: se de um lado, não podia provar quem era porque não podia acessar ao Castelo, de outro, não podia acessar o Castelo porque não podia provar sua condição. Com isso, sente-se o clima da narrativa do investigado naquele período⁹⁴.

Finda-se a narrativa sobre as influências da jurisdição eclesiástica ou do direito canônico com a avaliação de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁹⁵ ao

⁹² SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 37.

⁹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2021, p. 39.

⁹⁴ KAFKA, Franz. **O castelo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 10-39.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002, p. 190.

observarem que, conhecer e avaliar a aplicação de instrumentos de direito penal, antes do Estado laico, ou fora do estado laico são fundamentais para se refletir e extinguir não só os mecanismos de aplicação das penas, mas, principalmente, as políticas penais que com estes modos tenham afinidade ou correspondência. O alerta encontra enfoque sobre os direitos da pessoa investigada e sob o tema abordado nesta pesquisa.

Ainda naquele período – em que a influência inquisitiva preponderava – alguns episódios acerca dos direitos e do devido processo despontavam. A humanidade começou a mover os primeiros instrumentos jurídicos para reconhecer a dignidade do homem e o direito ao devido processo legal, como na Inglaterra, através do reinado de João I, conhecido por ‘João-sem-Terra’.

O Rei João-Sem-Terra reinava durante o período em que o irmão, Ricardo I (Coração de Leão) lutava fora da Inglaterra. Para angariar recursos, passou a cobrar tributos maiores, o que fragilizou seu poder político perante a Igreja, condição que o levou a reconhecer que seu poder não era mais absoluto, mas restrito por uma série de direitos estabelecidos, entre eles, o devido processo legal, firmado pela primeira vez pela Magna Carta de 1215, ou *Magna Charta Libertatum*⁹⁶. Começavam a surgir importantes garantias aos indivíduos, as quais serão vistas mais detalhadamente adiante.

Também por meio do Cristianismo, o arbítrio e a igualdade despontavam, desenvolvendo e fortalecendo a doutrina e o enfoque sobre o indivíduo como ‘ser’. Trata-se de um novo olhar sobre as condições do valor humano, doutrina cristã defendida por São Tomás de Aquino, no Século XIII, que viria a estimular as teorias que promoveriam as revoluções ocorridas no século XVIII⁹⁷.

2.7 O Iluminismo quântico, o surgimento do Estado Constitucional e seus princípios norteadores

Os direitos humanos ganharam um novo viés com o surgimento do movimento Iluminista, ou Iluminismo Quântico, assim nomeado por Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera⁹⁸, dada a amplitude a ser conferida aos direitos constituídos no período. Com o ‘acender

⁹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 324-325.

⁹⁷ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 32-35.

⁹⁸ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 100.

da era das luzes'⁹⁹ e o surgimento do Estado Moderno, surgia um novo marco nas percepções do conceito da intrínseca condição humana da dignidade.

É que, com o Estado Moderno, nasceram importantes concepções sobre as relações do indivíduo em relação à sociedade, a exemplo do constitucionalismo, cuja origem advém dos acontecimentos culminados com a promulgação da *Magna Carta Libertatum* (1215), anterior ao Iluminismo, e outros que, historicamente, se sucederam, como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), e o *Bill Of Rights* (1688). A percepção de dignidade como algo universal começava a ser firmada, fruto das grandes modificações sociais geradas a partir deste movimento¹⁰⁰, num processo histórico lembrado por Camila Castanhato:

O Renascimento Cultural, a Reforma Protestante, a contrarreforma e o desenvolvimento científico derrubam pouco a pouco os poderes da Igreja. Sai-se do Império de Deus para o império da Razão. Descontentes, os burgueses aliam-se ao povo; e embasados nos ideais liberais da época [...] promovem as revoluções iluministas dos séculos XVII e XVIII¹⁰¹.

Norberto Bobbio¹⁰² trata a Revolução Francesa como um acontecimento de natureza política, que exerceu grande poder sobre o imaginário da humanidade, pois promoveu a ruptura de um curso histórico, assinalou o fim de uma época e marcou o início de outra. Com o lema 'Liberdade, Igualdade e Fraternidade', expressões que se contrapunham ao absolutismo e que tinham por finalidade unificar os franceses e fortalecer o conceito de Nação, houve uma tensão que também resultava do enfraquecimento do poderio da igreja.

A ausência de aliança entre a França e a Igreja ampliaram o caráter universal da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), pois, sem as amarras das lutas religiosas, foram firmados os princípios fundamentais da Declaração de 1789, cuja influência se vê fortemente presente ainda nos dias de hoje¹⁰³.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1789) influenciou conceitos e processos fundamentais, como os de liberdade e dignidade, e trouxe reflexos substanciais a todo processo de constitucionalismo subsequente¹⁰⁴. Aos poucos, da concepção até então individual de sociedade, a humanidade deu início a um novo estágio, o do reconhecimento da cidadania

⁹⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, direitos humanos e educação**. São Paulo: Almedina, 2019.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 325.

¹⁰¹ CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 54.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 11.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 12.

¹⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 397.

como um direito humano universal¹⁰⁵ e das múltiplas autonomias do indivíduo, estas reconhecidas nas esferas pública e privada.

Reconhece-se, ainda, a autonomia pública ou do cidadão e a autonomia privada ou do indivíduo, como mecanismos regulatórios da vontade humana. A autonomia privada é a capacidade individual de autodeterminação e escolha, desde que não desrespeite ou viole direito alheio; e autonomia pública aquela perante as dimensões sociais, do cidadão, estes, por sua vez, coautores das decisões estatais¹⁰⁶.

Entre os séculos XVIII e XIX, surgiram as unidades de investigação, ou pequenos corpos de investigadores, que atuavam junto à Inglaterra e à França, como consequência do momento de efervescência social causada pelas Revoluções Industrial e Francesa. Neste período, a França, através do ministro da Polícia, Joseph Fouché, começou a catalogar o registro de presos e seus crimes, e a *Gendarmerie* – uma força policial desvinculada do exército, com a finalidade específica de lidar com questões complexas dos novos tempos, como a criminalidade em maior escala. A Inglaterra criou um corpo policial especializado, local e descentralizado, a partir de 28 de junho de 1829, conhecido como a raiz da polícia judiciária na atualidade, conforme pondera Célio Jacinto Santos, pois surge com o conceito de ser

[...] O olho da Justiça, é preciso que seu olhar se estenda por toda parte, que seus meios de atividade, como uma vasta rede, cubram o território, a fim de que, como a sentinela, possa dar o alarma e advertir o juiz, é preciso que seus agentes, sempre prontos aos primeiros ruídos, recolham os primeiros indícios dos fatos puníveis, possam transportar-se, visitar os lugares, descobrir os vestígios, designar as testemunhas e transmitir à autoridade competente todos os esclarecimentos que possam servir para a instrução e a formação da culpa; ela edifica um processo preparatório do processo judiciário, e por isso muitas vezes, é preciso que, esperando a intervenção do juiz, ela possa tomar as medidas provisórias que exigirem as circunstâncias. Ao mesmo tempo ela deve apresentar em seus atos algumas garantias judiciárias: que a legitimidade, a competência, as habilitações e as atribuições de seus agentes deva ser definida, que os casos de sua intervenção sejam previstos, que seus atos sejam autorizados e praticados com as formalidades prescritas pela lei; que enfim, os feitos destes atos sejam medidos segundo a natureza dos factos e a autoridade de que são investidos os agentes¹⁰⁷.

Foi criada a teoria geral da investigação, de Charles Sanders Peirce (1839-1914). Neste período, detetives adquiriram relevância no esclarecimento de crimes, criando o clima propício

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 140.

¹⁰⁷ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 41.

à romantização da descoberta da verdade, conforme se observa das obras de Bleak House (1850), Charles Dickens, e do personagem de Sherlock Holmes, Mr. Arthur Conan Doyle¹⁰⁸.

Até que, no século XIX, o austríaco Hans Gross sistematizou os mecanismos da estruturação interna da investigação criminal na obra *Manual para juízes da instrução*, produzindo técnicas limitadoras e concentradoras do poder de investigar, criadas como modelo de ‘engenharias criptoautoritárias’¹⁰⁹.

Assim, ainda que o Iluminismo tivesse a pretensão de superar o modelo inquisitivo, ainda fora mantido em diversos sistemas penais, chegando a ganhar reforço de sua metodologia através do Código de Instrução Criminal Francês de 1808. Após esse momento, buscou-se criar novos limites à persecução criminal, com enfoque na dignidade da pessoa humana, quando “foram desenvolvidos princípios processuais e constitucionais protetivos, tal como o da legalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, da publicidade, etc, culminando com o sistema garantista de Luigi Ferrajoli, no final do século XX”¹¹⁰.

A dinâmica de estruturação dos direitos humanos sempre encontrou momentos de maior fervor social e jurídico e seus reflexos incidem diretamente sobre a perspectiva penal conforme o momento social vivenciado. Nesse contexto, as revoluções advindas da Modernidade foram um marco importante do conceito de dignidade da pessoa humana. A contemporaneidade também vivenciou uma Declaração que buscou reafirmar e conformar os valores sobre os direitos da pessoa, a partir dos cenários posteriores às duas guerras mundiais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

2.8 Novos cenários, velhas questões: as guerras como limitadoras dos direitos humanos e o surgimento de novos paradigmas sobre os direitos da pessoa

Como marco teórico da concepção direitos humanos, sob a ótica da pessoa no âmbito de investigação criminal contemporânea, notadamente o momento vivenciado após a Segunda Guerra Mundial – em que a humanidade estava aterrorizada pelos horrores daquele período – promoveu-se um novo debate, em âmbito mundial, sobre o valor da pessoa.

Um pouco antes disso, após a Primeira Guerra Mundial, com o surgimento e o avanço do liberalismo, da industrialização e a promoção de pessoas que nada possuíam além da força

¹⁰⁸ SANTOS, Célio Jacinto. *Teoria da investigação criminal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 5.

¹⁰⁹ SANTOS, Célio Jacinto. *Teoria da investigação criminal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 33.

¹¹⁰ SANTOS, Célio Jacinto. *Teoria da investigação criminal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 38.

de trabalho, além dos desníveis sociais significativos e injustos, surgiram novas lutas políticas a serem enfrentadas e começaram a ser pleiteados direitos inéditos em âmbito social¹¹¹.

Já com a Segunda Guerra Mundial, a humanidade alcançou uma nova dimensão do horror e da violência, com o holocausto produzido pelo nazismo, e pela concretização de outros regimes autoritários, como o fascismo, na Itália, quando elaborado o Código de Rocco, cuja influência persiste no Brasil, dada a sua inspiração à criação do CPP/1941.

Carolina Alves de Souza Lima¹¹², a respeito do período, ressalta que a ausência da preservação dos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial, como o respeito à democracia, aos direitos humanos e à paz, foram um verdadeiro retrocesso para a história da humanidade. Diante disso, em 26 de junho de 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas cuja finalidade era auxiliar à conjuntura e a unicidade dos Estados, para proteger a paz mundial. Contendo 30 artigos, além do preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) proclama os direitos fundamentais, transformando-se no instrumento pelo qual os Estados firmam seu compromisso com os direitos humanos.

A dignidade, como atributo inafastável da pessoa humana, já aparece como elo essencial, em seus arts. I e II:

Art. I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade [...].

Art. III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal¹¹³.

Não só a liberdade, em seu formato amplo, como ato inerente ao ser desde seu nascimento está contida no documento. Estão registrados também seus múltiplos aspectos sociais, a exemplo da liberdade de locomoção e a proibição da prisão arbitrária (arts. IX e XII), ou a liberdade de defesa (art. X) e a liberdade das autonomias privadas (art. XII), a liberdade de propriedade (art. XV) ou de expressão e religião (art. XVIII). Novas garantias também surgiram no cenário pós-guerra, como a proibição da tortura (art. V) e o direito a um recurso efetivo e a presunção de inocência (art. XI)¹¹⁴.

¹¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 178.

¹¹² LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, direitos humanos e educação**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 33-35.

¹¹³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹¹⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), outros instrumentos sobrevieram, no âmbito internacional, com a finalidade de garantir a dignidade humana, compreendida como “valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida [...] constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”¹¹⁵.

Isso porque, cientes do caráter ‘declaratório’ contido no texto de 1948 e da necessidade de instrumentalizar juridicamente os direitos proclamados, outros documentos precederam a esta. Citam-se, por exemplo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969)¹¹⁶, em um claro reflexo do novo marco provocado pela Declaração Universal¹¹⁷.

Os registros e a expectativa de um mundo melhor foram descritas na frase “No próximo Século Eu Tocarei Teu coração”, livre tradução da expressão “*ImnächstenJahrhundertwerdeichdeinHerzberühren!*”, a qual, segundo José Menna Barreto¹¹⁸, foi encontrada grafada nos muros de Berlim Ocidental, no período posterior à Guerra Fria, a fim de demonstrar parte dos horrores impostos pelas guerras contemporâneas, sobretudo remanescentes da Segunda Guerra Mundial. Mais do que uma gravura em um muro, mas uma expressão social, cuja Declaração de 1948 vem garantir a aspiração humana por uma liberdade a ser alcançada, conforme preconizado por Ricardo Hasson Sayeg¹¹⁹, na fraternidade e no amor.

O momento político vivenciado pelos Estados autoritários, o ambiente da Guerra Fria e de organização de estruturas que necessitavam fortalecer o Estado refletiram profundamente sobre a investigação, em âmbito nacional, além da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948). Todos esses episódios incidiram sobre os conceitos supervenientes no processo de redemocratização brasileira. Passa-se, então, a visitar esses passos na história para melhor compreensão do

¹¹⁵ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 52.

¹¹⁶ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 02 dez. 2021.

¹¹⁷ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, direitos humanos e educação**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 36-39.

¹¹⁸ BARRETO, José Menna. **Deixa eu falar**. São Bernardo dos Campos, São Paulo: Summus, 2006.

¹¹⁹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 241. Nota de Rodapé: “o amor universal, o amor do Pai que vai além do amor a si mesmo e ao próximo, configura os Direitos Humanos de Terceira geração, historicamente revelados a partir das grandes guerras mundiais do século XX [...] à luz da evolução do homem as outras duas gerações, que são consubstanciais à primeira, formam singularidade quântica, que sob o ponto de vista do direitos, é universalidade jurídica de gerações de Direitos Humanos interdependentes e indissociáveis”.

inquérito policial e dos aspectos normativos e culturais que viabilizaram a elaboração da Súmula Vinculante n. 14/2009 e do Provimento n. 188/2018 da OAB.

3 A INVESTIGAÇÃO E O INQUÉRITO NO BRASIL: MARCHAS E CONTRAMARCHAS – DO BRASIL COLÔNIA AO CPP/1941

Durante o período colonial, o Brasil foi vinculado à legislação provida pela Coroa Portuguesa, vigendo assim as Ordenações, mecanismos jurídicos que regiam a vida, em âmbito cível e privado, da população, e que foram aplicadas no Brasil, em períodos específicos.

Entretanto, segundo José Henrique Pierangeli¹²⁰, para se conhecer a legislação brasileira e como foram aplicadas as ordenações, em matéria processual penal, é necessário compreender algumas questões atinentes à legislação portuguesa, próprias de sua história, a exemplo da influência do direito romano, sobretudo do período Justiniano, na constituição dos institutos e de que maneira foram conformados até a formação das Ordenações, para, ao final, compreender a imbrincada relação legislativa com o Brasil.

3.1 O processo legislativo em Portugal, a trajetória até as Ordenações e a colonização do Brasil: aspectos procedimentais do processo penal e dos métodos de investigação

José Henrique Pierangeli¹²¹, ao iniciar a sua leitura do processo legislativo em Portugal, ressalta a importância de se reconhecer o processo que influenciou a conformação legislativa secular do país. O processo de romanização, advindo das lutas dos povos romanos por territórios e da ampliação – iniciados em 218 a.C., e cuja última fase remonta a 19 a.C. –, permitiu ao poderio romano adentrar em territórios da Península Ibérica e aplicar seu direito naqueles territórios, a ponto de, quando das invasões bárbaras, os povos conquistados já se consideravam romanos.

A invasão dos povos realizada pelos visigodos – nomeados bárbaros por ser o modo pelo qual os romanos chamavam os povos que desconheciam sua língua e origem – enfrentaram os hunos e promoveram a extensão de seu modo de vida pelo território, ainda que estes, como relembra José Henrique Pierangeli, tivessem recebido as influências do povo romano, pois, dos invasores, foram os que tiveram maior contato com aqueles povos. Desta interação e das invasões, resta a importância dos Códigos e das leis dos visigodos sobre a Península Ibérica e

¹²⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 30-35.

¹²¹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983.

a descoberta de Códigos que vieram a compor as leis daqueles territórios, como o Código de Eurico, o breviário de Alarico e o Fuero Juzgo:

Várias compilações legislativas tiveram os visigodos e a doutrina mais aceita informa que essas legislações, inicialmente, obedeciam ao princípio da personalidade. Também afirma-se a existência de uma legislação aplicável exclusivamente aos visigodos – o Código de Eurico – a princípio, e – o Código de Leovigildo, depois – enquanto para o povo hispânico-romano era aplicável o breviário de Alarico. Perante o julgador, devia-se declinar a que legislação se sujeitava. No Governo de Recesvindo operou-se a unificação legislativa, com a promulgação de um novo código, em 654. Era o chamado livro dos Juízes, ou *Liber Judiciorum*, também conhecido por Código Visigótico e, principalmente, por Fuero Juzgo [...] a exemplo do Código de Justiniano, dividido em 12 livros e títulos com leis correspondentes¹²².

O Fuero Juzgo ou, o Código Visigótico, assimilando-se ao Código de Justiniano, como ensina José Henrique Pirangeli¹²³, era “dividido em 12 livros, estes com títulos e leis correspondentes”. O Código Visigótico, organizado pelo sistema acusatório, continha alguns ilícitos que poderiam ser perquiridos *ex-officio*. O papel do julgador era estabelecido entre o duque, o conde ou o vicário e o dever de acusar também não era único, poderia ser do ofendido ou de sua família, a depender do ilícito. Entretanto, a acusação, feita por escrito, poderia ser realizada secretamente e, sobre o acusado, era permitido aplicar a tormenta, servindo como meio de confissão. Entretanto, se submetido a tormenta e admitisse culpa, mas de forma diversa da acusação escrita, concluía-se que fora ‘arrancada’ e, assim, castigava-se o acusador.

Algumas classes, no Código Visigótico, não poderiam ser submetidas a tormento, o qual não poderia resultar em morte por malícia daquele que aplicasse a medida, ou ser-lhe-ia aplicado a mesma medida de vingança. Em caso de morte por erro da medida aplicada pelo juiz, na tormenta, recaía sobre esse a função de indenizar as famílias. O acusador, ao propor uma acusação, devia jurar que não agia com culpa ou dolo. Do Fuero Juzgo, percebe-se a tentativa de combater o exercício da justiça privada, com a base numa ‘solidariedade social’. Segundo José Henrique Pierangeli, o Fuero Juzgo só foi efetivamente revogado a partir da Lei das Sete Partidas, em Portugal¹²⁴.

Há questões ainda controvertidas sobre a influência do Fuero Juzgo sobre a legislação portuguesa, posto que na organização do território, visava-se demonstrar a independência do

¹²² PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 25-30.

¹²³ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 30.

¹²⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 29-33.

Reino em relação à Igreja Católica e ao exercício de poder detido sobre a Europa no período. Embora seja possível encontrar influência na codificação do país, como dispõe José Henrique Pierangeli, alguns documentos passam a referir-se ao Código Visigodo:

No do Snr. D. Afonso Henriques por diante, melhor firmado o trono Lusitano, multiplicado os forais, e posta em ponto de honra a independência nacional a respeito do Reino de Leão, aqueles vestígios do Código Visigodo tornaram-se raríssimos, aparecem, todavia, alguns exemplos até o reinado do Snr. D. Sancho I. Mas, do Snr. D. Afonso II por diante todos esses vestígios desaparecem...A natureza do processo público, verbal e sumaríssimo, conforme a falta de conhecimento do tempo, e aos costumes simplices dos Povos, e ao método de julgar em Concelho, que aponte como outro argumento do esquecimento de um Código escrito, foi pouco a pouco mudando. O estabelecimento de escolas de direito civil no Século XII, e depois na Universidade de Coimbra ao tempo do Snr. Diniz, a influência, e a prática do Direito Canônico, a mudança de costumes, produzia por melhor cultura dos espíritos, abriu caminho a um processo mais formulário, escrito, e mais complicado, desgastou os senhores feudais da tarefa de julgar, e a Coroa foi abarcando este lugar desocupado, conhecidos de uma vez em seus Direitos no primeiro código da Monarquia¹²⁵.

Em matéria processual, após esse período, até a chegada das Ordenações para o direito português, houve outros instrumentos: As Flores de las Leyes, O Fuero Real, a Lei de Sete Partidas, os Forais e o Livro de Leis e Posturas.

As Flores de Las Leyes ou Flores del Derecho era um manual de direito processual ou, uma ‘cartilha’, que continha as regras do processo: a divisão entre o juiz, o acusador e julgador. A acusação, por sua vez, ocorria da seguinte forma: “admitida a querela, seguia-se a citação (*aplazamento*), para que o acusado comparecesse a juízo e apresentasse as exceções (*deffensyô*). Com as partes em juízo e em não apresentando o acusado nenhuma exceção, prosseguia o feito com a elaboração do libelo (*libellus*)”. Os meios de prova poderiam ser obtidos pela confissão, por testemunhas ou por cartas ou instrumentos públicos que pudessem elucidar o feito. Era possível negar a acusação e até mesmo a acusação do acusado em desfavor do acusador pela ‘calúnia’. A sentença poderia ser interlocutória, ou seja, decisão que não verse sobre a demanda principal, ou definitiva, aquela sobre a determinação final acerca da demanda.

O *Fuero Real* fora concluído entre 1252 e 1255, no período de D. Afonso X, o sábio – assim conhecido por sua vasta cultura geral, pelo conhecimento de obras científicas e literárias. O *Fuero Real* deveria servir como

¹²⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p 34-35.

um *fuero* municipal na localidade onde não havia *fuero*, e para aquelas que, embora já possuísem estatuto municipal, desejassem substituí-lo, por ser o *Fuero Real* mais perfeito e atualizado. Era um *Fuero* extenso, no qual se apresentavam os costumes territoriais castelhanos, em disposições de um outro *fuero* local e em disposições do *Fuero Juzgo*¹²⁶.

O processo penal, no *Fuero Real*, ocorria por meio de acusações ou, excepcionalmente, querelas, e podiam ser de natureza pública ou particular. A querela era expressão utilizada para demandas de compra e venda ou obrigações a serem cumpridas. Todas as demais se daam por acusações, de caráter escrito, perante o Rey ou Alcayde, estabelecidos dia-ano em que fora proposta, e no que se amparava¹²⁷.

A Lei de Sete Partidas, ainda obra de D. Afonso X, o sábio, trazia influências do direito romano. Como leciona José Henrique Pierangeli, tal como sugerido pelo nome, era dividida em sete partes e utilizada subsidiariamente, em relação a outras legislações. O procedimento penal aqui, era dividido em: demanda, aprazamento, contestação, provas e sentença. Entretanto, é aqui que se tem o registro da passagem do sistema acusatório – ainda que mesmo em Roma, este não fosse puro – para o sistema inquisitivo, de maneira que os delitos passam a ser perquiridos *ex-officio*, e na ausência de acusação formal, o juiz deixa de ser distante, imparcial e começa a representar “uma reação contra o delito, que não significa uma questão entre as partes, mas sim um ataque a um bem jurídico tutelado, cujas consequências atingem toda a sociedade”¹²⁸.

Os Forais, assim como ‘fuero’, explica José Henrique Pierangeli, vem da origem do latim ‘fórum’, entretanto, aplicada no sentido de diplomas legais, enquanto *Fuero* adquire significado voltado a costumes, leis ou características de âmbito político. Os forais aparecem a partir do século IX, nomeadas de ‘*Cartas pueblas* ou cartas de povoação’. Eram diplomas muito curtos e com vistas a implementar povoamentos em localidades específicas, por meio do qual se atribuía um sistema de benefícios a criminosos de outros lugares que viessem a se estabelecer honestamente nelas.

No século X, junto ao embate de culturas – a romana, então decadente, e a personalidade germânica – houve, então, o fortalecimento da nacionalidade portuguesa. Assim, os forais, a partir do século XI, adquiriram maior riqueza e extensão e começaram a se

¹²⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 37.

¹²⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 35-37.

¹²⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 38-39.

preocupar com o direito público local. A sociedade com ordem de prioridades entre homens, pela divisão social, passou a ver a busca do homem pela igualdade entre servos, homens-lígios e vassalos-lígios, com o registro da compra, pelos servos, da liberdade, deixando de ser coisa. Os forais diziam respeito a diversas composições de condutas, por exemplo, âmbito tributário, aproveitamento de matas, processo penal, composições pecuniárias, contravenções, crimes¹²⁹.

Por fim, antes das Ordenações, em âmbito processual penal, José Henrique Pierangeli menciona o ‘Livro de Leis ou Posturas’, cuja data não é certa, pois encontrado no lixo da Torre do Tobo, em Portugal, em 1633. Estima-se, no entanto, que tenha vigorado entre o final do século XIV e o início do século XV.

Por fim, as Ordenações entraram no foco, em uma época em que o Papa Inocêncio II, do qual Portugal era suserano, depõe Sancho II e nomeia o Conde de Bolonha, seu irmão, D. Afonso, que assume com a missão de representar o clero e a nobreza, preservar os bons costumes, o foro, escrito e não escrito, os conselhos de cavaleiros e o povo, além de reprimir costumes recentemente em foco e produzir uma justiça equânime. Com o fortalecimento da Monarquia, D. Afonso II assume, condição que se fortalece em D. Afonso III.

O fortalecimento da monarquia conforma a ‘figura do rei legislador’, substituindo os costumes da sociedade, que ainda eram dos reis visigodos e dos concílios regionais inseridos nos forais. Assim, o rei Afonso III teve ampla atuação legislativa, aumentada ainda mais por seus sucessores e compilada por Afonso V.

Em 1279, D. Diniz assumiu o trono; em 1290 foi instituído em Lisboa o ‘Estudo Geral de Lisboa’, núcleo universitário português. Até então, o ensino era realizado pelas catedrais e mosteiros, entre eles o direito, ensinado em Bolonha e em Salamanca. O Estudo Geral é transferido para Coimbra, em 1308, fixando-se em 1537, já transformado em universidade, *status* que lhe fora conferido em 1290, pela *bula stabu regni portugallie*, de 9 de agosto de 1290.

Em 1340, o rei D. Afonso IV, que já criara os ‘Juízes de Fora’, promulgou em 2 de dezembro a lei acerca das ‘inquirições devassas’. Nesse período, D. Afonso IV enfrentava questões relativas à vingança privada, ainda que não fosse admitida pelo Código Visigodo. Em 1363 e 1385, legislações supervenientes surgiram com o fim de suprimir estes meios, pois ainda existiam meios comuns oriundos de costumes que visavam reparar, em âmbito privado, questões de âmbito penal, costumes que D. Afonso IV coibiu e D. Afonso V culminou por conseguir extinguir.

¹²⁹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 40-43.

D. Pedro I sucedeu Afonso IV, entretanto, em razão – da conhecida pela arte – história do malfadado amor por Inês de Castro – executou em Portugal uma justiça muito voltada à sua aplicação, ainda que pela tormenta, período no qual percorreu o território ouvindo o povo, o que lhe deu certo controle das classes privilegiadas. Entretanto, ficou conhecido, por suas questões pessoais, por ampliar o tormento e a confissão, e por sanções muito cruéis, segundo sua ira acerca do que o delito lhe causava.

Após sua morte, seu filho, D. Fernando I, assumiu o trono. Dominado pela esposa, culmina por aproximar os barões e a aspiração da nobreza em retomar seus privilégios. Nesse intento, antes de morrer, assina um contrato de casamento de sua filha com o rei de Castela. A reação da nobreza nacionalista, à época, foi unir-se à burguesia. Trava-se, então, uma luta para que D. João I – filho ilegítimo de Pedro I – assumo o poder, o que ocorre, dando início à dinastia avis¹³⁰, responsável pela estabilidade do país como nação, livre da tentativa de influência de Castela.

O processo penal do período, entre os séculos XIII e meados do século XV, era regido então, pelas seguintes características:

- a) predomínio das leis gerais sobre o costume e o direito foraleiro; b) aperfeiçoamento da justiça régia, quer na corte, quer através de magistrados de jurisdição local; c) regulamentação legislativa do processo e diferenciação entre o processo civil e o processo penal, sob a influência do direito romano-canônico, implicando a redução a escrito das peças processuais e a organização do sistema de recursos; e o d) prosseguimento da luta contra a vingança privada; bem como as e) limitações das jurisdições senhoriais¹³¹.

Entre os governos de D. Afonso III, D. Diniz e de D. Afonso IV, ocorreu a organização de um sistema judiciário para promover a justiça pública. Na primeira instância, o julgador se relacionava aos ‘juízes das terras da coroa’, àquelas que não estivessem organizadas municipalmente, e àquelas aos ‘juízes municipais’. Esses juízes eram eleitos em cada uma das terras, conhecidos como juízes ou alcaides. Logo após essa organização, a eleição começou a ser confirmada pelos reis, ou seja, uma vez eleitos, era necessário obter a ‘carta de confirmação dos juízes’, momento em que realizava um juramento ‘a casa El-Rei’. Mais adiante, a partir do surgimento dos corregedores, aqueles passaram a jurar perante estes.

No reinado de D. Afonso IV, foram criados os juízes de fora ou juízes por el-rei, e ampliou-se a função dos corregedores, surgidos no reinado de Afonso III, criados para fiscalizar

¹³⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 49.

¹³¹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 50.

a administração da justiça, e, na ausência do Rei, chamados de ‘meirinhos-mores’, com a incumbência de julgar os juízes das terras e de conhecer seus feitos. Com o tempo, já em D. Diniz, exigiu-se que fossem pessoas letradas. Em seguida, discorre-se sobre o processo durante esse período.

Quanto à *notitia criminis*, desde D. Diniz, elas eram realizadas por tabeliães, com a incumbência de anotar malfeitorias realizadas na localidade, observar a instauração ou não de processo, e dar notícia ao rei, ou ao corregedor ou meirinho que passassem pela localidade.

O início do processo era a distinção do delito mediante *querela* dos interessados e dos que deveriam ser inquiridos pelo juiz. Querela era a queixa realizada pela própria pessoa interessada (a vítima) que deveria ser registrada pelo tabelião e ainda, prestado o juramento da ausência de malícia ou de calúnia – a querela jurada. Permitia-se que a investigação fosse realizada de forma oficiosa ou *ex-officio*, nos casos em que o juiz tivesse conhecimento de crime grave, em sua área de jurisdição, em que não houvesse sido oferecida a querela.

Admitia-se prisão preventiva, que não visava retirar a liberdade do inocente, e havia cuidado em relação às prisões ilegais. Assim, ‘o policiamento pertencia ao Alcaide, que o delegava ao alcaide-menor. Os meirinhos e corregedores, quando de suas inspeções, podiam ordenar prisões de suspeitos’.

A acusação e a defesa ocorriam da seguinte forma: aquela era oferecida pelo querelante ou por meio da inquirição devassa, esta instaurada *ex-officio*. A acusação era comunicada ao acusado e este poderia confessar total ou parcialmente ou negar a imputação, conforme esclarece José Henrique Pierangeli:

Se o acusado negasse a autoria, o escrivão ou tabelião registrava essa negativa e o juiz lhe mandava elaborar artigos de acusação, ‘os melhores e os mais cumpridos que puderem ser, de guisa que por minguia dos artigos não minguem nem se tolha a prova da acusação. Os artigos de acusação e o nome das testemunhas eram comunicados ao réu, ao qual se concedia a oportunidade de indicar testemunhas de defesa e opor contradita às do adversário¹³².

A prova era realizada por meio de inquirição testemunhal e admitida a tormenta para promover as confissões. Em princípio, não era permitida assistência jurídica, assim, aquele que acusasse e não dispusesse de recursos para manter a acusação era considerado culpado, porém, a partir de Afonso IV, passou-se a permitir assistência judiciária em caso de averiguação da verdade da ocorrência do fato.

¹³² PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 53

A sentença, a partir de D. Diniz, adquiriu caráter obrigatório escrito. A prática era exercida por juízes que ditavam suas sentenças aos tabeliões da audiência, ou ao seu escrivão. A pena de morte ou de retirada de membro, a partir de D. Afonso II, poderia ser retardada por até 20 dias, e só ser executada se não fosse revogada – de onde se retira de imediato a possibilidade de pena corpórea¹³³.

Sob esta organização no âmbito de processo penal e considerando que as cortes já conclamavam o rei D. João a uma unificação das legislações do reino, surgiram as Ordenações Afonsinas, sob o seguinte contexto:

No reinado de D. João I, foi encarregado o dr. João Mendes, cavaleiro e corregedor da corte, de compilar as leis do reino, reunindo em coleção as que devessem permanecer vigentes. Sucedeu-lhe, nessa tarefa, o Dr. Rui Fernandes, e afinal, em 1446, foi a compilação publicada, em nome de Afonso V, pelo que é conhecida como Ordenações Afonsinas. No livro V desse corpo de leis, vinha regulado o direito e o processo penal, notando-se neste a decisiva influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial¹³⁴.

Em 1505, com a superveniência de novas questões sociais em Portugal, como a descoberta da imprensa, a multiplicidade de legislações extravagantes e o anseio do monarca em deixar sua marca na história, este – D. Manuel, o venturoso, já conhecido por haver descoberto o Brasil e o caminho por mar para as Índias – buscou implementar um novo sistema de codificações, as ‘Ordenações Manuelinas’.

As Ordenações Manuelinas passaram por um processo de organização e codificação, que foi aperfeiçoado. Seus textos foram publicados definitivamente em 11 de março de 1521 e dispunham, também no tomo V, de questões atinentes ao processo penal, sobre o qual promoveu significativas mudanças: à época de sua promulgação, a iniciativa da ação penal não mais era feita por meio dos clamores, mas através das querelas juradas, denúncias ou inquirições devassas.

Tabeliões, inquiridores e oficiais de justiça estavam na condição de auxiliares da ‘Justiça Real’ e aqui predominava o procedimento escrito. No mesmo período, fortaleceu-se o promotor público ou promotor de justiça, como pessoa letrada e dotada de conhecimento jurídico, para a preservar o que foi nomeada *jurisdição*. As prisões poderiam ser preventivas, logo após a querela, desde que apresentada prova sumária das arguições realizadas, como uma medida de exceção, em até 20 dias, o que era feito mediante o sumário, de conhecimento de

¹³³ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 50-54.

¹³⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 89.

três ou quatro testemunhas. Este procedimento deu origem ao sumário de culpa conforme é conhecido atualmente. Aqui também surgem as ‘casas de suplicação’:

Havia apelação não apenas para sentenças em definitivo, mas também para a interlocutória irreparável, em que ‘o juiz julgasse meter o preso a tormento’. Em se tratando de sentença definitiva, se a apelação não fosse interposta pela parte, o juiz deveria interpô-la de ofício. Para os Juízes que não observassem as ordenações, eram impostas penas¹³⁵.

Ainda, na dúvida quanto ao sentido das leis, poderiam ser expostas aos regedores das ‘casas de suplicação’, um dos tribunais da corte convertidos no que fora conhecido como a primeira casa de Justiça. Nelas, desembargadores deveriam decidir a interpretação a ser dada para a lei, dando origem às ‘casas de suplicação’¹³⁶.

O decurso do tempo e a variação de leis extravagantes alterou as ordenações, em parte, revogando-as, causando uma dispersão legislativa que dificultava a compreensão das leis do período. Em 1537, com a reforma da Universidade de Coimbra, houve uma ‘obsessão legislativa’, vez que o rei D. João III convidou docentes estrangeiros para comporem o corpo docente.

D. João III morreu em 1557 e, em razão da menoridade de D. Sebastião, ainda com 3 anos, o cardeal D. Henrique assumiu o trono como regente, o qual delegou a Duarte Nunes de Leão a elaboração de uma coletânea para reunir as leis em vigor. Como em 1560, já havia organizado as leis extravagantes e as manuelinas, designou-se um corpo de letrados do conselho e desembargo do rei para revisar a compilação, que foi publicada em 14 de fevereiro de 1569, nomeado por alguns de ‘Código de Dom Sebastião’ ou ‘Ordenações Sebastiãoicas’, ainda que José Henrique Pierangeli ¹³⁷ entenda como uma grande pretensão atribuir-lhe este nome.

Entretanto, com apenas 14 anos, D. Sebastião assumiu o poder e, dada sua jovialidade e o despreparo para a função, empunhou batalha com a finalidade de tomar Marrocos dos Mouros, conhecida por Alcacer-Quibir, e lá faleceu, levando o trono de Portugal às mãos, em razão de herança, de Filipe II, da Espanha, que assumiu em 1581 o reinado de Portugal e lá foi consagrado Filipe I.

¹³⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 60.

¹³⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 55-60.

¹³⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 61.

Para reafirmar o espírito de nacionalidade português, Filipe I mandou restituir as ordenações, o que era necessário, pois após a coletânea realizada por Duarte Nunes de Leão, um farto corpo de legislações extravagantes havia sido disposta. Concluída a empreitada, com a morte de D. Felipe I, em 1598, houve uma nova revisão. As Ordenações Filipinas foram, então, promulgadas em 11 de janeiro de 1603, já sob o trono de D. Felipe II (III, de Espanha)¹³⁸.

Posteriormente, Portugal se livra do jugo espanhol, quando assume D. João IV. Em 1643 foram, então, revalidadas as Ordenações Filipinas, as quais, em matéria penal, embora aludissem uma suposta “nova ordem do processo criminal”, mantinham os preceitos de desumanidade e de barbárie que “sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um direito penal retrógrado e sanguinário, com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas sobretudo nas tristes famosas inquirições devassas”¹³⁹.

As Ordenações Filipinas tiveram pouca influência da legislação espanhola, em sua maioria, compilada das Ordenações Manuelinas e da coletânea Duarte Nunes de Leão, além do corpo legislativo extravagante que o sucedeu. Tinha muito mais caráter de atualização legislativa e mantinha ritos similares à do processo civil e penal, no que pudesse ser adaptável, obedecendo à seguinte ordem, no processo penal:

A acusação era *pública*, quando intentada por qualquer pessoa do povo e, em *particular*, quando intentada pelo ofendido. Entretanto, supunha, nos dois casos, apresentação preliminar de *querela*, sumário de *querela*, com audiência de três a quatro testemunhas e pronúncia. Distinguiam-se também as causas que comportam acusação da Justiça e as que não comportavam. Nas primeiras, o Ministério Público, que existia desde d. Manuel, fazia as vezes do queixoso, substituindo-o, oferecendo o libelo e seguindo os demais termos da causa. Quase todos os casos de *querela* eram também casos de *devassa*. Os juízes competentes deviam, nos seus territórios, logo que tivessem notícia do fato, formar o corpo de delito e abrir inquirição-devassa, isto é, sem determinação do criminoso e exatamente para descobri-lo¹⁴⁰.

José Henrique Pierangeli esclarece que as devassas, *per si*, nada mais eram do que as inquirições que visavam informar os delitos, divididas em *devassas gerais* e *devassas especiais*. As gerais se davam acerca de delitos cuja autoria fosse considerada incerta, deveriam terminar 30 dias após seu início, e eram realizadas anualmente, logo no começo do serviço prestado pelos juízes. Havia ainda as *janeirinhas*, devassas realizadas a cada janeiro e voltadas a alguns

¹³⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 60-62.

¹³⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 89-91.

¹⁴⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 91-92.

crimes. Já as especiais deveriam ocorrer em até oito dias após o evento criminoso e terminar em até 30 dias.

A competência para estas era repartida: para as devassas gerais, eram competentes ‘os juízes de fora e ordinários, os corregedores e suas corregedorias’; já as devassas especiais eram de competência dos juízes no território em que tivesse sido praticado o delito ou dos juízes e ministros comissionados para isso. As devassas, de origem do direito canônico, não tinham efeito de ‘inquirições judiciais’, por isso, as testemunhas deveriam ser novamente interrogadas, e só seriam dispensadas, em caso de réu preso, se este abrisse mão, atribuindo às oitivas efeitos judiciais¹⁴¹. O número de testemunhas não poderia exceder 30 pessoas; certo é que as devassas tinham origem no direito canônico e admitiam o *tormento* como meio de prova¹⁴².

Já as *querelas* eram a formalização da acusação realizada por pessoa do povo, em casos de crimes públicos, ou pela parte ofendida, em caso de crimes de natureza particular, portanto ‘uma delação que alguém fazia a um juízo competente, de um fato delituoso ou no interesse público, ou ainda, como ofendido, em que se lavrava o auto de querela’. Em regra, a acusação deveria vir precedida da querela preliminar, com exceção aos crimes particulares, a exemplo de injúrias e danos. Ainda, poderiam propor a querela todos os que não tivessem proibitivo legal, a exemplo do ‘furioso’, da pessoa impúbere, da ‘mulher casada sem autoridade de seu marido’. Ainda, existiam as pessoas proibidas de querelar ações de natureza pública, como ‘o inimigo capital’ ou o ‘o clérigo’. A estas, competia, ainda assim, a demanda cível reparatória¹⁴³.

As *querelas* deveriam ser realizadas mediante: a) o juramento da calúnia e malícia (que tinham previsão de punição legal); b) o reconhecimento de quem praticou ou ‘o queixoso’; c) a apresentação de três a quatro testemunhas, no máximo; c) a especificação do tempo e do lugar em que o delito foi praticado; e um d) caução, em casos em que fosse realizada por qualquer do povo.

Após o lançamento da querela, ocorria o *sumário de querela*, no qual as audiências previam a presença de 3 a 4 testemunhas, seguida de *corpo de delito*, e, por fim, a *denúncia*, como comunicação à justiça de um crime público, para o juiz realizar seu mister. A figura da pessoa que imputava, então, era bipartida: de um lado, *acusador* era a pessoa que buscava reparação em juízo, seja para o exercício da ‘vingança pública’, seja para reparação do dano; já

¹⁴¹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 64-65.

¹⁴² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 91.

¹⁴³ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 66.

o *denunciante* era aquele desinteressado de forma própria e tão somente, interessado em descobrir o ilícito. A *denúncia* só era praticada nos crimes em que as *devassas* eram admitidas ou em casos especificamente facultados pela lei¹⁴⁴. Junto a estes processos, considerados ‘ordinários’, existiam os procedimentos sumários, segundo José Frederico Marques:

Procediam-se sumariamente nos casos graves em que se qualificam as relações, tais como homicídios voluntários, roubos feitos nas ruas e estradas, resistência, desafio, ‘travessia do pão’, e os delitos capitais que se revestissem de circunstâncias agravantes. Às vezes se faziam imediatas as culpas por decreto régio, cometendo-se regularmente seu conhecimento a um dos corregedores do crime da côrte, para sentenciar com os adjuntos que nomeia o regedor, procedendo de plano pela verdade sabida e prescindindo de formalidades judiciais e dos termos ordinários do processo, exceto os necessários para a defesa natural do réu [...] constatada a *notitia criminis*, o réu era ouvido em termo breve que se lhe assinava para a defesa. Findo esse termo, com tudo o que o réu dissesse subiam os autos conclusos e se proferia a sentença. Em se tratando de processo sumário de casos capitais, não era necessária a citação da parte, nem se requeria que se fizessem judiciais as testemunhas¹⁴⁵.

Os *tormentos* eram admitidos como meio de prova; eram perguntas realizadas pelo juiz ao réu em casos de crimes graves, com a finalidade de obrigá-lo a ‘dizer a verdade, mediante tortura’, ou ‘tratos do corpo’. Prática utilizada pelo direito romano, também nomeada *questio*, usada pelos visigodos¹⁴⁶ e praticada no inquérito, pois “a *esquissa*, ou inquérito e o processo secreto desenvolveram o uso da tortura, em consequência dos preconceitos que levaram a jurisprudência a formular, como regra geral, a necessidade de confissão do acusado”¹⁴⁷.

Desde as Ordenações Afonsinas, esclarece José Henrique Pierangeli, D. João I estabeleceu uma lei que determinava que não existissem condenados exclusivamente por confissão recebida mediante o tormento, exceto se ratificada em juízo. Desde então, havia pessoas que não poderiam ser submetidas ao método, como fidalgo solar, cavaleiro de espada, o doutor em leis ou em física e os vereadores, excetuados apenas os crimes de lesa-majestade, falsidade ou cárcere privado e feitiçaria. Um com junto de leis extravagantes ou especiais complementavam as Ordenações Filipinas.

¹⁴⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 67-68.

¹⁴⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 91-94.

¹⁴⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 68.

¹⁴⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 68.

Em 1643, com a subida ao trono de D. João IV, foram revalidadas e reafirmadas as Ordenações Filipinas, em 29 de janeiro de 1643, ainda que vigessem “leis extravagantes ou especiais”, reunidas entre 1640 a 1747 (‘edição vicentina’), para, em seguida, ser publicado o ‘repertório das ordenações’, contendo o extrato dessas leis¹⁴⁸.

Em 1778, sob o efeito das ideias liberais produzidas na Revolução Francesa, houve uma tentativa de se reformar as ordenações, antes da vitória daquela, mas sem obter êxito. Somente após a vitória da Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, em 12 de novembro de 1821, Portugal extinguiu as devassas gerais¹⁴⁹.

Contextualizada a conformação legislativa portuguesa, adentra-se no processo colonizador e na legislação processual penal do Brasil-Colônia, além da vigência e conformação das ordenações neste período.

3.2 O Brasil Colônia: a investigação, a defesa e o processo penal até a República

Na história do processo penal português, entre os povos de origem até o século XV, o Brasil, sob a ótica da história portuguesa, foi descoberto nos tempos do Rei Manuel, o venturoso, também responsável por organizar as ‘Ordenações Manuelinas’.

Antonio Carlos da Ponte e Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki¹⁵⁰ destacam que, no Brasil, o costume aplicado pelos povos originários era dirimir conflitos e aplicar penalidades de formas diferenciadas, com ‘preponderância da vingança privada, vingança coletiva e pena de talião’, sem registro de codificação. A legislação brasileira, portanto, não guarda registro destes meios, razão pela qual se aborda o tema a partir da colonização do país.

Naquele período, determinada a colonização do Brasil em 1530, por D. João III, o Brasil foi dividido em 14 capitanias hereditárias incumbidas a 12 donatários, por meio de doações realizadas entre 1534 e 1536. A colonização se deu sob a vigência das Ordenações Manuelinas as quais foram complementadas pelo ‘Código de d. Sebastião’, nomeado por José Henrique Pierangeli como ‘Coleção de Leis Extravagantes Duarte Nunes de Leão’. Na prática, o sistema processual penal seguia a ordem de seus donatários:

¹⁴⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 69-70.

¹⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 95.

¹⁵⁰ PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e de consolidação do direito penal brasileiro. **Humanidades & Tecnologia em Revista**, ano XII, v. 13, jan.-dez. 2018, p. 99. Disponível em: <https://www.finom.edu.br/assets/site/paginas/files/downloads/20181127121139.pdf#page=99>. 04 nov. 2023, p. 105.

Embora formalmente, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão vigorassem à época das Capitanias Hereditárias e dos primeiros governos gerais, segundo o que se tem afirmado, no Brasil vigoravam as determinações régias, aliadas às cartas de doação, com força semelhante às dos forais, por elas regulando a justiça local. O Direito empregado, no período das Capitanias Hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários. Aquelas legislações vigorariam, portanto, reestruturadamente¹⁵¹.

Isso porque, as Cartas de Doação realizadas à época constituíam aos donatários o poder da jurisdição cível e penal. Os privilégios eram especificados pelas cartas de doação ou pelos forais, inclusive dando maiores ou menores poderes, em casos de pessoas de *maior qualidade*. Quaisquer apelações eram de competência dos donatários, os quais podiam influenciar na eleição dos juízes e nos conselhos de vilas, de onde se apurava ‘a lista de homens bons’ que poderiam ser eleitos. Eram eles também que deveriam consentir com o resultado das eleições, mesmo em contrariedade ao disposto quando das Ordenações.

Mas, o baixo êxito das Capitanias culminou com a instituição, em 1548, do Governo-Geral. Em 1549, chegou à Bahia o primeiro Governador-Geral, Tomé de Souza. Em seguida, foi criado o *ouvidor geral*, responsável por presidir a justiça. Os *ouvidores*, criados no período, eram responsáveis por, entre outras tarefas, realizar as devassas, nos termos transcritos pelas Ordenações do reino.

Neste período, a justiça colonial foi modificada profundamente, com a edição das *leis extravagantes* ou *leis especiais*, algumas integradas às Ordenações Filipinas, que viriam a ser publicadas, definitivamente, em 1603.

Em 7 de março de 1609 foi criada, em Salvador, a Relação da Bahia, um tribunal em segunda instância (suprimido em 1636 e retomado em 1652), que substituiu a Casa de Suplicação de Lisboa. Surgiram, então, os desembargadores, no Brasil e a justiça foi organizadas nos seguintes moldes: foram instituídas duas ouvidorias (Rio de Janeiro e Minas Gerais). Os Ouvidores receberam a consignação de suas atribuições por meio de regimentos instituídos em 7 de março e 14 de abril, ambos em 1628.

A organização da justiça, na Relação da Bahia, ocorria da seguinte maneira: o governador-geral funcionava como ‘regedor da relação’ e deveria seguir o regimento da Casa de Suplicação, em Lisboa; havia um chanceler, três desembargadores para agravos e apelações e um procurador, que exercia as funções de promotoria, na qualidade de representante da Coroa

¹⁵¹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 63.

e da Fazenda, além de ‘um provedor de defuntos e resíduos e dois desembargadores extravagantes¹⁵².

Sob as Ordenações Filipinas, o Brasil vivia uma monarquia constitucionalista e, sob a figura da coroa de Portugal, havia figuras nomeadas pelos reis a exercer a função de governadores locais, os Alcaides-mor, responsáveis por aplicar a jurisdição administrativa e jurídica do povoado ao qual eram nomeados. Em caso de ausência, o Alcaide-mor poderia nomear Alcaides-pequenos, sempre um integrante da câmara municipal, na imbricada relação de poder instituída pela Coroa¹⁵³.

Neste período, em Portugal, sob a vigência das Ordenações Filipinas, as autoridades locais não acumulavam mais funções civis e militares, ou seja, os alcaide-mor (os governadores) deixaram de ser juízes e os alcaides pequenos (funcionários de alto escalão da Coroa) foram limitados em suas atividades. Deu-se, assim, a primeira e inédita divisão entre polícia e atividade judicial, consolidada no século XIX. Em 25 de junho de 1760, viria a primeira lei que dividia, por fim, a atividade da polícia judiciária e a de juiz, em Portugal, conforme sinalizada na exposição de motivos:

Havendo resultado da União de ambas em uma só pessoa, a falta de observância de tantas e tão santas leis, como são as que os Senhores Reis meus predecessores promulgaram [...] para regular a polícia da Corte e cidade de Lisboa [...] sucedendo assim nesta corte o mesmo que, como referido motivo, havia sucedido em todas as outras da Europa que, por muitos séculos, acumulando as repetidas leis e éditos que foram publicados em benefício da polícia e paz pública, sem haverem surtido o procurado efeito enquanto a jurisdição contenciosa e pontifícia andaram acumuladas e confundidas em um só magistrado, até que, sobre o engano de tantas experiências, vieram estes últimos a separar e distinguir sobreditas jurisdições com o sucesso de colherem logo delas os pretendidos frutos da paz e do sossego público¹⁵⁴.

Em 1760, com a nova lei, foi criado o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte e do Reino, ao qual foi atribuída a função de promover a culpa, ainda que cumulativamente aos juízes – ou seja, ambos poderiam realizar a atividade. O Brasil, ainda sob a organização dada pelas Ordenações Filipinas, vivia alguns movimentos reacionários com a finalidade de tornar o Brasil independente de Portugal. Houve, então, o primeiro movimento anticolonial, a exemplo da Conjuração Mineira, que cumoulou com a execução de Tiradentes. Pelos portugueses, o

¹⁵² PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 59-73.

¹⁵³ MAPA. MAPA. **Acaider-mor**. 2021. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/129-alcaide-mor>. Acesso em: 31 maio 2023.

¹⁵⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 59-73.

episódio foi nomeado ‘inconfidência mineira’, em alusão ao crime de inconfidência do ilícito de natureza política, que lesava a segurança interna e externa do Estado, e a lógica da alta crueldade no processo de devassa, sob a imputação de crime de ‘lesa-majestade’, cujos procedimentos eram realizados com respaldo jurídico das Ordenações Filipinas¹⁵⁵.

A Inconfidência Mineira foi ‘o principal movimento iluminista de independência nacional’, o qual, influenciado pelos ideais iluministas, visava à independência do Brasil, duramente reprimido em 1789.

Sobrevieram outros movimentos de ordem separatista que visavam à autonomia do país, a exemplo da Conjuração Fluminense (1794), da Revolta dos Alfaiates, na Bahia e a Revolução Pernambucana (1817), os quais compuseram o cenário da independência e culminaram com a proclamação da República¹⁵⁶.

O final do período colonial foi marcado pela ausência de uma sociedade política de fato organizada, tendo em vista a imbricada relação de poder coligada à coroa Portuguesa. Ademais, no Brasil, a maior parte das pessoas era excluída da condição de detentor de direitos civis e políticos¹⁵⁷.

Em 1808, com a chegada da família real, a legislação foi alterada. A exemplo de Portugal, criou-se a função de Intendência-Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil. Em 10 de maio do mesmo ano, foi criado o cargo de Intendente-Geral da Polícia do Brasil, nos moldes da metrópole, finalizando no Brasil o modelo de segurança pública antes vigente, dependente dos donatários das capitanias hereditárias, para promover a centralização uniforme no Estado¹⁵⁸.

A instalação da monarquia lusitana produziu profundas reformas na organização política, social e judiciária do Brasil:

Instada a sede da monarquia lusitana na Quinta da Boa Vista, o Príncipe Regente, pelo alvará com força de Lei de 1º de Abril de 1808 criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça. Em seguida, também mediante alvarás, foi criado o Desembargo do passo e da Consciência e ordens, o lugar do juiz conservador da Nação Britânia, a Intendência Geral da Polícia, respectivamente, de 22 de Abril, 04 de maio e 10 de maio. Em 14 de maio desse mesmo ano, um outro Alvará elevou a Relação do Rio de Janeiro à Casa de Suplicação, tornando-a Superior Tribunal de Justiça. Ainda em 1808, foram criados lugares de juízos privativos de crime, e a partir de então, também

¹⁵⁵ ANDRADA, Lafayette de. **Autos de devassa da Inconfidência Mineira**. t. 11. Disponível em: almg.gov.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁵⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 129.

¹⁵⁷ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, direitos humanos e educação**. São Paulo: Almedina, 2019.

¹⁵⁸ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial: o interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 6.

foram criados novos cargos de juízes de fora, ouvidores, corregedores, juízes ordinários, nas novas vilas que iam sendo criadas, com respectivos serventuários e oficiais de justiça. Em 1812, foi criada a Relação do Maranhão, e em 1821, a de Pernambuco¹⁵⁹.

Em 18 de junho de 1822, D. Pedro I institui os juízes de fato, para julgar os crimes atinentes à imprensa, e em 28 de agosto de 1822, determinou que os juízes criminais observassem as regras da Constituição da Monarquia Portuguesa, de 10 de março de 1821, dando então, no Brasil, os direitos também recentemente constituídos em Portugal, na ordem constitucional:

nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada, lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade, toda pena deve ser proporcional ao delito e nenhuma deve passar da pessoa do delinquente. A confissão de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e o pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e as diversas penas infamantes ficaram também abolidas¹⁶⁰.

Fruto de intenso movimento constitucionalista, influenciado por ideais iluministas de Marquês de Beccaria, D. Pedro de Alcântara, em 7 de setembro do mesmo ano declarou a independência do Brasil¹⁶¹. Imbuído do movimento constitucionalista, em 25 de março de 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira, elaborada pelo Conselho de Estado do Imperador D. Pedro I¹⁶². O Brasil, então, constituiu-se em império monárquico, com D. Pedro de Alcântara seu primeiro imperador.

A Constituição já previa o cargo de juiz e reconhecia a necessidade de se criar um Código Criminal (art. 179, VI e XXVIII), visto que o movimento constitucionalista e humanista do período visava, em âmbito penal, substituir as práticas inquisitoriais das Ordenações Filipinas, e fincar raízes de um espírito liberal, o que só aconteceu quando criado o Código de Processo Penal, no Império¹⁶³. Este artigo constitucional também dispõe sobre a consagração dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros¹⁶⁴.

¹⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 76.

¹⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 96.

¹⁶¹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 51

¹⁶² KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p.13.

¹⁶³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p.13.

¹⁶⁴ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 14.

Em 13 de outubro de 1827, foi criada a figura do juiz de paz, ‘o agente público que tem como contribuição a exclusividade da administração da atividade policial’¹⁶⁵. Em 1827, uma nova lei atribuiu ao juiz de paz as funções de formar a culpa e de julgar.

Entre 1829, o primeiro projeto de Código de Processo Penal do império foi apresentado à Câmara, entretanto, designou-se uma comissão para analisá-lo. Como havia um outro projeto em andamento, foram criadas comissões especiais para debater as questões atinentes à matéria. O Código Penal, apresentado e formulado, como fruto das aspirações de D. Pedro I, viria a se materializar primeiro.

Em 16 de dezembro de 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império, fruto de aspiração do imperador, D. Pedro I, que também se empenhou para criar o Código de Processo Penal brasileiro, conforme registrado em suas ‘falas do trono’, orações que incumbiam ao Imperador na abertura e no encerramento das sessões legislativas, nomeadas pela Constituição do Império de ‘sessão imperial de abertura’ e ‘sessão de encerramento’. Há registro, de 30 de novembro, às vésperas do sancionamento do Código Criminal do Império, em que D. Pedro I lamentava que a Código de Processo Penal só fosse realizado na sessão seguinte – ainda que este só viesse a se tornar realidade após a abdicação do trono, em 7 de abril de 1831¹⁶⁶.

Com o momento agitado e a renúncia de D. Pedro I, o Código de Processo, discutido, formulado e reformulado por comissões no período, foi apresentado à Câmara, ainda em julho de 1831. Nesse processo, entre a sanção do Código Criminal e a manutenção das Ordenações Filipinas em âmbito processual penal, o liberalismo alastrou-se por meio de ideias que defendiam a democracia e a descentralização de poder, fragilizando a figura do juiz de paz.

Nesse contexto, em 29 de novembro de 1832, surgiu o Código de Processo Criminal do Império, suprimindo o clamor de superação do sistema inquisitorial¹⁶⁷. Trata-se da primeira codificação em matéria penal do Brasil, que dava fim ao seguimento das Ordenações Filipinas, no que tange ao processo penal no Brasil¹⁶⁸, conforme lembra José Frederico Marques:

com a fundação do império, abre-se, para o processo penal, um período de reação às leis opressoras e monstruosas da Monarquia Portuguesa, e do qual o Código de Processo Criminal de 1832 constitui o diploma legal culminante e

¹⁶⁵ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 9

¹⁶⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 94-98.

¹⁶⁷ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 61.

¹⁶⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 61.

mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e da nação¹⁶⁹.

Novas prerrogativas são garantidas, como a necessidade de ordem judicial para realizar revista ou prisão, o respectivo mandado ou o flagrante; foram previstos recursos ordinários e o *habeas corpus* como recurso de natureza extraordinária. Mas, o Código de Processo Criminal de 1832, com seu espírito liberal, gerou uma reação dos conservadores, pautados no discurso da ordem e da garantia da unidade da Nação¹⁷⁰:

O período de agitações políticas e movimentos revolucionários que assolou o país, entre 1830 e 1840 provocou a reação monárquico-conservadora, notadamente na esfera de organização judiciária e policial, visto que o sistema adotado pelo Código de 1832 se apresentava pouco eficiente para restaurar, definitivamente, a ordem e a tranquilidade¹⁷¹.

O juiz de paz e suas prerrogativas de formação de culpa e julgamento foram fortalecidos, conforme sublinha Lizandro Mello Pereira:

Os juízes de paz passam a enfeixar poder considerável: a função típica do cargo, a formação da culpa, é exercida sobre qualquer pessoa, excepcionados os privilegiados em foro pela Constituição. Essa formação de culpa consistia em pastorear e apresentar evidências e indícios acerca das condutas em tese ilícitas, destilando daí documento denominado de sumário de culpa – que por sua vez, era o único esteio para a acusação criminal formal e poderia não contar com a integralidade da apuração. Diferente das devassas citadas supra, o sumário não preceituava o segredo a assim permitia ao suposto criminoso presença aos atos de oitiva de testemunhas e outros depoentes¹⁷².

Ainda assim, uma notável mudança e avanço em relação ao Código do Império é sentida. Isso porque, o acusado poderia acompanhar depoimentos, se residisse no distrito e nele estivesse ou preso ou afiançado, inclusive nestas circunstâncias, sendo-lhe permitido realizar perguntas. Porém, estas previsões de direitos ficavam a critério da livre discricionariedade do Juiz, que se caso considerasse urgente, poderia negar pedidos realizados pelo suspeito, quando encaminhado à sua presença¹⁷³.

¹⁶⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 96.

¹⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 96.

¹⁷¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 98.

¹⁷² PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial: o interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 6.

¹⁷³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 14.

Esse ambiente estritamente liberal rendeu ao Código Criminal do Império muitos elogios, dado o seu caráter garantidor dos direitos e garantias do acusado, ainda que bastante crítico em relação à organização judiciária, o que suscitava manifestações relativa à sua aplicabilidade e habilidade para a manutenção da ordem¹⁷⁴. No entendimento de José Frederico Marques:

O Código de 1832 estabeleceu, primeiro, normas de organização judiciária, mantendo a divisão territorial do país em distritos, termos e comarcas. Em cada distrito havia um juiz de paz, um escrivão, inspetores de quarteirão e oficiais de justiça; nos termos, um conselho de jurados, um juiz municipal, promotor público, escrivão das execuções e oficiais de Justiça, nas Comarcas, um juiz de Direito, ou mais, conforme a população. Os juizes de paz eram eleitos pelo povo, nomeados pela Câmara Municipal. Os juizes municipais e promotores da corte eram nomeados pelo Governo, e, nas províncias, pelos respectivos presidentes, sob proposta das Câmaras Municipais, em listas tríplexes, trienalmente feitas. A nomeação dos Juizes de Direito cabia ao imperador¹⁷⁵.

Assim, o era instaurado “o procedimento penal mediante queixa do ofendido, seu pai, sua mãe, tutor, curador ou cônjuge. Ou então por denúncia do Ministério Público, ou qualquer do povo e ainda, mediante atuação *ex officio* do juiz”. Também foi dado exclusivamente ao Poder Judiciário ou ao júri todas as competências de natureza judiciária, na disciplina criminal, o que fora considerado um grande marco, por se antepor às Ordenações Filipinas e dar ao processo criminal aspectos humanitários inerentes aos ideias liberalistas¹⁷⁶.

Em 1833, foi criado o cargo de chefia da polícia da cidade do Rio de Janeiro, e nomeado Eusébio de Queiroz, conhecido pela redação de legislações importantes à época, como a Lei Eusébio de Queiroz, que extinguiu o tráfico negreiro e considerou pirataria o transporte de escravos em transatlânticos¹⁷⁷.

O caráter descentralizador do período e o aumento de poderes conferidos ao juiz de paz, previsto no Título I como ‘De várias disposições preliminares e das pessoas encarregadas da administração da Justiça Criminal em cada Distrito’, abriu espaço para agitações e para o surgimento de movimentos revolucionários, que acabaram gerando uma nova onda conservadora¹⁷⁸, iniciada por Eusébio de Queiroz no âmbito policial-judiciário.

¹⁷⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 98-100.

¹⁷⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 98.

¹⁷⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 98-100.

¹⁷⁷ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

¹⁷⁸ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 14.

O sistema e os procedimentos adotados pelo Código de Processo Penal do Império foram os modelos misto ou eclético, ainda que atrelado à inquisitividade, pois, se, de um lado, não adotou o procedimento acusatório que já vigia na Inglaterra, de outro, acolheu o procedimento misto de forma diversa do utilizado na França, cuja natureza inquisitiva na fase instrutória e acusatória no julgamento colocava a pessoa acusada em condição de inferioridade em relação a seu acusador, competindo ao juiz produzir provas, as quais admitiam a tortura. O processo, inclusive, era ‘escrito, secreto e não contraditório’.¹⁷⁹

O Código de Processo Criminal do Império dava ao juiz uma notável independência em relação ao acusado e ao acusador, podendo requerer e realizar pedidos às partes, quando dos atos da formação da culpa, sem qualquer previsão de recurso. Os juízes de paz encabeçavam o feixe da investigação¹⁸⁰:

Os juízes de paz tinham atribuições de polícia administrativa e de polícia judiciária, além das atribuições judiciárias propriamente ditas. Dentro da função da polícia administrativa competia-lhes a vigilância das pessoas desconhecidas ou suspeitas que viessem a habitar o seu distrito; a concessão de passaportes, a divisão de seu distrito em quarteirões, a prisão dos culpados, que podia ser realizada até mesmo em outros juízos. Na função de polícia judiciária, competia-lhe proceder a auto de corpo de delito. Como órgão judiciário, competia aos juízes de paz: obrigar a assinar termo de segurança aos legalmente suspeitos de cometer crimes, quando podiam aplicar multa de até trinta mil réis ou prisão de até trinta dias ou até três meses de casa de correção ou oficinas públicas, assinar termo de bem-viver aos vadios, mendigos, bêbados habituais, prostitutas perturbadoras do sossego público e turbulentos ‘que por palavras ou ações ofendem os bons costumes, a tranquilidade pública e a paz das famílias, formar a culpa dos delinquentes, conceder fiança dentro de sua alçada, julgar as contravenções às posturas municipais, e os crimes punidos com pena pecuniária de até cem mil réis, degredo, ou desterro de até seis meses ou três meses de casa de correção ou oficinas públicas. Julgavam, portanto, as infrações punidas com penas leves¹⁸¹.

As tensões promovidas face à ampliação dos poderes do juiz de paz e a crítica ao critério político do qual estes eram imbuídos – recorde-se que eram eleitos – atrelados aos ideais liberalistas e humanitários, para o período, provocaram a promulgação da Lei n. 261/1941, complementada pelo Regulamento n. 120/1842: “Daí a promulgação da lei de 3 de dezembro

¹⁷⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 103.

¹⁸⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p.105.

¹⁸¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 105.

de 1841 e seu Regimento n. 120/1842 – com instrumentos e meios para o Governo Imperial debelar a desordem e impor a sua autoridade em todos os quadrantes da Nação”¹⁸².

A Lei n. 261/1841 promoveu uma reforma do Código e retornou a função de apuração à polícia judiciária, estabelecendo as funções de chefe de polícia, delegados e subdelegados, como hoje se conhece. Entretanto, estes, eram nomeados pelo imperador ou pelo presidente da província, enquanto os juízes de paz eram eleitos popularmente¹⁸³:

Foi notável neste diploma, ao lado da diluição das atribuições e do poder dos Juízes de Paz, a criação de uma estrutura policial hierarquizada – introduzindo a figura do Delegado de Polícia. Tal estrutura compunha-se de Chefe de Polícia – um para cada província – escolhidos entre Desembargadores e juízes de Direito (equivalente ao Secretário de Segurança hodierno), Delegados e Subdelegados de Polícia. Estes eram nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes da Província – o que aquebrantou ainda mais o exercício do poder sectário local e sua ingerência sobre os assuntos do Estado – e eram escolhidos dentre quaisquer cidadãos, preferencialmente Juízes de Direito¹⁸⁴.

A formação da culpa poderia ser realizada tanto pela polícia judiciária quanto pelo Poder Judiciário. O procedimento, em si, importava em dever de escrituração das investigações, que seriam encaminhados à autoridade incumbida de procedê-la, surgindo aqui as peças policiais investigativas, como hoje são conhecidas. Assim, todo e qualquer ato que viesse a compor a formação da culpa era redigido a termo e autuado. Em caso de autoridade incompetente, a autoridade que a averiguasse reduziria a termo e encaminharia à autoridade competente. Surgiu também uma nova concentração dos poderes na pessoa do chefe de polícia ou delegado de polícia, fazendo com que as autoridades policiais fossem diretamente subordinados àquele (estrutura estabelecida no art. 1º ao 12º da Lei n. 261/1841).

Foi também Eusébio de Queiroz o responsável por estruturar a Secretaria de Polícia, vinda da já extinta Intendência-Geral de Polícia, embrião da polícia civil, considerado a pessoa formadora da polícia civil e seus procedimentos policiais, tal como a polícia militar¹⁸⁵. Neste período, durante o período da formação da culpa, o direito de defesa cumpria sua missão por meio do interrogatório, da inquirição de testemunhas, e da apresentação de documentos e de instrumentos defensivos, desde que não fossem duvidosos ou seja, desde que inquestionáveis e/ou que permitissem à justificação¹⁸⁶.

¹⁸² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 98-138.

¹⁸³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 15.

¹⁸⁴ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial: o interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023.

¹⁸⁵ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 8-9.

¹⁸⁶ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 15.

A alteração deu largo poder às autoridades policiais, as quais, além da própria matéria afeta e do poder de exercício de polícia judiciária, começaram a cumprir função tríplice, o que José Henrique Pierangeli resume, em comparação ao Código do Império:

O Código de Processo Criminal estabeleceu que a polícia estava afeta a uma autoridade local: O juiz de paz ou o juiz popular. A este entregou atribuições policiais preventivas e repressivas, informativas e probatórias. Com a modificação, houve uma centralização das atividades policiais, sob o comando do ministro da Justiça, que se transformou num ‘generalíssimo de polícia’, ao qual se entregou um verdadeiro exército de funcionários hierárquicos, que abrangia desde o presidente da província e o chefe de polícia, até o inspetor de quartelão¹⁸⁷.

Ainda, a polícia assumiu uma função tripartida: polícia administrativa, polícia judiciária e a atividade judiciária, propriamente dita, competindo ao juiz de paz, a partir de então, “a custódia de ébrios, repressão à vadiagem, à destruição de quilombos, combate às meretrizes escandalosas, concessão de termo de bem viver e cartas de segurança”¹⁸⁸. Ainda, como explica José Frederico Marques, “como todas essas autoridades policiais, além das funções normais da polícia judiciária, tinham competência para a formação da culpa (Reg. 120, art. 198, 5), e assim, vigorava o policialismo mais exacerbado em matéria de processo criminal”.

O excesso de policialismo e concentração de poder ocasionou o que Nilo Batista chama de ‘vigilantismo policial’, e José Frederico Marques, ‘reacionismo policial’¹⁸⁹, “como todas essas autoridades policiais, além das funções normais da polícia judiciária, tinham competência para a formação da culpa (Reg.120, art.198, 5), vigorava o policialismo mais exacerbado em matéria de processo criminal”.

Entretanto, apesar das duras críticas recebidas, e dos diversos movimentos dos liberais, que inconformados se movimentaram com projetos que visavam à reforma da Lei de 3 de dezembro, esta legislação permaneceu em vigor até 1871^{190 191}.

¹⁸⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 141.

¹⁸⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 140.

¹⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 99-101.

¹⁹⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 152-155.

¹⁹¹ BATISTA, Nilo. **Apontamentos de uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 35.

Em 3 de dezembro de 1871, com uma nova reforma ao Código Criminal (Lei n. 2.033/1871 e Decreto Regulamentador n. 4.824/1871), e objetivando conter a ação abusiva das autoridades investigativas, as funções policiais e judiciais foram definitivamente separadas. Surgiu aí o inquérito policial, como é conhecido hoje, e o início do que seria sua disciplina na legislação brasileira: “Art. 42. O inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstanciais e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escrito [...]”¹⁹².

Assim, com a finalidade de coibir excessos, a persecução criminal no Brasil adotou o inquérito policial como método de investigação policial. Acolheu-se o modelo francês de polícia, qual seja, a divisão de polícias em polícia de vigilância ostensiva e polícia judiciária, de natureza investigativa, auxiliar do Poder Judiciário, cuja função é apontar lastros ao Ministério Público, ainda que subordinada ao Poder Executivo, numa estrutura que permanece, mesmo após a CF/1988¹⁹³.

Assim, em 1871, a partir dessa nova legislação, consolida-se o sistema de investigação criminal, como hoje conhecido, evidenciando a separação da função de administração e da função investigativa, já sob os cuidados da polícia judiciária e seus procedimentos acerca da disciplina¹⁹⁴.

Quanto à disciplina, esta nova legislação, já com as funções policiais e judiciárias estabelecidas, foi legada à atividade policial o ato de investigar, tão logo tivesse notícia de um crime e diligenciar apurações, a fim de dirimir suas circunstâncias e apontar autoria. Assim, os direitos de defesa no inquérito policial facultavam ao indiciado o direito de assistir às diligências do inquérito e impugnar os depoimentos de testemunhas, realizar a juntada de documentos e formular suas justificações, em interrogatório.

Cumprida esta etapa, deveria a autoridade policial produzir o respectivo termo, precedido de corpo de delito e indicação de testemunhas, encaminhado ao MP e à autoridade competente para a elaboração da formação de culpa¹⁹⁵, conforme recobra José Frederico Marques¹⁹⁶.

¹⁹² BRASIL. **Decreto n. 4.824 de 22 de novembro de 1871**. Brasília-DF, 1871. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11294045/artigo-42-do-decreto-n-4824-de-22-de-novembro-de-1871>. Acesso em: 31 maio 2023.

¹⁹³ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023, p. 61.

¹⁹⁴ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 10.

¹⁹⁵ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 15.

¹⁹⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 101.

Durante 30 anos foi combatida a lei de 3 de Dezembro e inúmeras foram as vozes que se levantaram no parlamento imperial, pleiteando-lhe a reforma. Projetos nesse sentido, em várias oportunidades, foram apresentadas, em 1845, o de Fernandes Tôrres, e em 1848, o de Pimenta Bueno, em 1850, e ainda em 1854, o de Nabuco de Araújo, em 1868, o de Martin Francisco, e em 1869, o de José de Alencar. Coube ao Ministério Rio Branco ir ao encontro dessa velha aspiração, promulgando a Lei n. 2.033, de 20 de Setembro de 1871, regulamentada, ao depois, pelo dec. n. 4824, de 22 de Setembro do mesmo ano.

Assim, a reforma realizada pôs fim ao ‘policialismo reacionário da lei 3 de dezembro’, separando as funções judiciais das policiais, e criando o inquérito policial.

3.3 A proclamação da República e o pluralismo jurídico em matéria processual

A República foi proclamada em 15 de novembro de 1889, tendo sob o manto processual penal esta legislação¹⁹⁷. Em 11 de outubro de 1890, por meio do Decreto n. 847 do Governo Provisório, foi promulgado o Código Penal Brasileiro¹⁹⁸.

A Primeira Constituição da República brasileira, de 24 de fevereiro de 1891, trazia que ‘revigoradas ficam as garantias processuais já existentes’¹⁹⁹. Ainda, o direito à defesa, nos termos do art. 71, § 16, previa a entrega da pessoa custodiada (presa), no prazo máximo de 24 horas, e a respectiva entrega do termo de culpa, com a descrição do nome do acusador e das testemunhas²⁰⁰.

Entretanto, esta primeira Constituição previu a possibilidade de os Estados legislarem, permitindo, assim, que alguns deles realizassem seus próprios Códigos, mantidos os termos da Lei n. 2.033/1871 até a promulgação do CPP/1941, período conhecido como ‘pluralismo processual’²⁰¹.

Começaram, então, a surgir legislações produzidas pelos Estados Partes que suprimiam a pronúncia, de maneira que a doutrina passou a ver o inquérito policial como caminho indispensável para analisar a culpa em juízo singular, como ressalta Lizandro Mello Pereira:

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 101.

¹⁹⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 101.

¹⁹⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 101.

²⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro-RJ. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

²⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 158-160.

Vale dizer: até então, o papel que era exercido pelo pela pronúncia baseada na instrução inicial, sumário de culpa, passava a ser denúncia ou queixa baseada tão somente no inquérito policial. Essa mudança alçou o inquérito de mero auxiliar na formação de culpa a documento por excelência para tal finalidade²⁰².

Esta descentralização legislativa que deu aos Estado Parte a possibilidade de legislar em matéria criminal provocou uma fragmentação e “contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei Penal”²⁰³, dando retorno à centralização do poder de legislar à União, com a promulgação da nova Constituição brasileira, de 16 de julho de 1934.

Neste período, um projeto de Código Penal (Projeto Vicente Ráo), em homenagem ao Ministro da Justiça do período, previa extinguir o inquérito policial e criar um Juizado de Instrução, com a justificativa de que aquele sistema permitia apurar as responsabilidades fora de uma instrução criminal conduzida por juiz. O processo seria um mero reproduzidor dos atos realizados em âmbito policial, que seriam depoimentos, circunstâncias do indiciamento, tomada de declarações e vistorias produzidas em inquérito, todas estas, fora do processo judicial e sem a garantia da manutenção dos direitos do acusado.

Lizandro Mello Pereira explica o movimento político e as influências em torno do juízo de instrução:

À época, era alto o clamor entre os Juristas pela adoção dos Juizados de Instrução, à moda dos existentes em sistemas europeus (francês, italiano) e que traria diretamente ao juízo toda a preparação processual, unificando *intrajudice* a instrução do processo criminal. O projeto de Código de Processo que ficou afamado como Projeto Ráo [...] não obstante o legislador brasileiro tenha optado por perpetuar o sistema do inquérito, o vulto da movimentação simpática aos juizados de instrução era tanta que, à época da preparação do vigente Código de Processo Penal, o Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos, justificou a manutenção do inquérito, simultaneamente afastando a hipótese de instrução criminal, como veremos adiante²⁰⁴.

Este projeto, embora tenha chegado a ser aprovado no Congresso Nacional de Direito Judiciário, não foi convertido em lei, pela superveniência do Estado Novo, com a outorga da Carta Constitucional de 1937, como recorda José Henrique Pierangeli:

²⁰² PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 8.

²⁰³ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 160.

²⁰⁴ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 10.

O chamado Estado Novo e sua carta constitucional de 10 de Novembro de 1937 impediram a discussão e possível aprovação do Projeto Vicente Raó, mas manteve a unidade processual, ao estabelecer que à União competia, privativamente legislar sobre o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual²⁰⁵.

O Estado Novo e o processo histórico que o precede tem larga influência sobre o inquérito policial, pois uma nova política criminal em matéria de direito penal e processual penal começava a ser estabelecida, o que influencia a matéria dos direitos humanos no país e a consecução dos Códigos Penal (1940) e de Processo Penal (1941), ambos ainda em vigor.

3.4 A Era Vargas e o inquérito policial no Brasil: o Estado Novo, o CPP/1941 e os regimes de exceção

Viu-se, até o momento, como os mecanismos de investigação estatal caminharam intrinsecamente relacionados a como cada sociedade via o binômio Estado/pessoa, desde os antigos até as grandes revoluções, e como o Estado Constitucional influenciou os mecanismos de investigação, sobretudo pelas ideias advindas das revoluções produzidas pelo Iluminismo.

Agora, cuida-se da trajetória histórica do inquérito policial como meio estatal para aferir fatos penalmente reprováveis e a eventual indicação de responsabilidades, a partir da política penal do CP/1940 e do CPP/1941, até a chegada da CF/1988.

O ponto de partida para essa finalidade é o contexto histórico, social e cultural vivenciado pelo Brasil, à época, uma vez que, inicia-se pela compreensão, em Ricardo Hasson Sayeg²⁰⁶, de que o direito é vivenciado através da organização e do comportamento humano, equacionados quanticamente ao próprio direito.

Retornando à linha do tempo até então desenvolvida, observa-se que a sociedade brasileira, à época em que o inquérito policial foi concebido pelo Código de Processo Penal ainda em vigor, vivia importantes transformações sociais, influenciada também pelo cenário internacional da guerra e pela figura do ‘inimigo’, conforme aqui se rememora.

²⁰⁵ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 16-17.

²⁰⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 81.

3.4.1 O Estado Novo, a promulgação do CP/1940 e o CPP/1941: doutrinas e vertentes políticas e jurídicas do Estado autoritário

A Revolução de 1930, sob o ponto de vista do processo penal, não se preocupou, inicialmente, com a extinção do pluralismo jurídico disposto na Constituição de 1891. A aspiração da unicidade em matéria jurídica foi inaugurada somente com a Constituição de 1934, que restabelecia a competência legislativa sobre direito processual e a criação dos Códigos de Processo Civil e de Processo penal²⁰⁷.

Em 1936, o Brasil vivenciava novas tensões políticas vindas do começo da segunda república, como a quebra de grandes oligarquias, o surgimento de movimentos proletários e de protesto que culminaram com o tenentismo. Tudo isso havido com o começo da Era de 30, que marcou o fim da República Velha e ficou conhecido como ‘Revolução de 30’, ou ‘Era Vargas’.

Em 10 de novembro de 1937, foi inaugurado o Estado Novo, por meio da Revogação da Constituição de 1934 e da outorga de uma nova Constituição. O golpe de Estado, que introduziu mais um capítulo ao período conhecido como ‘Era Vargas’, foi marcado pela outorga de uma nova Constituição, que concentrou o poder nas mãos do Chefe do Executivo e suprimiu partidos políticos. Nesse período, foi instituído também um Tribunal de Segurança Nacional que, pela primeira vez na história do Brasil, separou efetivamente a competência para julgar crimes políticos, ou crimes contra a Nação, em uma jurisdição própria²⁰⁸.

Foi instituída uma política penal severa, com a previsão da pena de morte, a retirada da liberdade de imprensa e partidária, a anulação da independência entre os poderes legislativo e judiciário e a restrição das prerrogativas em âmbito do Congresso Nacional. Ainda, previu suspensão da imunidade parlamentar, a prisão e/ou o exílio a quem fosse opositor do governo, eleições de natureza indireta e mandato de seis anos.

Em matéria processual penal, como relembra José Frederico Marques, sob a influência do nazifascismo, o Tribunal de Segurança firmava a justiça de exceção, com sua “tão triste memória, e o seu processo inquisitivo e sem garantias”, instituído, em princípio, na qualidade de órgão da Justiça Militar, mas que logo alçou, através da Carta de 10 de novembro, em uma tribunal atinente à justiça de exceção, cuja competência era disposta no art. 122, 17, de ser o

²⁰⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983, p. 165-166.

²⁰⁸ BALZ, Christiano Celmer. **O tribunal de segurança nacional**: aspectos legais e doutrinários de um tribunal de Era Vargas (1936-1945). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2012.

tribunal atinente aos crimes que atentassem “contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular”²⁰⁹.

Os Decretos-Lei n. 88/1937 e n. 431/1938 estabeleceram e organizaram o tribunal, a forma de julgamento e os crimes afetos àquela jurisdição:

o que havia de mais iníquo e inquisitorial, policialesco e reacionário, em matéria de procedimento penal. Nem a lei de 3 de dezembro, com seu conservadorismo estreito, nem qualquer outro diploma até hoje promulgado no Brasil, foi tão digno de reprovação como os Decretos-Lei acima citados²¹⁰.

A investigação, já tomada como inquérito policial, “além de possuir o caráter de formação de culpa, era tido, até prova em contrário, como verdadeiro – o que significa que as garantias de uma instrução contraditória e jurisdicional ficaram abolidas”²¹¹.

Sob esta conjuntura social e política elaborou-se o projeto do CP/1940, instituído por meio do Decreto-Lei n. 2.848/1940, e o CPP/1941, instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689/1941.

À ótica do então Estado Novo, da ditadura Vargas e sob o manto de uma Constituição outorgada e de uma severa política penal, consignou-se no CPP/1941 a manutenção do inquérito policial à polícia, rechaçando explicitamente o juízo de instrução, com base no território brasileiro e na ausência de juízes de instrução suficientes para realizar a investigação àqueles moldes, eventos trazidos em sua exposição de motivos, os quais designaram a investigação como ‘inquérito preliminar ou instrução provisória’²¹².

Embora o CPP/1941 tenha estabelecido diretrizes de um sistema penal acusatório, foi mantida a estrutura do inquérito policial conforme trazido do império português, na reforma de 1871, separando tão somente a atividade acusatória da julgadora²¹³.

O autoritarismo do período, já marcado pela Constituição de 1937 – também com franca inspiração no fascismo – tinha Francisco Campos ‘como seu mentor’. A própria exposição de motivos atentava para o discurso de segurança nacional como elemento

²⁰⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 106.

²¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 106.

²¹¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 107.

²¹² BRASIL. **Exposição de Motivos do CPP**. Ministério de Justiça e Negócios interiores. 1941. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 05 jun. 2023.

²¹³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 19.

conservador, o que se tornou marca do CPP/1941. Para o então ministro da justiça Francisco Campos, ‘o acusado é inimigo e deve provar sua inocência’.

A franca inspiração foi o Código de Rocco, da Itália, elaborado durante o período fascista de Benito Mussolini, por quem Francisco Campos declarava admiração, aliás, não só. Ele também se estendia em exaltações a regimes autoritários, como os de Mussolini e Hitler²¹⁴.

Nesse contexto, a CF/1937, o CP/1940, o CPP/1941 e os Atos Institucionais n. 1 e 2 claramente contaram com a participação de Francisco Campos, notadamente um doutrinador autoritarista²¹⁵.

À defesa, alinhado àquela Constituição, restou o direito de solicitar diligências no inquérito, deixando à autoridade policial a discricionariedade de realizá-las, restringindo a atuação da pessoa e do advogado, na fase de instrução preliminar, como ainda hoje, previsto no art. 14 do CPP/1941. O próprio silêncio, entre 1941 até 2003, previa que, mesmo perguntas que não possam ser respondidas pela pessoa acusada, fossem consignadas, marcando-se, assim, o verniz da inquisitorialidade no ato²¹⁶.

O modo pelo qual a pessoa investigada e sua defesa poderiam ou não se desenvolver na investigação preliminar, à época, rememora o espírito do período, uma vez que a Segunda Guerra Mundial deixou suas marcas na identidade do país, fortemente influenciado pelos ideais totalitários (nazifascismo), cuja dimensão da perspectiva do uso da força é relembra por Hannah Arendt:

Aqueles que se opõem à violência com o mero poder rapidamente descobrirão que não são confrontados por homens, mas pelos artefatos humanos, cuja desumanidade e eficácia destrutiva aumentam na proporção da distância que separa os oponentes. A violência sempre pode destruir o poder; do cano da arma emerge o comando mais efetivo, resultado da mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca emergirá daí é o poder²¹⁷.

A Segurança Nacional instituída na época – ideia que inicia com os amplos debates em torno da Segunda Guerra Mundial e do período de Guerra Fria, que afiliava o Brasil a favor do Ocidente e, por consequência, em confronto com o bloco soviético – encontrava-se em franca evidência. Diante disso, várias instituições foram criadas. No Brasil, o Decreto-Lei n.

²¹⁰ PINHO, Ana Claudia Bastos de; SALLES, José Edvaldo Pereira Salles. Processo penal autoritário *versus* processo penal garantista. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1 e v. 2. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 186-199.

²¹⁵ SILVA, Tício Lins e. O processo no exercício do garantismo penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1 e v. 2. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 146.

²¹⁶ Leonardo Augusto Marinho Marques. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1 e v. 2. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 146.

²¹⁷ ARENDT, Hanna. **Sobre a violência**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 42.

6.378/1944 criou o Departamento Federal de Segurança Pública (DFSP), que viria a ser chamado, a partir da Constituição de 1967 e das suas novas diretrizes, de Departamento de Polícia Federal²¹⁸.

Com a crise do nazifascismo, no pós Segunda Guerra Mundial, Getúlio Vargas foi deposto em 29-10-1945, assumindo o então presidente do STF, José Linhares, que manteve o país governado através de Decretos-leis, revogando a existência de um Tribunal de Segurança Constitucional, mantendo o país até a promulgação da nova Constituição, em 1946, instrumento de alto teor democrático que restabeleceu a democracia e o processo penal brasileiro ‘longe de qualquer exceção’²¹⁹.

3.4.2 A Constituição Democrática de 1946 e os direitos da pessoa

A CF/1946 registra a primeira vertente democrática e enfatizadora da divisão de poderes e dos direitos da pessoa, como a retomada, quanto ao processo, e estabelece os princípios da acusatoriedade, do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural²²⁰. Os direitos da pessoa e o princípio da acusatoriedade na fase da instrução penal marcaram o aspecto democrático do constituinte e a política penal, atrelada aos direitos da pessoa:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

Da leitura do dispositivo acima, sobressaem algumas questões quanto ao momento da imputação: a acusação na CF/1946 surge a partir da nota de culpa. Do texto também se retira que o caráter da instrução é alocado como contraditório, restando à investigação o mesmo caráter estabelecido pelo CPP/1941. O princípio da presunção de inocência – cujo debate em âmbito internacional, na contemporaneidade só ocorreu no pós-guerra, com a assinatura dos

²¹⁸ SANTOS, Anderson Pereira dos; MACHADO, Eduardo Schneider; GOMES, Adalmir de Oliveira. A construção da memória organizacional: uma narrativa histórica sobre os cargos da Polícia Federal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, 2018.

²¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. DF. Senado Federal, 2023; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 107.

²²⁰ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 20-21.

pactos internacionais que influenciaram a CF/1988 – ainda não integrava o critério informativo e paradigmático da condição de pessoa.

Nesta Constituição, dada sua vertente democrática, foram ampliados os poderes do Ministério Público, mas que seriam concedidos por nomeação do Presidente da República, o qual seria, portanto, demissível, transformando-se, assim, em ‘agente político do governo’. Com a ruptura da ordem constitucional, a função do Ministério Público, com as características hoje recebidas, só foi sedimentada em 1988²²¹.

A CF/1946, por seu próprio momento histórico, ainda imbuído das tentativas de rechaçar regimes autoritários, era também permeada de profundas tensões políticas quanto aos sistemas de governo, uma vez que esta estabeleceu o sistema presidencialista, por representação, mas dando ao executivo maiores poderes, ainda que parcelas da sociedade sustentassem o regime parlamentarista como de melhor alcance ao momento de tensão externa. Isso porque, se de um lado, foi restabelecido o sistema presidencialista e ampliado o direito ao voto, de outro, criticava-se o fato de o sistema eleitoral dar um ‘cheque em branco’ ao executivo, o que poderia fragilizar a nação, em tempos nos quais existia, em ânimo nacional, a vontade política de promover a defesa do Estado. Assim, as Forças Armadas foram chamadas com grande frequência ao ambiente político²²².

Neste clima, fortaleceu-se a Doutrina de Segurança Nacional, vinda do traumático pós Segunda Guerra, em 1948. Foi criado o Estado Maior das Forças Armadas, e através dela, a ela subordinada, a Escola Superior de Guerra, uma rede de sustentação doutrinária em torno da necessidade da segurança nacional e da ideia de um ‘inimigo da nação’, que viria a se fortalecer, em plena democracia, e criar raízes que produziam frutos nas relações culminadas com o Golpe de 1964 e o surgimento de aparatos próprios de investigação, os DOIs, vinculados aos CODIS²²³.

Em 1967, foi instituída uma nova Constituição Federal, cuja redação foi realizada através da Emenda n. 1/1969, que, fruto de seu momento, trouxe direitos fundamentais como

²²¹ PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual**. 2019. Disponível em: Dialnet (unirioja.es) 66636-Texto_del_articulo-4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023.

²²² CARVALHO, Claudia Paiva. **Presidencialismo e democracia no Brasil (1946-1956)**: sistema de governo, legalidade e crise política. 2019. Repositório Institucional da UnB. Brasília: UNB, 2019.

²²³ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca**: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getulio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

simples dispositivos de natureza programática, os quais, ainda assim, foram suprimidos pela ditadura militar²²⁴.

O intuito do breve resgate atenta à política penal do período, posto que, em 1941, nasceu o Código de Processo Penal, com todo o ‘fulgor’ do Estado Novo, absolutamente envolvido com o ambiente internacional propiciado pela Segunda Guerra mundial, a histórica influência do nazifascismo, a superveniência de uma nova Constituição Democrática em 1946, e a chegada do Golpe Militar. Retoma-se a exclusão dos direitos da pessoa por meio dos Atos Institucionais. Assim, até meados dos anos 1970, o Brasil vivia, para além da estrutura administrativa da investigação preliminar, as dores do Estado autoritário, seja pela era Vargas, seja pela ditadura militar, que promoveu o estado policial ou de exceção. Foram, portanto, essas as condições que tornaram latentes as lutas pela estruturação da democracia.

No que tange à finalidade do inquérito, sua prescindibilidade e natureza jurídica, houve amplos debates relacionados à conjuntura política administrativa, intrinsecamente ligada ao fim a que se destina o próprio Estado. Assim, aborda-se a partir de então a visão clássica do inquérito policial como instituto investigativo do Estado Brasileiro, antes da CF/1988.

3.4.3 Inquérito policial: finalidade e procedimentalidade à luz do CPP/1941: vertentes jurídicas da ação investigativa realizada pela polícia judiciária até a redemocratização de 1988

José Frederico Marques, antes de analisar o inquérito policial, antecipa questões doutrinárias relativas às características da persecução penal, para se compreender melhor a finalidade do inquérito:

O ‘processo penal’ só se instaura com a propositura da ação. Esta, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisa, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Verifica-se, portanto, que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da *investigação* e o da *ação penal*. Esta, consiste no pedido de julgamento e pretensão punitiva, enquanto que a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitivo nihil est quam informatio delicti*.²²⁵

²²⁴ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 26.

²²⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 135.

A *persecutio criminis* é iniciada, sob a ótica da investigação, a partir da *informatio delicti*, ou seja, de uma notícia de crime, esta “ato jurídico com que alguém dá conhecimento a um dos órgãos da *persecutio criminis*, ou à autoridade com funções investigatórias, da prática de fato delituoso”, e esclarece “a notícia de crime feita à autoridade policial, tem por fim provocar a instauração da fase investigatória da persecução penal”²²⁶.

Quanto ao conceito e finalidade, José Frederico Marques classifica a investigação policial como “atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal”. O inquérito é a “forma por *excelência* da investigação”. É o autor quem esclarece que o papel da polícia judiciária – enquanto parte da polícia criminal, um dos ramos da função administrativa de manutenção da ordem social – é administrativa investigatória, cuja missão ‘impede que desapareçam as provas do crime e colhe os primeiros elementos informativos da persecução penal, com o objetivo de preparar a ação penal’. Assim, a “a autoridade policial não é juiz. Ela não atua *inter partes*, mas sim como parte”. O inquérito, portanto, é “um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”, em que a autoridade é parte, a serviço do Estado, e pessoa, objeto das investigações:

em todas as hipóteses, quer agindo discricionariamente, quer atuando estritamente vinculado à lei, mantém a autoridade policial ao réu, como objeto das investigações, e não como sujeito ou titular de direitos. O que o indiciado pode exigir é tão só que lhe sejam respeitados o *status libertatis*, de forma que é vedado à Polícia, fora dos casos estritamente legais, prender o réu ou recusar-lhe fiança²²⁷.

Hélio Tornaghi²²⁸ definiu o inquérito policial como “investigação de fato, de sua materialidade e autoria”, atribuindo à este a *inquisitivo generalis*. Romeu de Almeida Salles Junior²²⁹ também define o inquérito como “procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação possa ingressar em juízo [...]”. O autor ainda traz um breve histórico sobre o conceito:

Com a Lei n. 2.033, de 20 de Setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 2.824, de 28 de Novembro de 1871, surgiu no Brasil o Inquérito Policial com essa denominação. O art. 42 daquele diploma legal o definia nos

²²⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 135-136.

²²⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 145-160.

²²⁸ TORNAGHI, Hélio. **Instituições do processo penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 249.

²²⁹ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

seguintes termos: O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito. Assim, já na sua origem, o inquérito policial aparecia como peça de informação. O momento inicial da *persecutio criminis*. O conjunto de informações que, no momento oportuno, propiciará o início da ação penal [...] De qualquer modo, o inquérito é sempre um procedimento destinado a reunir elementos acerca de um delito. Resumidamente, é a fase preparatória da ação penal²³⁰.

Ao tratar sobre o inquérito à luz do CPP/1941, Lizandro Mello Pereira retorna a importantes questões vivenciadas à época pela doutrina e pela jurisprudência: o que é o inquérito?, para que serve?, como deve ser feito? Para melhor compreensão do objeto deste trabalho – a defesa como um direito da pessoa, a partir da CF/1988 – convém abordar a interpretação havida antes da superveniência da CF/1988 sobre o instituto, que pode, ao longo do trabalho, responder, ao menos em parte, os matizes culturais ainda colocados sob o instituto. Lizandro Mello Pereira, para explicar a percepção sobre o conceito do procedimento, se reporta à origem etimológica da palavra:

Inquérito, do latim *in quaerere, inquirire* – inquirir, perguntar, indagar, questionar, buscar os fatos. Deriva do latim *in quid eribus* ‘Onde está o Motivo’, ‘onde está o porquê’. Assim, etimologicamente, começamos a agizar a escultura do instituto processual penal em pauta²³¹.

Diante disso, o autor parte da ideia de que a finalidade do inquérito está respondida pela própria etimologia da palavra. A questão consta das primeiras linhas do art. 4º do CPP/1941, pois, o Livro I dispõe sobre a composição do ‘processo em geral’, trazendo no título II ‘O inquérito policial’:

TÍTULO II – 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. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

²³⁰ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3-6.

²³¹ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial: o interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 31.

Quanto à sua natureza escrita, por inteligência dos artigos que o dispõem (art. 9º do CPP/1941), a doutrina adotou certa unanimidade, de modo que não poderá ser regido pela oralidade, como explica Fernando da Costa Tourinho Filho²³².

Quanto à natureza do sistema utilizado, é inquisitivo, por isso, precedido do sigilo, para o bom funcionamento da investigação como ato do Estado²³³ como parte da doutrina que o acompanha. Romeu de Almeida Salles Junior, igualmente, explica a natureza inquisitiva e o sigilo no inquérito como afetos à própria finalidade do ato:

Não se adota em relação ao inquérito policial o chamado princípio da publicidade. Este se harmoniza com o processo penal e não com o inquérito. No processo penal a publicidade, como regra, é um princípio que se afina com a garantia de ampla defesa do acusado muito embora, em algumas situações, no próprio processo penal seja mantido o sigilo (CPP, art. 486). Como exemplo, podemos citar o momento da votação dos quesitos nos crimes submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri²³⁴.

O autor traz vários julgados dos tribunais sobre o sistema e o uso de sigilo no inquérito:

Jurisprudência. Contraditório.

O princípio do contraditório, previsto no art. 153, § 16, da Constituição Federal, é inexigível no inquérito policial, que não possui instrução criminal e sim investigação criminal de natureza inquisitiva (STE, HC 55.447, DJU, 16 set. 1977, p. 6281). Sendo o inquérito mero procedimento administrativo, destinado a, eventualmente, propiciar elementos para a ação penal, não incide ainda o princípio do contraditório, a justificar a produção de prova pericial requerida pelo indiciado (RT, 522: 396). A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo (STE RT, 689: 439). Veja-se, ainda: STE, RT, 577: 453²³⁵.

José Frederico Marques entende que o sistema, por sua estrutura processual, é acusatório, iniciado a partir da ação penal²³⁶. O inquérito, como consequência, é procedimento

²³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-16.

²³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2010-1215.

²³⁴ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7.

²³⁵ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7.

²³⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 64.

administrativo da polícia, e necessita do sigilo, à critério da autoridade policial, para elucidar o fato.

Para o autor, a interpretação do então texto constitucional deveria ser feita sem ‘simplismo’, uma vez que a distinção da natureza inquisitiva no inquérito é inteligência do próprio Código, que divide ‘instrução criminal’ (arts. 394 a 405) de ‘inquérito’ (4 a 23), nos termos dos artigos do CPP/1941. Diante disso, a investigação é procedimento não contraditório, cujo objetivo é proteger o ‘interesse superior da coletividade’, de maneira que é impraticável a investigação contraditória, sob o risco.

Durante o período, a visão inquisitiva e administrativa do inquérito policial foi a mais aceita pela doutrina, à época, mesmo pela natureza do procedimento e pela época em que o CP/1940 tem como nascedouro. Conforme explica Lizandro Mello Pereira²³⁷, “o instrumento sob luma da análise não se origina do nada. É necessário que alguém o gere [...]”. E assim, à luz do CPP/1941, define o inquérito como

um procedimento estatal investigatório penal ou criminal escrito, originado e conduzido pela autoridade policial. Reúne-se assim os traços característicos e a natureza em si do instituto: procedimento, enquanto sucessão de atos; estatal, pois é dirigido pelo seu aparato e todas as peças são por ele inseridas (mesmo a *notitia criminis* oriunda de particular, que ao chegar ao inquérito torna-se documento público); investigatório, pois resolve-se a elucidar uma situação através da apuração lógica embasada nas informações que devem ser garimpadas, não apenas recebidas; penal ou criminal, pois insere-se claramente nesta seara do Direito [...] escrito, pois não há que se falar de inquérito despersonalizado de documentação formalmente apresentada; e originado e conduzido pela autoridade policial por ser óbvio o caráter de filiação do instrumento à autoridade policial [...] e exclusivo, a despeito das observações do art. 4º, parágrafo único do CPP [...] faz-se necessário frisar que tem caráter inquisitivo²³⁸.

Ainda sobre a natureza do inquérito, à luz do CPP/1941, Fernando da Costa Tourinho Filho reafirma seu convencimento de que o inquérito é um procedimento inquisitório, porquanto, sigiloso, e assim, a participação ou não da defesa nesta instância se limita ao “prudente arbítrio da autoridade policial, nos termos do art. 14 do CPP/1941”:

O inquérito é inquisitivo [...] se a autoridade policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito, de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja (salvante algumas exceções); se a autoridade policial tem poderes para empreender com certa discricionariedade, todas as investigações necessárias

²³⁷ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 13.

²³⁸ PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 13.

à elucidação do fato infringente da norma e à descoberta do respectivo autor; se o indiciado não pode exigir sejam ouvidas tais ou quais testemunhas, nem tem o direito, diante da autoridade policial, às diligências que, por acaso julgue necessárias, mas, simplesmente pode requerer sua realização e ouvida de testemunhas, ficando contudo, o deferimento ao prudente arbítrio da autoridade policial nos termos do artigo 14 do CPP [...] conclui-se, o seu caráter é inquisitivo²³⁹.

Ainda, tal qual pensamento do período, havia profunda contrariedade quanto à viabilidade do exercício da defesa técnica, fora da garantia do *status libertatis* e do contraditório no procedimento, sob a o argumento de poder se tornar um prejuízo às investigações. A polícia judiciária deveria ter discricionariedade para atuação²⁴⁰, como também entendeu Fernando da Costa Tourinho Filho²⁴¹, ao conceituar inquérito policial como “conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária, para apuração de infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação possa ingressar em juízo”.

Quanto às características do agente imbuído do ato investigatório e do direito à defesa, José Frederico Marques esclarece que o papel da polícia judiciária – como parte da polícia criminal, esta um dos ramos da função administrativa de manutenção da ordem social – tem função administrativa investigatória, cuja missão ‘impede que desapareçam as provas do crime e colhe os primeiros elementos informativos da persecução penal, com o objetivo de preparar a ação penal’. Assim, “a autoridade policial não é juiz. Ela não atua *inter partes*, mas como parte”. O inquérito, portanto, é “um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”, em que o investigado é visto como

em todas as hipóteses, quer agindo discricionariamente, quer atuando estritamente vinculado à lei, mantém a autoridade policial ao réu, como objeto das investigações, e não como sujeito ou titular de direitos. O que o indiciado pode exigir é tão só que lhe sejam respeitados o *status libertatis*, de forma que é vedado à Polícia, fora dos casos estritamente legais, prender o réu ou recusar-lhe fiança²⁴².

Romeu de Almeida Salles Junior²⁴³, igualmente, entende o papel da polícia judiciária como a quem compete a iniciativa de apurar o fato com ‘características de crime’, com a

²³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

²⁴⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 157.

²⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁴² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 145-160.

²⁴³ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

finalidade de determinar sua autoria, de exercer funções de natureza administrativa, não propriamente competências, como distintas na linguagem processual, mas atribuições.

Esta é, portanto, a visão preponderante, ou seja, pela manutenção dos estritos termos convencionados nos arts. 4º a 20 do CPP/1941, conforme pondera Aury Lopes Junior, ao atribuir claramente que o modelo adotado pelo CPP na investigação foi notadamente inquisitório²⁴⁴.

A CF/1988 e seus princípios, regras e garantias, ampliou o debate sobre a matéria e a interpretação dada às características dispostas no CPP/1941, cujo elo foi reinterpretado por parte da doutrina, partindo da condição e do valor da pessoa, a dignidade humana, incidindo diretamente, através do art. 1º, III, da CF/1988, e tudo o que influencie os direitos da pessoa, garantidos pelo art. 5º da CF/1988, a iniciar pela presunção de inocência como condição da pessoa e direito fundamental, ao direito de defesa, a partir da imputação²⁴⁵.

Entretanto, por esforço metodológico, retoma-se a linha do tempo para melhor compreensão, durante o período ditatorial, da política criminal, por meio da legislação, que estabeleceu uma visão autoritária do inquérito policial e criou meios excepcionais, fortalecidos pelo Estado policial, até a superveniência das novas diretrizes em direitos humanos, inaugurados pela CF/1988, o que só foi possível graças às tensões políticas vivenciadas no período que a antecedeu, como os regimes de exceção à investigação, após a Era Vargas.

3.4.4 A investigação policial em tempos de ditadura militar: novos regimes de exceção, o surgimento da expressão ‘operação’ em eventos de natureza policial: a Operação Bandeirantes (Oban) e a criação dos Doi, vinculados ao Codi

A fim de atribuir um pouco de leveza às linhas seguintes, traçadas pelo que culminou com os ‘anos de chumbo’²⁴⁶, recorda-se o quão vasta é a análise dos instrumentos da ditadura cívico-militar no Brasil, seja porque o período ainda conta com entraves ou ‘lapsos’ decorrentes do sigilo imposto à época, seja pela própria natureza violenta dos anos de exceção. Rememora-se, para tanto, as palavras de João Guimarães Rosa: “contar é muito, muito dificultoso. Não pelos anos que se já passaram. Mas, pela astúcia que têm certas coisas passadas. De fazer balancê, de se remexerem dos lugares”²⁴⁷.

²⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 75.

²⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 175.

²⁴⁶ BUARQUE, Chico. **Anos de chumbo e outros contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 153.

²⁴⁷ GUIMARÃES ROSA, João. **Grande sertão: veredas**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 253.

Mas, cientes da importância da história para a compreensão das instituições e, tendo em vista o fato de a história da segurança nacional ser entrecortada pelo projeto de Estado preconizado pela ditadura, é preciso abordar, ainda que brevemente, que o último instrumento técnico jurídico do Estado Democrático, para o processo penal, antes da CF/1988, é o CPP/1941, mantido em vigor durante o período do Estado Novo, ainda na Constituição de 1946, na retomada da democratização, durante o período de 1964, até se chegar à CF/1988.

3.4.5 A doutrina de segurança nacional e o aparato militar: o clima político que inaugura a ditadura militar e a investigação em regimes de exceção

Tão somente para resgatar a visão do inquérito policial em ambiente democrático de 1946-1964, reporta-se ao momento em que a doutrina de segurança nacional se alarga, e é criado o ambiente político para os atos institucionais de 1964. O objetivo é trazer, tão somente sob o âmbito da investigação, a logística e a ideologia policial do Estado, que culminou a Operação Bandeirantes (OBAN), dando margem à criação dos DOIs, vinculados ao CODIs, nos períodos em que o direito brasileiro viveu novos regimes de exceção, com a investigação em tempos de terror, ou “Castelos de terror”, como chamado por Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira Bettamio²⁴⁸.

O Brasil vivenciou, neste período, um padrão diferenciado de investigação, através da supressão dos direitos individuais de determinados grupos, os quais, influenciados pela Doutrina de Segurança Nacional, entendidos pela ditadura militar como ‘inimigos’ do regime, produziu uma onda historicamente violenta em investigações, com participação de todo aparato de segurança nacional, entre eles, as polícias, em um período conhecido como legalidade autoritária. Significa dizer que, mesmo com a superveniência da ditadura, foram mantidas as instituições jurídicas formuladas antes do golpe, preservando-se um aparato jurídico que auxiliava aos ideais formulados à época²⁴⁹.

²⁴⁸ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 40-45; 100-109.

²⁴⁹ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 101.

Mesmo a justiça comum vivia um ambiente marcado pelo ‘clima de insegurança e medo’, “amedrontada com ameaça de cassações, aposentadorias compulsórias e outras violências”²⁵⁰.

Em 9 de abril de 1964, o Brasil, há 10 dias da posse de Castelo Branco, institui o Ato Institucional n.1, emoldurado pelo Comando Supremo da Revolução, que possibilitava aos militares punir cidadãos que cometessem crimes contra o Estado, neles compreendidos patrimônio e ordem política e social, dando início às buscas pelo ‘inimigo interno’.

Como complementação ao AI n.1, é institucionalizado Ato de Comando Supremo da Revolução n. 9 e a Portaria 01, onde restou estabelecido que os inquéritos destes ‘inimigos internos’ eram da competência dos militares, encarregados de conduzir inquéritos e processos que poderiam ser delegados e/ou encaminhados a outras esferas. A Portaria n. 1 determinava a abertura de Inquérito Policial Militar (IPM) a qualquer crime praticado contra a segurança nacional, nele contido a ordem política e social²⁵¹.

A redução das condições de ‘pessoa’ a condições de um ‘inimigo interno’ foi efetivada. Havia a ideia de um inimigo configurando as próprias políticas investigativas, uma vez que, conforme descrito por Günther Jakobs:

Idêntica à situação do Direito em si mesmo é a das instituições que cria e, especialmente, da pessoa: se já não existe expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção de conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres – a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo [...] ²⁵².

Em 15-06-1964, com a conclusão da validade do AI-1, o AI-2 foi institucionalizado, em meio a pressões para enrijecer a política interna e um pacote severo de punições aos crimes contra o Estado.

Retoma-se ao período da ditadura militar, dos AIs e da CF/1967, que veio como importante instrumento de institucionalização de aparelhos de segurança pública. Isso porque,

²⁵⁰ Tércio Lins e Silva. O processo no exercício do garantismo penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1 e v. 2. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2021, p. 151.

²⁵¹ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 41.

²⁵² JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 6. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

a CF/1967, cuja redação foi realizada através da Emenda n. 1/1969, trabalhou a percepção de direitos fundamentais como simples dispositivos de natureza pragmática²⁵³.

Nesse contexto, foram estabelecidas diretrizes próprias de sua estrutura orgânica e social, provenientes da ditadura militar, entre elas, as políticas de segurança nacional, que foram fortalecidas. Na CF/1967, foi criado o Conselho de Segurança Nacional, órgão da Presidência da República, cuja missão era supervisionar a defesa da segurança interna. E foi através do Conselho de Segurança Nacional que as significantes em torno de Segurança Nacional são ampliadas, porém, modificada a figura do ‘inimigo’. É também nesta Constituição que surge a instituição da polícia federal ²⁵⁴, embora como pondere Célio Jacinto Santos²⁵⁵, “oficialmente, a PF considera como data de sua fundação o dia 28 de março de 1944, com a Edição do Decreto-Lei n. 6.378, sob a justificativa de que a Lei n. 4.383/1964 apenas reorganizou o que já existia anteriormente”.

Mariana Jofilly pondera que o período enrijeceu ainda mais a política penal, com o surgimento de severas legislações:

Foi igualmente significativa para o conjunto de órgãos repressivos a outorga da Lei de Segurança Nacional (LSN, Decreto-Lei n. 314), editada em março de 1967, ainda no Governo do General Castelo Branco. Essa lei previa 38 tipos de crimes contra a Segurança Nacional e diversos delitos referentes à ‘guerra psicológica adversa’ e à ‘guerra revolucionária ou subversiva’ [...] De fato, o decreto responsabilizava toda pessoa natural ou jurídica pela Segurança Nacional. Em março de 1969, foi instituída a nova Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n.510), aumentando as penas previstas na lei anterior e arrolando como políticos certos delitos pertencentes à esfera comum. Pouco tempo depois, em setembro de 1969 [...] houve uma nova modificação na Lei de Segurança Nacional (LSN, Decreto-Lei n.898), que passou a prever a pena de morte e a prisão perpétua²⁵⁶.

Em 1968, veio o AI-5, de 13-12-1968, que fortaleceu os sistemas de segurança e de informações, criando a Comissão Geral de Investigações (CGI), que visava combater à corrupção. O AI-5 motivou sua instituição em:

²⁵³ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 26.

²⁵⁴ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca**: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 94.

²⁵⁵ SANTOS, Célio Jacinto. A gênese das grandes operações investigativas da polícia federal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, Brasil, v. 8, n. 2, p. 11-68, 2018. Disponível em: <http://periodicos-prod.apps.ocpprod.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/526>. Acesso em: 5 nov. 2023.

²⁵⁶ JOFILLY, Mariana. **No centro da engrenagem**: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI em São Paulo (1969-1975). Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

Considerando que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam que sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária²⁵⁷.

Com o AI-5 foram assim organizados os sistemas de segurança interna: Sistema Nacional de Informações (SISNI); Comissão Geral de Investigações (CGI) e o Sistema de Segurança Interna (SISSEGIN), dando espaço à realização da primeira ‘Operação’ no Brasil²⁵⁸.

Tal qual ‘a letra escarlate’, o país aplicava sobre a investigação, pela primeira vez, um ‘nome’, uma letra indicativa de evento socialmente reprovável, seguido da lógica do ‘espetáculo’ – sob a estrita ótica de algo a ser assistido por uma plateia. Foi chamada de Operação Bandeirantes, pela alusão à nacionalidade e à caça ao potencial inimigo, como historicamente foi construída a mitologia da palavra como um edificador da ‘Nação’²⁵⁹.

A ‘Operação Bandeirantes’, berço da estruturação dos DOIs, vinculados aos CODIS, ocorreu em junho de 1969, e contou com as três Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) da recém-instituída polícia federal (antigo DSN), a polícia civil, a força pública e a guarda civil, cujo objetivo era centralizar o combate ao ‘inimigo’ público da época, as oposições ao regime²⁶⁰.

Foi o sucesso da Operação Bandeirantes que levaria, no ano seguinte, à instituição de dois outros órgãos: O Centro de Operações de Defesa Interna (CODI), que realizava planejamento estratégico e combate aos resistentes ao regime, e os Destacamentos de Operações e de Informações (DOI’s), cuja finalidade era realizar buscas, investigações, interrogatórios, e analisar informações. Sua criação, embora não vinculada por lei, mas por atos secretos, foi formulada pelo então Conselho de Segurança Nacional.

A característica principal dos DOI’s-CODI foi a ação repressiva a qualquer resistência do regime, durante a década de 1970²⁶¹. A ‘investigação’ começava pelo ‘interrogatório

²⁵⁷ BRASIL. **Ato institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968**. Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

²⁵⁸ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 94.

²⁵⁹ SOUZA, Ricardo Luiz de. A mitologia bandeirante: construção e sentidos. **História Social**, n. 13, p. 151-171, 2007.

²⁶⁰ JOFILLY, Mariana. **No centro da engrenagem: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI em São Paulo (1969-1975)**. Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

²⁶¹ JOFILLY, Mariana. **No centro da engrenagem: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI em São Paulo (1969-1975)**. Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 38.

preliminar’, que poderia ser realizado mediante a prática de tortura física e psicológica, como destaca Mariana Joffily:

A tortura, supostamente utilizada como instrumento para obter informações, era a peça-chave de transformação do interrogatório preliminar em uma poderosa máquina de sujeição, de normalização e de imposição da autoridade representada pelo governo militar. Mais do que uma ferramenta de inquirição, o interrogatório constituía-se, portanto, num instrumento de poder²⁶².

Goffredo Telles Junior, em manifesto de repúdio da ditadura e exaltação do ‘estado de direito já’, argumentou acerca do que grande parte dos historiadores nominou de ‘anos de chumbo’:

A ordem fundada no Brasil, fundada na doutrina da segurança nacional, era uma ordem política que nos era imposta pela força de um Governo absolutista: uma ordem que não admitia contestação, que não tolerava oposição vitoriosa, e que se apoiava em aparelhos repressivos. Era uma ordem agressiva e constrangedora, cega para os Direitos Humanos – contrária à ordem democrática [...] para nós, a ordem dos órgãos de segurança era a desordem [...] eventos já mergulhados nas brumas da desmemória coletiva?²⁶³

Goffredo Telles Junior²⁶⁴ relembra o papel dos movimentos estudantis na luta pelo processo de redemocratização, da resistência política firmada, ainda que em um cenário de restrição ideológica e política, com a instituição de aparelhos ideológicos e policiais, como os DOI, vinculados aos CODIS, momentos em que um direito penal do inimigo foi aplicado à qualquer reação ou questionamento ao regime. O autor nomina os estados de fato como “Estados Policiais, Estados de Exceção, Sistemas de Força – apregoam que há direitos que devem ser suprimidos ou cerceados, para tornar possível a consecução dos ideais desses próprios Estados e Sistemas”²⁶⁵.

Roberto Romano²⁶⁶, ao discorrer sobre a ação policial ou o modelo de Estado, remonta ao fato de que o Brasil vivenciou o Estado policial nas duas épocas aqui narradas: a ditadura

²⁶² JOFILLY, Mariana. **No centro da engrenagem**: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI em São Paulo (1969-1975). Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 18.

²⁶³ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Carta aos brasileiros 1977**: manifesto de repúdio da ditadura e de exaltação do “estado de direito já”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (*ebook*).

²⁶⁴ SAYEG, Ricardo. Direito quântico. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²⁶⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Carta aos brasileiros 1977**: manifesto de repúdio da ditadura e de exaltação do “estado de direito já”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (*ebook*), p. 40.

²⁶⁶ ROMANO, Roberto. Estado policial. **Jornal da Unicamp**. 2018, p. 1. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/roberto-romano/estado-policial>. Acesso em: 04 nov. 2023.

Vargas e a civil/militar, a partir de 1964, e acrescenta que, em ambas, não havia o que se falar sobre a preservação de quaisquer direitos:

[...] Foram feitas prisões injustificáveis em direito ou ética, torturas, censuras, exílios, assassinatos de opositores. Sob a Polaca, a suposta segurança nacional justificava os excessos do poder. Na ditadura de 1964, surgiram os Atos Institucionais, vários deles redigidos pelas mãos do mesmo autor da Carta de 1937, Francisco Campos, o nosso Carl Schmitt. Na calada da noite, mesmo decretos secretos, delírio totalitário, foram impostos à Nação. E sempre em nome de causas pretensamente nobres, como o combate à corrupção e a luta contra agentes subversivos. É de Raymond Carré de Malberg uma das mais exatas definições do Estado policial. Naquele poder “a autoridade administrativa pode, de modo discricionário e com uma liberdade decisória mais ou menos completa, aplicar aos cidadãos todas as medidas que ela julga útil a ser tomada por iniciativa dela mesma, para enfrentar circunstâncias e atingir em cada momento os fins que se propõe. O Estado policial se opõe ao Estado de direito²⁶⁷.

O Brasil, durante o período ditatorial e as barbáries, torturas e atos de violência institucional praticados em nome de um ‘projeto de ordem’ e de ‘progresso’, causaram a forte reação que precedeu a década de 1980 e nele adentrou, seguidos de movimentos de resistência à ditadura, como os movimentos sindical, artístico, acadêmico e jurídico, que já debatiam fortemente a violência institucional e a racionalização do poder e da não violência, conforme descrevia Hannah Arendt, visando ao estabelecimento de leis mais humanas.

Aqui, registre-se também o papel da PUC-SP, que promoveu e auxiliou os estudos acadêmicos, ampliando os debates sociais e jurídicos, mesmo invadida em 1977 pela ditadura, em um histórico e belíssimo movimento de resistência à violência policial²⁶⁸.

Os arquivos das atividades desenvolvidas pelos DOIs-CODI e pelos DOPS, dissolvidos em 4 de março de 1983 – antes, portanto, da posse do opositor ao regime militar, o governador de São Paulo, Franco Montoro – e o destino de seus agentes ainda não é completamente claro, pois dependentes de arquivos públicos de cada um dos centros nos quais as atividades foram desenvolvidas. Em São Paulo, foram encaminhadas à guarda da Polícia Federal.

Fundamental aqui mencionar o regime de investigação em estado de exceção, à época vivenciado pelo país, sobretudo pela conformação das polícias – agentes públicos responsáveis pela condução do inquérito, e pelo fato de que a força policial absorvida pela dissolução dos

²⁶⁷ ROMANO, Roberto. Estado policial. **Jornal da Unicamp**. 2018, p. 1. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/roberto-romano/estado-policial>. Acesso em: 04 nov. 2023.

²⁶⁸ COMISSÃO DA VERDADE. **Igreja e a PUC**. Disponível em: <https://www.pucsp.br/comissaoдавerdade/igreja-e-a-puc-puc-e-d-paulo.html>. Acesso em: 05 jun. 2023.

DOI's-CODI, encaminhadas às forças armadas e polícias, com a dissolução do DOPS retornaram às forças armadas e policiais do Estado, de maneira a compor parte do quadro policial (civil e federal), no processo de democratização²⁶⁹.

As polícias foram reinstituídas em 1985 e os agentes dos DOIs-CODI e Dops, além de todo aparato utilizado como método de repressão ditatorial vieram a (re)compor os quadros das forças armadas, além das polícias civil, militar e federal, no processo de redemocratização, em eventos narrados de forma simbólica, em sua maioria, com espaçados apontamentos pessoais, em razão dos usos de codinomes e da ausência completa da documentação relativa ao período²⁷⁰.

Nesta dissertação, este aspecto histórico da investigação importa sob a lógica da política criminal e penal estatal, a qual fez cidadãos do Estado serem favoráveis à supressão da condição de pessoa, na investigação. Em tempos de exceção, importa a 'condição', o 'clima ideológico' que produz métodos de investigações ou Estados de Exceção – a estrutura do 'inimigo'²⁷¹.

A violência como método foi estudada durante e após as Guerras, assim como sua distinção em relação ao poder, conforme lembra Hannah Arendt, ao dissertar sobre a

²⁶⁹ BRASIL. DOC. **Estrutura do CODI-Doi**. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/2-orgaos-de-informacao-e-repressao-da-ditadura/2-5-codi-doi/>. Acesso em: 05 nov. 2023; BAPTISTA, Leonardo. A polícia política em tempos de Ditadura Militar (1964-1985): a atuação da Delegacia de Ordem Política e Social no Espírito Santo. **PerCursos**, Florianópolis, v. 21, n.46, p.217 -243, maio-ago. 2020; SOUZA, Beatriz Lopes de. **Modos de desaparecer e estratégias de esquecimento da ditadura civil militar brasileira**: uma política de terror anunciado. Monografia de conclusão de curso. 12 maio 2023. Universidade Federal de Sergipe, Laranjeiras, 2023.

²⁷⁰ SOUZA, Diego Oliveira. Revista de Ciência Política da Universidade Federal do Paraná, v. 6, n. 2, 2015. Em igual sentido, os seguintes estudos: JOFFILY, Mariana. **No centro da engrenagem**: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI em São Paulo (1969-1975). Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 243; b) BAPTISTA, Leonardo. A polícia política em tempos de Ditadura Militar (1964-1985): a atuação da Delegacia de Ordem Política e Social no Espírito Santo. **PerCursos**, Florianópolis, v. 21, n.46, p.217 -243, maio-ago. 2020; c) BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca**: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 34-35; d) MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **DOI-CODI, a máquina de torturar e matar**. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/doi-codi-a-maquina-de-torturar-e-matar>. Acesso em: 11 nov. 2023; e) SOUZA, Diego Oliveira de. O caso policiais civis no DOI/CODI/II Exército e a justiça de transição: breve reflexão sobre possibilidades de reforma nas instituições de segurança. Revista Eletrônica de Ciência Política. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/politica/article/view/42524>. Acesso em: 11 nov. 2023; f) SANTOS, Anderson Pereira dos; MACHADO, Eduardo Schneider; GOMES, Adalmir de Oliveira. A construção da memória organizacional: uma narrativa histórica sobre os cargos da Polícia Federal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, 2018; SANTOS, Célio Jacinto. A gênese das grandes operações investigativas da polícia federal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, Brasil, v. 8, n. 2, p. 11-68, 2018. Disponível em: <http://periodicos-https-periodicos-prod.apps.ocpprod.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/526>. Acesso em: 5 nov. 2023.

²⁷¹ BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca**: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 245.

necessidade de se decidir em que sentido ‘poder’ pode ser distinguido de ‘força’, de maneira que o uso da ‘força de acordo com a lei muda a qualidade da própria força e apresenta-nos um quadro inteiramente diferente das relações humanas’²⁷². E, diante disso, pondera sobre o exercício político das leis pelos gregos:

Quando a cidade-Estado ateniense denominou sua Constituição uma isonomia, ou quando os romanos falaram de uma *civitas* como uma forma de governo, tinham em mente um conceito de poder e de lei cuja essência não se assentava da relação de mando-obediência e que não identificava poder e domínio de lei ou mando. Foi para esses exemplos que os homens das revoluções dos séculos XVIII se voltaram quando vasculharam os arquivos da Antiguidade e constituíram uma forma de governo, uma república, em que o domínio da lei, assentado no poder do povo, poria fim ao domínio do homem sobre o homem [...] ²⁷³.

Hannah Arendt reflete sobre até que ponto o Estado Autoritário provocado pelo Estado Novo, de onde nasce o CPP/1941, fora fortemente influenciado pelo Código Italiano de Rocco, cujo período histórico sobrevivia aos ideais do fascismo da Segunda Guerra Mundial, que teve o breve momento de resistência democrática produzido pela CF/1946, logo entrecortado por forças humanas que compuseram AIs que caracterizam a ditadura militar e o exercício de um estado policial, cujos métodos investigativos reportam ao direito penal do inimigo, e que viriam a compor as forças das instituições do Estado Democrático de Direito.

Essas questões também importam para a percepção do reconhecimento do valor da pessoa, inaugurada pela dignidade humana e como parte da dignidade, que vem a se tornar fundamento do Estado Democrático Brasileiro, a partir do processo de redemocratização, cujo elo jurídico é a CF/1988.

3.4.6 A redemocratização brasileira, a CF/1988 e a dignidade como supraprincípio: ‘é caminhando que se faz o caminho’

Como visto, entre as décadas de 1970 e 1980, o Brasil esteve sob a força do autoritarismo militar, momento em que direitos e garantias individuais e políticas foram suprimidas²⁷⁴. Após esse momento, a ruptura com o modelo ditatorial promoveu um ambiente

²⁷² ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 9. ed. Trad. André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2018, p. 53-54

²⁷³ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 9. ed. Trad. André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2018, p. 57.

²⁷⁴ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 23.

de efervescência em torno de direitos humanos e de luta pela recomposição das forças democráticas, o que promoveu o crescimento de movimentos, associações e partidos políticos, e o fortalecimento de grupos que buscavam a hegemonia do país²⁷⁵.

Ainda no ambiente pré-Constituição, em 15-01-1985, Tancredo Neves foi eleito, por meio de eleições indiretas, vindo a falecer em 21-04-1985. A presidência foi assumida pelo seu vice, José Sarney, que, cumprindo à palavra de Tancredo, constitui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, através do Decreto n. 91.450²⁷⁶ nomeada, à época, de Comissão Afonso Arinos, em homenagem ao seu presidente, o constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco.

Por meio da Emenda Constitucional n. 26/1985, convocou-se uma Assembleia Constituinte de caráter não exclusivo, que, embora não tenha utilizado do texto daquela comissão de notáveis, dela agregou características. Deste momento de efervescência social foram conclamadas novas eleições, a serem disputadas em 1989. A mobilização nacional causada em torno promoveu a formação de diversas comissões e propostas para assegurar os direitos humanos.

A CF/1988 foi proclamada, inspirada em Constituições de outros países, com experiências recentes de autoritarismo, como Alemanha e Portugal, cujo extenso rol de garantias levou o Constituinte a chamá-la de “Constituição Coragem”²⁷⁷. O texto procurou dar mais segurança aos cidadãos contra quaisquer outros regimes autoritários, produzindo, sobre os direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, seguindo o exemplo da Constituição Portuguesa (art. 18,1), inspirada por sua vez, na metodologia alemã²⁷⁸.

Essas inspirações, conforme pontua João Pedro Gebran Neto²⁷⁹, permitem analisar as características trazidas destas outras legislações e a interpretação sistêmica por meio dos caminhos produzidos por estas outras Constituições (‘interpretação genética’). Isso porque, o recente histórico de autoritarismo, a efervescência social e os movimentos plurais produziram um rol de garantias individuais nunca antes descrito em uma Constituição brasileira, com clara inspiração no iluminismo e na Declaração Universal de Direitos Humanos, os quais, conforme

²⁷⁵ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 26-27.

²⁷⁶ BRASIL. **Decreto n. 91.450 de 18 de julho de 1985**. Brasília-DF, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D91450.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

²⁷⁷ GUIMARÃES, Ulisses. **Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 10, out.-dez. 1988.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 65-68.

²⁷⁹ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 23.

trazido por Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera²⁸⁰, incidiram quanticamente sobre toda a humanidade, estabelecendo o Brasil como um país humanista, em sua natureza, pela ubiquação da dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CF/1988) e pelo proclamado em seu art. 5º (“art. 5º. Todos são iguais perante a lei [...])”).

A inspiração e o reconhecimento da dignidade humana é a disposta no art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) (“art. 1º. Todos são iguais em dignidade [...])”) a demonstrar a força política da pessoa dentro do Estado, através da dignidade humana. Para Luís Roberto Barroso, a proclamação da CF/1988 “é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado Democrático de Direito”²⁸¹.

Assim, em plena efervescência dos direitos humanos se enfatiza o processo de redemocratização, cheio dos valores e de ambiguidades naturais, uma vez que a CF/1988 precederia as novas eleições presidenciais de 1989. Estabelece-se um amplo leque de direitos e garantias fundamentais à pessoa humana; nesse contexto, o homem é a figura central de seus direitos, dotado de dignidade e dela sendo extraída todos os demais preceitos²⁸².

Os constituintes buscaram realizar um projeto progressista que demarcasse o retorno do Estado Democrático de Direito e que redimisse historicamente os ‘tempos sombrios’ de violência institucional. Na solenidade de sua promulgação, em 05-10-1988, a CF/1988 foi chamada pelo legislador de “Constituição Coragem”, “Constituição Cidadã”, “Constituição Fiscalizadora”.²⁸³ É sob este pano social que emergem os fundamentos da ordem democrática, com base no princípio da dignidade humana (art. 1º, § 3º, da CF/1988), dela emergindo os direitos e garantias individuais positivados através do art. 5º, com vistas a proteger e amparar amplamente ‘os mais simples direitos da pessoa humana’²⁸⁴.

O caráter abrangente da Constituição, notadamente de regras e princípios, apresenta a ordem jurídica constitucional em graus de concreção, segundo observa Willis Santiago Guerra

²⁸⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 66-103.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a **reconstrução democrática do Brasil**. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 91-113, v. 1.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a **reconstrução democrática do Brasil**. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 91-113, v. 1.

²⁸³ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 27.

²⁸⁴ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 24.

Filho. Para José Joaquim Gomes Canotilho²⁸⁵, as regras enquanto normas são aquelas com poder vinculativo direto e funcional, os princípios, padrões que vinculam a estruturação da ordem, eis que derivados da noção de direito e de justiça.

A aplicabilidade das regras e dos princípios como métodos de conformação normativa será abordado à luz do inquérito policial, o qual sofre importantes transformações a partir da declaração da dignidade como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. É Willis Santiago Guerra Filho quem explica a importância dos princípios fundamentais:

Tem-se salientado bastante ultimamente a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção de favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com tantas outras opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si²⁸⁶.

Assim, a dignidade humana foi constituída no campo normativo constitucional, no Título I – Dos Princípios Fundamentais, do qual se retira do texto o fato de ser princípio fundamental da República Federativa do Brasil, haja vista a relevância do contexto trazido pelo processo de redemocratização e da própria amplitude do conceito de dignidade como valor inerente à pessoa.

3.4.7 Dignidade: trajetórias de um conceito polissêmico²⁸⁷

Em que pese a dignidade hoje ser considerada um supraprincípio, que em seu corpo coordena todos os demais princípios humanos, encontrar um significado único e universal seria

²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1122-1225.

²⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Proposta de teoria fundamental da Constituição (com uma inflexão processual). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Disponível em: sdc.com.br. Acesso em: 04 nov. 2023.

²⁸⁷ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 98.

uma tarefa hercúlea, que encamparia não só uma dissertação, mas diversas, como de fato, é possível se observar na vastidão do espaço acadêmico.

Inicia-se esta parte da dissertação com a expressão cunhada por Luís Roberto Barroso²⁸⁸, Cleyson Moraes de Melo e outros importantes nomes da doutrina nacional, de que a dignidade é um conceito polissêmico. Ou seja, possui em sua estrutura de significâncias diversos sentidos e ‘coloridos’, próprios do contexto a que se apresenta e da escala de valores de determinado escopo. Segundo Luís Roberto Barroso²⁸⁹, “em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como mero espelho no qual cada um projeta seus próprios valores”. Cleyson Moraes de Melo²⁹⁰, em perfeita anuência à expressão, observa que dignidade “é uma expressão aberta e polissêmica, dando azo a uma interminável delimitação de seus elementos e dimensões constituintes”.

Ainda que dignidade tenha este campo polissêmico, seja do ponto de vista antropocêntrico, ou em respeito a todas as formas de vida, sob uma perspectiva universal – esta, a que se filia neste trabalho – dada a importância da análise da dignidade sob a ótica humana à luz do tema principal, optou-se por analisar o conceito sob a ótica da condição humana, ou seja, do valor atribuído ou atribuível à condição de pessoa, sob o ponto de vista histórico e jurídico.

Sobre a essência do núcleo central da dignidade, em *A condição humana*, Hannah Arendt busca auxílio da simbologia das ‘portas’, em Franz Kafka, para discorrer sobre o que é inerente à esta condição de ser pessoa, no que nomina ‘vida activa e modernidade’. É claro, no transcorrer da dissertação, que a ‘vida activa’ diz respeito à capacidade e à autonomia da pessoa de interagir com o ‘todo social’. Logo, a dignidade, em Hannah Arendt²⁹¹, é a capacidade de exercer a condição humana de autonomia em todos os espaços da sociedade.

O capítulo VI desta obra externa esse sentir e já se inicia com importante reflexão sobre as condições e o transcorrer evolutivo da humanidade, ao remeter à expressão de Franz Kafka: “Ele encontrou o ponto arquimediano, mas empregou-o contra si mesmo; ao que parece, essa era a condição para que ele o encontrasse”. O pensamento Arendtiano aliado à citação de Kafka não à toa foi associado ao tópico ‘vida ativa’, uma vez que perfeitamente alinhado à

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a **reconstrução democrática do Brasil**. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 91-113, v. 1, p. 9.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a **reconstrução democrática do Brasil**. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 91-113, v. 1, p. 10.

²⁹⁰ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 98.

²⁹¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 307.

pessoa ativa em sociedade para a fruição de seus direitos, e assim, logicamente empregável também à entrada na dignidade no campo normativo²⁹².

Aliás, a analogia à simbologia das portas, presente em muitas obras de Franz Kafka, demonstra a incansável busca de ‘acesso’ da humanidade à essa ‘vida activa’, posto que as portas demonstram, tão frequentemente, o ‘isolamento’ do ‘eu’, frequentemente nominado de ‘Sr. Ka’, ainda que ‘nem sempre’. Sabe-se que esta simbologia, por vezes, narrou o sentimento de exclusão da pessoa da própria condição humana, como em *A metamorfose*, quando demonstrou as angústias do utilitarismo²⁹³.

Franz Kafka²⁹⁴, aliás, mantém presente o tema da dignidade humana na maioria de suas obras. A dignidade se apresenta simbolicamente em *O Castelo*, através do protagonista – também ‘K.’ em busca da figura do Agrimensor, em que as estruturas castelais impediam a K. estar na presença e ser ouvido por aquela que seria a maior autoridade do Castelo.

Aborda-se a simbologia das portas, trazida por Hannah Arendt, e novamente constata-se as angústias da modernidade, no conto ‘Diante da Lei’, no qual Franz Kafka revisita as portas como objeto de desejo da pessoa, na figura do “Camponês”, que representam a angústia do homem, durante toda sua vida, que sonha em atravessar as portas da lei, evento que lhe é negado por toda a – excruciante – existência.

Essas questões são suscitadas por Hannah Arendt logo na entrada de ‘Vida Activa e era moderna’ e rememoradas logo após a visão de Luís Roberto Barroso de polissemia do conceito de dignidade por uma razão. É certo que, pela ‘fragilidade dos assuntos humanos’²⁹⁵, a dignidade é conceito absolutamente ligado à ordem de ‘valor’, de ‘apreço’ – sendo esta social ou individual, estratificador e divisível ou pacificador e unificador, isso tudo conforme as fases da história e a percepção das sociedades e do ‘homem’, *per si*, em sua aferição de valor à condição de pessoa, ou condição humana.

Mas afinal, o que é dignidade, esse conceito ‘polissêmico’, expressão cunhada por vários estudiosos? Historicamente, além de valor moral e social, estudado pela filosofia, sociologia, psicologia, antropologia, história; é valor religioso, estudado pela teologia, é

²⁹² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 307.

²⁹³ SILVA, Márcio Seligmann. **Um afogado sonhando com salvação**: a doutrina das portas em Franz Kafka. Rio de Janeiro: Terceira Margem, 2013.

²⁹⁴ KAFKA, Franz. **O castelo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁹⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 232.

princípio jurídico, presente ao longo das sociedades, antes até mesmo da concepção do direito positivo – Isto, sem prejuízo de outras ciências²⁹⁶.

Logo, é impossível retirar a palavra dignidade das linhas e conceitos principais, quando se fala em evolução dos direitos humanos e direitos fundamentais. Mesmo sob este ponto de vista, para além do estudo de seu conceito, também é um desafio aos estudiosos a amplitude de sua incidência gravitacional com outros princípios e a sua relevância, que, ao longo do tempo, passou a ser verdadeiro ‘fiel da balança’, ainda que de entendimento ‘intuitivo’, quando disposto na contraposição de direitos sobrepostos²⁹⁷.

Daniel Sarmiento²⁹⁸ aborda o conceito de dignidade como valor moral que passou a incidir em âmbito jurídico e constitucional, sob a ótica da pessoa e das sociedades, dividindo este desenvolvimento em três etapas históricas: 1. De privilégio de uma minoria a uma realidade universal; 2. Do foco no sujeito abstrato para a preocupação com a pessoa concreta e; 3. De ideia apenas religiosa e filosófica para norma jurídica vinculante.

Para entender a trajetória da dignidade, é necessário visitar o tempo, posto que, ‘o tempo é o ponto de partida pela qual a presença sempre compreende e interpreta o seu ser. Dessa forma, o ser aí é de tal modo que realiza uma compreensão do ser no horizonte do tempo’²⁹⁹.

Willis Santiago Guerra Filho³⁰⁰, ao discorrer sobre o caminhar dos direitos humanos, observa que nenhuma dimensão de direito ‘excluiu’ ou ‘apagou a outra’, e os seus sentidos, mas, em verdade, foram harmonizados para a consecução do sentido de Hannah Arendt de cidadania, ou seja, ‘O direito a ter direitos’.

É partindo desta escala de significantes, que iniciamos com a dignidade para os antigos, posto que, na Grécia e mesmo em Roma, onde a dignidade não era um atributo individual, tampouco igualitário e/ou universal. Na Grécia antiga, o homem era parte integrante da pólis, sendo conhecida somente sobre a visão unitária, através do que Josimary Rocha de Vilhena³⁰¹ nomeia de ‘justo papel no meio social’.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 210.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a constituição de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 7. ed. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 335.

²⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 30.

²⁹⁹ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 45.

³⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 311.

³⁰¹ ROCHA DE VILHENA, Josimary. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 30.

A autora³⁰² narra que, à exceção da regra da pólis, é na poesia e na mitologia grega que a dignidade é trazida como direito individual, na simbologia do “direito de velar seus mortos”, como no poema *Iliada*, de Homero, que narra a piedade dos Deuses à dor de um pai (Príamo, Rei de Tróia), que havia perdido seu filho Heitor, o guerreiro troiano domador de cavalos, morto em batalha, em solo inimigo, cujo corpo estava sob a guarda de Aquiles.

O tema aparece sob o pano da tragédia de Sófocles, em que Antígona, ao não aceitar a condenação atribuída pelo rei ao seu irmão, condenado por ter se aliado a povos inimigos, é proibido de ser enterrado, pela inexistência dessa condenação pela deusa Justiça.

Aliás, o termo ‘dignidade do homem’ é empregado pela primeira vez pelo romano Marco Túlio Cícero, como a habilidade unicamente humana – através da razão – de assumir e decidir sobre as questões de ordem moral, livremente. Porém, neste período, a dignidade era associada à própria percepção de quem é ‘pessoa’ ou cidadão³⁰³.

Daniel Sarmiento³⁰⁴ esclarece que a Grécia, embora reconhecidamente tenha sido ‘o berço da democracia e da filosofia’, trouxe diversas edificações do que nominou ‘desigualdade natural’, isto é, ainda que, em âmbito público a Grécia tenha proclamado que todos os cidadãos tinham iguais direitos, estes eram atribuídos a quem era considerado cidadão, excluindo-se, por exemplo, as mulheres, pois subordinadas ao âmbito familiar, espécie de ‘discriminação legítima’.

Mesmo evento ocorreu em Roma Antiga, onde a expressão *dignitas* era associada ao prestígio ou valor de determinada pessoa perante a sua sociedade. É o Cristianismo que revoluciona e enfrenta a concepção greco-romana de valor humano, como ponto de partida de uma mudança de paradigma, pois para a doutrina cristã, todos os homens são iguais perante Deus, e a eles é atribuível igual dignidade, como se vê em inúmeras passagens bíblicas, iniciando em Gênesis, no próprio ato da criação, que atribui ao homem a condição de criatura à imagem de seu criador: ‘E Deus criou o homem à sua imagem e semelhança’³⁰⁵.

Em Gálatas, Paulo anunciou a dignidade de cada um em Cristo e deu a cada um a qualidade de livre e igual, cumprindo unicamente a lei do amor mútuo³⁰⁶, reconhecendo-se

³⁰² ROCHA DE VILHENA, Josimary. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 30.

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a constituição de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 7. ed. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 16.

³⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 38.

³⁰⁵ BÍBLIA SAGRADA, gálatas, 5; 5:13, 5:14; 5:22.

³⁰⁶ BÍBLIA SAGRADA, gálatas, 5; 5:13, 5:14; 5:22.

como amado do filho de Deus e por este amor, valorado³⁰⁷. Porém, essa dignidade era atribuída ao reino de Deus, uma vez que, como se vê nas epístolas, neste primeiro momento da história do pensamento cristão, não há afirmação acerca da dignidade no campo político, social, jurídico no âmbito das sociedades³⁰⁸.

Neste período, Agostinho de Hipona (Santo Agostinho) atribuiu ao homem a dignidade em relação aos demais seres vivos, por ser o homem ‘a imagem e semelhança’ de Deus, o que permitiria a este a condição de ser elevado acima das demais criaturas, ainda que reconhecida a essência decaída da existência humana³⁰⁹.

Na baixa Idade Média, a dignidade do homem foi questionada e uma ‘onda de pessimismo’ foi assumida, partindo do preceito cristão de que a ‘queda de Adão’ culmina com a perda da condição de valor do homem. Há registro da escrita, na época, do Papa Pio III, que no século XIII publica *Da miséria humane conditionis*, por vezes reforçada por estudiosos cristãos. O surgimento do humanismo proclamou o valor do homem na visão Agostiniana do homem feito à imagem e semelhança de Deus³¹⁰.

É somente através do Renascimento, no fechar das cortinas da Idade Média, que ocorre uma ampliação deste conceito, em diversas áreas – filosofia, literatura, artes – nas quais se aprofundam os interesses e filosofias greco-romanas.

Neste período, reconheceu-se historicamente a relevância de ‘A Dignidade do Homem’, ‘Discurso sobre a dignidade do homem’ ou ‘*Oratio Hominis Dignitate*’, de Giovanni Pico – conde de Mirandola, condado italiano – ou Pico della Mirandola, que entendia a dignidade humana como valor correspondente à sua autonomia individual, ou seja, à habilidade de fazer escolhas³¹¹. Seu texto, publicado pela primeira vez após sua morte, nomeado ‘Discurso sobre a Dignidade do Homem’, exalta a singularidade da racionalidade do homem, mas não propriamente superioridade sobre os demais animais, atribuindo ao conceito de dignidade a perspectiva da autonomia individual, mas esta como valor neutro. Significa que, não por isso, seja dotado de superioridade, mas de capacidade de autodeterminação, elemento diferenciador em relação às demais criaturas, pois ao homem competia elevar-se aos céus ou

³⁰⁷ BÍBLIA SAGRADA. Gálatas, 2:20, livro: Paulo de Tarso, Grego e Romano, Judeu e Cristão. Fialho, Maria do Céu. Centro de Estudo Clássico e Humanístico da Universidade de Coimbra. 2012.

³⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 41-42.

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 39.

³¹⁰ CASORETTI, Anna Maria. **Pico Della Mirandola**: o esoterismo como categoria filosófica. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2020, p. 81.

³¹¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 41-42.

descer aos mais baixos níveis, o que interliga a dignidade à liberdade, esta como um possível risco, ou ‘responsabilidade ética em relação ao seu papel’³¹².

Pico della Mirandola relaciona a dignidade como elemento central do valor humano, comparando a dignidade entrelaçada em teias, por meio de sustentáculos interdependentes³¹³.

Com o Renascimento, a filosofia cristã ampliou seus horizontes, e Tomás de Aquino atribuiu à dignidade, pela primeira vez, algo inerente à alma humana, “a impressão da ciência de Deus”. A pessoa seria, assim, dotada de valor e finalidade individual e intrínseca à existência, não instrumentalizável³¹⁴.

Na última fase da Idade Média, ainda que o processo de estigmatização humana como evento natural fosse entendido através dos privilégios da nobreza e da alta taxa de povos escravizados, registram-se, espaçadamente, documentos históricos que reconhecem o valor humano da pessoa e os direitos humanos, como os direitos concedidos pelo Rei Afonso IX, da Espanha, o direito ao devido processo, vida, honra e propriedade³¹⁵.

Na Inglaterra, neste período, a dignidade foi firmada através da *Magna Carta Libertatum*, em 1215, onde o Rei João garantia o direito de propriedade dos homens livres, o direito de ir e vir, a proibição de banimento e a garantia de julgamento conforme as leis de sua terra, rol ampliado por Henrique III e Eduardo I, como lembra Josimary Rocha de Vilhena:

Nenhum homem livre será tomado, aprisionado ou desaparelhado de sua propriedade alodial, ou liberdades, ou livres costumes, ou banido, ou exilado ou destruído de qualquer maneira e tampouco o puniremos ou condenaremos, a não ser pelo julgamento legal de seus pares, ou pelas leis do país. A nenhum homem será negada a justiça e os direitos, e a nenhum homem serão eles vendidos³¹⁶.

Reconhece-se no art. 48 do Capítulo 29 da *Magna Carta Libertatum* o ponto moderno para o surgimento do *habeas corpus* – direito a clamar o corpo – outro instrumento da dignidade, como elemento central da liberdade.

Foi entre os séculos XVII e XVIII, que a percepção de dignidade passou pela racionalização/laicização, mesmo mantendo a liberdade e a igualdade como componentes

³¹² CASORETTI, Anna Maria. **Pico Della Mirandola**: o esoterismo como categoria filosófica. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2020, p. 79-84.

³¹³ CASORETTI, Anna Maria. **Pico Della Mirandola**: o esoterismo como categoria filosófica. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2020, p. 81.

³¹⁴ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

³¹⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 33.

³¹⁶ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85.

essenciais da dignidade, passando a ser instituída na vida e no discurso público, ‘uma espécie de ética pública dos membros da sociedade’³¹⁷.

Já na entrada do período moderno, surgiram expressões jurídicas significativas acerca do valor humano, como o *Habeas Corpus Amendment Act* (1769), que anulava prisões ilegítimas, o *Bill of Rights* (1688), que transformou a monarquia em constitucional e o *Act Settlement* (1707), que limitou os poderes da monarquia³¹⁸.

A partir da modernidade, as grandes Revoluções começaram a tratar o conceito de individualismo, e o indivíduo desponta como foco, ‘envolvendo todos os povos’, no que Norberto Bobbio chama de ‘era dos direitos’³¹⁹. Jean-Jacques Rousseau, em estudo sobre a dignidade do homem, eleva o estado de natureza e argumenta ser o homem, em estado de natureza, provido do amor-de-si-mesmo, um tipo de amor que, para além do amor-próprio (este, em essência, primordialmente egoísta), um amor que valoriza a si e ao todo, essência da propriedade privada e da sociedade a razão do egoísmo humano³²⁰.

Thomas Hobbes sustenta condição humana divergente. Para ele, a dignidade é um valor atribuído pelo Estado – organização que promove a simbologia das relações sociais e o respeito entre os homens, posto que o estado de natureza seria uma condição na qual as múltiplas paixões e poderes humanos seriam exercidos sem restrições, levando a um estado de guerra³²¹.

É através da filosofia Kantiana que a visão antropocentrista do homem ganha maior destaque, através de imperativo categórico “age de tal forma que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Kant racionalizou o valor das coisas e pessoas para concluir que ‘tudo tem um preço ou uma dignidade’. Assim, as coisas que têm preço são substituíveis, a dignidade está acima das coisas todas que possuem preço, sendo, portanto, a própria essência da pessoa. A revolução promovida por Kant no pensamento sobre o valor humano ficou conhecido como ‘a virada

³¹⁷ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 74-75.

³¹⁸ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 34.

³¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49.

³²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. 2002. Disponível em: dominiopublico.gov.br. Acesso em: 06 jun. 2023.

³²¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 77-136.

Kantiana'³²². Kant argumenta que a dignidade corresponde a um valor absoluto, que se posiciona acima dos outros componentes axiológicos³²³.

E é no momento vivenciado pelas condições sociais da França, que a Revolução Francesa produz a Declaração Universal dos Direitos do Homem, chamado em Norberto Bobbio³²⁴ de ‘A grande revolução’, pelo caráter altamente humanista, universalizante e agregador de conceitos juridicamente voltados à pessoa.

Assim, as grandes Revoluções começaram a se atentar ao conceito de individualismo, contexto em que o indivíduo desponta como foco, culminando com o primeiro texto jurídico a mencionar explicitamente a dignidade humana como fundamento para rechaçar prejuízos históricos à liberdade – o primeiro decreto que aboliu a escravidão na França, em 1848³²⁵.

Outras Constituições, como a do México (1917), da Alemanha e da Finlândia (1919), e mesmo a CF/1934 – primeira do Brasil – passaram a abordar a dignidade humana em seus textos. A partir da Segunda Guerra Mundial e dos horrores produzidos contra a humanidade, despontaram doutrinas filosóficas e jurídicas acerca da dignidade humana como necessário valor/fundamento humano/estatal. Isso porque, a humanidade estava verdadeiramente horrorizada com as atrocidades produzidas, como o holocausto, produzido pela Alemanha, sob a liderança de Hitler³²⁶.

Neste contexto surge a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que reconhece em seu art. 1º a dignidade como valor e direito universal³²⁷: “Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Assim, conforme discorre Josimary Rocha de Vilhena³²⁸, os direitos humanos tomam forma jurídica em âmbito transnacional, o que transforma seu próprio conceito – direitos humanos – em direitos de natureza universal, verdadeiro patrimônio da humanidade.

³²² MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 81.

³²³ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

³²⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 113.

³²⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63-64.

³²⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 25.

³²⁷ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021.

³²⁸ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

Daniel Sarmiento³²⁹, ao ponderar sobre os múltiplos efeitos do uso do conceito de dignidade, alerta para a não banalização do seu teor, e para que se compreenda, sob a ordem constitucional brasileira, para efetivamente produzir um conceito cujo teor seja minimamente aplicável – e inegável a nenhuma pessoa.

Jürgen Habermas compara a dignidade à figura de Jano – Janus Bifronte – Deus da mitologia romana, que tinha duas faces – uma voltada para a moral, e outra para o direito³³⁰. Jano era também Deus de Janeiro, ou Deus dos começos e recomeços, e guardião das portas do céu e do inferno. Ou ainda, guardião dos começos, de onde se denomina o mês de ‘Janeiro’³³¹. Aqui, dialogicamente interage-se com a visão de Hannah Arendt sobre a modernidade e a simbologia das portas, de Kafka, como elemento de ‘alienação’ ou de ‘marginalização’ do eu – e a percepção de dignidade como valor e fundamento jurídico.

As ‘portas’ de Kafka se transformam diante de Janos Bifronte, de Jürgen Habermas, atravessando a pessoa pelas portas da lei (e da justiça), pelo portal da dignidade, descrito como ‘O portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito’³³².

Sendo Jano o Deus dos ‘começos’, com sua face bifronte voltada, de um lado para a moral, e de outra, para o direito, é possível entender a dignidade como verdadeiro elo entre a moralidade e o direito, um portal que interliga as portas da justiça à pessoa, o ‘eu’.

As grandes Revoluções têm grande papel na ampliação dos direitos humanos, desde a década de 1920, incidindo sobre Constituições, povos e culturas. No Brasil, fruto do pós-guerra, conforme antecipado, a primeira Constituição a conter o conceito de dignidade é a de 1934 (“Título IV – da ordem econômica e social, Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”).

Ainda que tenha representado um avanço, certo é que, às portas do Estado Novo, a expressão foi excluída da CF/1937, que relegou valores individuais e humanos e estabeleceu novas diretrizes embasadas no fortalecimento do Estado – de onde se tem as origens do inquérito policial, eis que o CP é de 1940, e o CPP, de 1941.

³²⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 69.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a constituição de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 7. ed. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 75.

³³¹ MASCARENHAS, Sergio. **Os olhares de Janus**. Brasília: Embrapa Formação Tecnológica, 2009, p. 7.

³³² HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Trad. Mirian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 70.

A CF/1946, embora não tenha assegurado a dignidade humana como elo do Estado, reconheceu os direitos da pessoa e instituiu o ambiente democrático e as garantias do processo acusatório, ou seja, foi um importante marco de resposta jurídica ao Estado Autoritário.

O fortalecimento da doutrina de segurança nacional e a ampliação da participação dos militares na vida civil propiciaram, em plena democracia, o alargamento das funções militares. O ideal de proteção do Estado foi fortalecido até culminar com os regimes de exceção vivenciados a partir dos AIs, em 1964, quando registrado o surgimento das ‘Operações Policiais’ como atos do Estado, além da criação de modelos de exceção dentro da investigação – ainda que o CPP/1941 não tenha sido revogado.

A CF/1988, como resposta ao momento histórico antes vivenciado, inaugurou novas diretrizes estatais, absolutamente vinculadas à ordem valorativa atribuível à pessoa humana e à função das leis. Assim, para Cleyson de Moraes Mello³³³, é importante analisar a dignidade como fundamento da CF/1988, sem partir de uma perspectiva existencialista do para que servem as leis e a própria CF/1988. Ou seja, o direito deve ser pensado a partir da perspectiva do ser, do existir, daí a dignidade verdadeira ser meta-norma, um valor supremo nos sistemas jurídicos. E assim, conforme trazido por Daniel Sarmento³³⁴, ao refletir sobre o poema de Carlos Drummond de Andrade:

O poeta acertou quando disse que ‘leis não bastam’, como comprovam as dantescas prisões brasileiras e a revoltante situação dos imigrantes que buscam refúgio na Europa. Mas, ao contrário do que afirmou, os lírios podem nascer das leis. Nada assegura que vão brotar e florescer, mas a possibilidade existe. Para que ela se realize, é preciso engenho e paixão. O Direito é um instrumento que existe para emancipar pessoas, para garantir que sejam tratadas como gente, com igual respeito e consideração. Ao fim e ao cabo, é para isso que deve servir o princípio da dignidade humana³³⁵.

Sim, o direito, bem dito pelo doutrinador, deve ser instrumento de emancipação e de promoção de vida ativa, como dito por Hannah Arendt³³⁶, e este foi o espírito da CF/1988, também chamada de “Constituição Coragem” pelo constituinte³³⁷.

³³³ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 90 – 92.

³³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

³³⁵ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

³³⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

³³⁷ GUIMARÃES, Ulisses. **Sessão solene de promulgação da CF/88**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: discurso-de-05101988. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 21.

A dignidade, como direito humano, é mais do que um ‘valor’, pois, segundo Cleyson Moraes de Melo³³⁸, nas lições de Heidegger, o ato de valorar, ainda que positivamente, já é atribuir uma importância – ou não, daí o risco de tratar a dignidade como um valor: o de diminuí-la enquanto essência, partindo da existência humana. Assim, a dignidade é, para o autor, a metanorma pelos quais os direitos fundamentais são significados³³⁹.

Ricardo Hasson Sayeg agrega às percepções históricas e sociais de dignidade, convidando à sua análise sob o aspecto quântico. Trata-se, na sua visão, de um direito natural que constitui a pessoa, e do qual está indissociavelmente revestido de forma imanente, que entra na ordem jurídica sob a ordem dos direitos humanos, e do direito realidade, como parte da cultura e, por conseguinte, alcança o direito positivo e, assim, à própria consubstancialidade do direito.

Desta forma, os direitos humanos ‘edificam naturalmente a dignidade da pessoa humana, e por desdobramento à dignidade planetária – síntese dos direitos subjetivos inatos de liberdade, igualdade e fraternidade do homem e de todos os homens, imanentes ao planeta – vigente, eficaz e independente de posituação’³⁴⁰.

Assim, é da própria essência da pessoa humana, porque a dignidade se consubstancia da fórmula do direito, na representação dos direitos humanos. Eis aí a perspectiva humanista proposta em Ricardo Hasson Sayeg:

Os direitos humanos são o ponto de partida de todo ordenamento jurídico que preexiste, em razão da existência em si do homem e do planeta. Uma ordem jurídica preexistente ao Direito Constituído. São revelados, e como tal, declarados, ainda que não sejam necessariamente constituídos. Via de consequência, são facultativamente positivados. Não prescindem de lei para sua constituição³⁴¹.

³³⁸ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 93.

³³⁹ MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 191.

³⁴⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 170.

³⁴¹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 171.

4 A DIGNIDADE HUMANA DA CF/1988 E AS DIRETRIZES HUMANIZADORAS DO ESTADO: A DIMENSÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS DE DEFESA DA PESSOA E SUA CONDIÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL: VERTENTES DOUTRINÁRIAS

A dimensão pela qual a dignidade alcança a ordem democrática para o Estado de Direito marca um novo capítulo no direito constitucional, e por conseguinte, para o próprio processo penal, cuja leitura, pelas condições das quais se reveste, deverá ser sempre constitucionalizada, uma vez que, conforme reelembra José Frederico Marques³⁴², a Constituição ‘é a lei das leis’.

A partir do presente, debatem-se as vertentes jurídicas da dimensão dos direitos correspondentes à defesa, ainda sob o âmbito da investigação e o manto da constitucionalidade, à luz da doutrina quântica e jushumanista do capitalismo humanista, pelo qual nenhum direito pode ser retirado da condição de pessoa, sob o risco de se produzir uma esfera de ‘não direito’.

Para se rememorar e explicar a conjuntura, a razão da leitura conjunta na doutrina em que este trabalho se arrima, Ricardo Hasson Sayeg explica que o direito é constituído, como na física quântica, da junção harmônica dos elementos, na qual prótons e elétrons tem sua composição individual, mas se juntam para fazer a ‘substância’ da matéria, o ‘elemento de composição’ do direito, como singularidade e consubstancialidade, questão afeta diretamente à disciplina.

4.1 O direito quântico e a incidência gravitacional da dignidade humana – A CF/1988 sobre todo ordenamento jurídico

Ricardo Hasson Sayeg, ao tratar da incidência gravitacional do direito, remete à realidade empírica da matemática e dos fenômenos físicos. Ele alerta para o fato de que, mais do que experimentação dissociada, somos vivência entrelaçada, como ocorre nos próprios fenômeno da física quântica, quando da análise do entrelaçamento da matéria, ainda sem que haja mistura do núcleo-base, que não se confunda – como prótons, elétrons – mas une-se e forma a ‘substância’ da matéria, de onde remete ao ‘elemento de composição’ do direito, como singularidade e consubstancialidade entre direitos humanos, positivismo e realismo jurídico.

³⁴² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 29.

Sob esse aspecto, ressalta que a singularidade resulta justamente da indissociabilidade destes elementos para a composição do direito, e sob esta lógica, apresenta a fórmula matemática que norteou este estudo:

Logo, aplica-se ao Direito a fórmula de Einstein da Teoria da Relatividade, de que $E = MC^2$, ajustada pelo pensamento de João Maqueijo, na qual a constante 2 tem conteúdo variável, ou seja, $E = MC^v$. “E” seria a energia e por representar a energia seria os Direitos Humanos. “M” por representar a matéria, seria o Positivismo, pois a Lei é a materialização do Direito. E, “C” por representar a velocidade da matéria seria o Realismo, na medida em que significa aceleração do Direito que corresponde à efetividade. Disso se extrai que: Direitos Humanos = Texto Positivo X Realismo jurídico, conforme o contexto. Ou seja, o texto legal não pode ser aplicado sem estar potencializado pelo contexto real, e tem que implicar a dignidade da pessoa humana³⁴³.

Esses elementos foram essenciais ao viés histórico deste estudo, posto que, conforme trazido em Ricardo Hasson Sayeg, sendo o direito a indissociabilidade entre direito posto (positivo), direitos humanos (norte, viés deontológico e direito posto) e o realismo jurídico, unido por sucedâneo lógico, à eficácia e à efetividade, questões claramente influenciadas pelo momento histórico e cultura adquirida, foi necessário visitar a formação do instituto investigação, o surgimento e a incidência dos direitos humanos sobre a positivação dos direitos da pessoa, posta sob a condição/qualidade ou imputação de investigada.

Como visto, da Antiguidade à Modernidade, os métodos de investigação se modificaram singularmente, alinhados sempre à política criminal estabelecida pelas sociedades: se inicialmente, eram papel desenvolvido pela própria pessoa ofendida (acusador) ao suspeito, aos poucos, ainda nos tempos antigos, passaram ao Estado, com o surgimento de entes representativos deste, entre eles, a polícia. Como todos os direitos, essa não foi uma trajetória linear, mas vista e desenvolvida em cada sociedade de modos diversos.

Na Idade Média, os métodos de investigação ganharam novos vieses, com a Inquisição, período no qual a religião influenciou severamente os mecanismos investigativos, a análise da condição do imputado e as políticas criminais do Estado, realizadas por meio daquele formato de investigar e punir (*ius puniendi*), ou seja, o processo penal.

A dignidade percorreu sua trajetória do âmbito religioso, ao filosófico e social, e passou a incidir diretamente sobre as grandes revoluções, a Declaração Universal de Direitos do

³⁴³ SAYEG, Ricardo Hasson. Direito quântico. Tomo: **Teoria geral e filosofia do direito**. maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>. Acesso em: 11 jul. 2023.

Homem, de 1789 e o corpo legislativo que veio a integrar um novo olhar sobre os direitos da pessoa.

Nos tempos de guerra, já na modernidade, especificamente no que diz respeito aos horrores produzidos pela Segunda Guerra Mundial, muitos direitos humanos encontravam-se vilipendiados pelos Estados. A saída desse longo e aterrorizante capítulo para a humanidade provocou o anseio de uma nova busca por instrumentalizar valores fraternos, evento que este trabalho corporificou através da expressão escrita nos muros que dividiam Berlim Ocidental: ‘No próximo século, tocarei teu coração’, reportado pelo livro de José Menna Barreto³⁴⁴.

A partir de então, o amplo debate sobre os direitos da pessoa produziu o momento que gerou a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), instrumentalizada através de diversos Pactos, que influenciaram e convidaram as nações a adotarem políticas sociais e jurídicas de responsabilidade na implementação, em âmbito doméstico, dos meios e métodos de garantias aos direitos das gentes.

O fortalecimento do constitucionalismo e o reconhecimento dos direitos humanos por meio de sua juridicização em âmbito doméstico promoveram o fenômeno que Luigi Ferrajoli nomeou de democracias constitucionais³⁴⁵, por meio da garantia do equilíbrio no exercício do poder, de maneira a garantir limites ao seu exercício, tendo por ‘fiel da balança’ os direitos fundamentais estabelecidos.

No Brasil, a CF/1988 simboliza o fim de um largo período autoritário e o processo de redemocratização; teve por base o Estado Democrático de Direito e a ordem jurídica brasileira dotada de valores humanos indissociáveis. A dignidade humana, como um direito humano, incide de forma gravitacional sobre toda a legislação e política jurídica estatal, e, por consequência, sobre os direitos e as garantias fundamentais então trazidos à Constituição, o que, por si, já reconhece a condição de inafastável do processo penal e do procedimento como meios de investigação do Estado.

Assim, a pessoa, ainda sob a qualidade de investigada, antes colocada na qualidade de sujeito à condição de objeto de apuração na investigação, por meio da CF/1988, vê restabelecida sua qualidade nunca retirável, de ser ‘dotado de sentidos’³⁴⁶, entre estes, inafastavelmente, a fala, como parte do pêndulo regulatório do direito material. Em Ricardo Hasson Sayeg,

³⁴⁴ BARRETO, José Menna. **Deixa eu falar**. São Bernardo dos Campos, São Paulo: Summus, 2006.

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta S.A., 2010, p. 25.

³⁴⁶ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 26.

a Dignidade da pessoa humana não tem preço e não pode ser identificada como um direito-custo, porque em matéria de Direitos Humanos, o determinante é a dignidade e não o custo. O custo é a métrica de racionalização da aplicação concreta dos direitos humanos. A dignidade deve ser defendida a qualquer custo, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade³⁴⁷.

E assim, partindo da premissa de que o direito é fenômeno quântico, propõe-se aqui a análise da disciplina à luz da CF/1988, como diretriz política do Estado.

4.2 A ordenação do sistema jurídico constitucionalizado pela CF/1988 e sua aplicabilidade ao campo processual

A partir da premissa de que “a ordem é a disposição conveniente de seres para um fim comum” realizada para a “consecução de um objeto ou um fim determinado”, Goffredo Telles Junior, ao explicar a criação do direito, pondera que a humanidade, para conviver, necessita criar sistemas de ordenação, entre estes, a própria ordem normativa, que dirime e conforma a disciplina e a liberdade humana³⁴⁸.

A CF/1988, como sistema de novos paradigmas acerca dos direitos humanos, adota como fundamento a dignidade, em histórico momento de reequilíbrio entre o binômio Estado/pessoa, realocando inúmeras dimensões de direitos, através da adoção do fundamento da dignidade como fundamento do Estado de Direito: é a realocação da condição de pessoa como fundamento da ordem normativa. Segundo Ricardo Hasson Sayeg, “em consubstancialidade, no intratexto da lei positiva, os direitos humanos se assentam na cultura da fraternidade e se firmam como elementos jurídicos essenciais, que a um só tempo acomodam e conformam a efetiva aplicação do direito em seu todo considerado³⁴⁹.”

Quanto à CF/1988, Willis Santiago Guerra Filho explica que o sistema normativo brasileiro constitucional é realizado por meio de um conjunto de regras e princípios, sendo estas situadas em patamares distintos em grau de abstratividade ou concreção. As regras têm maior facilidade de delimitação, pois são a positivação da conduta no mundo dos fatos. Já os princípios, no campo constitucional, são os valores resultantes de um consenso pelo qual se organiza o sistema jurídico, condição estruturante dos valores da sociedade – da ordem social,

³⁴⁷ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 176.

³⁴⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 475-476.

³⁴⁹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 168.

portanto – recebidos como dirigentes da estrutura jurídica, validadoras da ordem do sistema jurídico, estabelecidos no campo da matéria constitucional como princípios fundamentais.

Daí decorre a diretriz da dignidade humana, já no Título I – Dos princípios fundamentais da Lei Maior³⁵⁰. Segundo o autor, trata-se da dimensão processual da Constituição, uma vez que integra a essência do direito a dimensão material e processual do direito enquanto matéria jurídica, cuja fixação de modelos de conduta, pela organização e atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais é a própria matriz do que “se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento”.

Eis a correção entre a CF/1988 e aplicação de sua dimensão ao processo, como parte dos valores da ordem constitucional, posto que

a consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tomem decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece então, como resposta à exigência de racionalidade, estes, como característica das ordenações modernas³⁵¹.

Para José Afonso da Silva, esses ‘direitos’ são os ‘bens e vantagens conferidas pela norma’, enquanto as ‘garantias’ seriam os meios pelos quais se fariam fruir daqueles bens e vantagens. Quanto à aplicabilidade dos direitos e garantias, nenhuma lei ou regra fugirá dos ditames constitucionais.

Temos que partir, aqui, daquela premissa tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente a entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada [...] ³⁵².

A eficácia, ainda segundo José Afonso da Silva – que realizou a divisão classicamente utilizada das normas constitucionais – pode ser verificada quanto ao seu alcance e extensão:

a) de eficácia plena, b) de eficácia contida e c) de eficácia limitada ou reduzida. São normas de eficácia plena aquelas em que “todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma

³⁵⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro, 2002, p. 27-31.

³⁵¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro, 2002, p. 27-31.

³⁵² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui³⁵³.

As normas de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses de determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nele enunciados.

As normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas em que as normas constitucionais deixam ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado a função de legislar, sendo estas, em essência, normas de natureza organizadora ou de princípio programático, como a legalidade, a isonomia, a irretroatividade da lei. São, portanto ‘os *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chave de interpretação’³⁵⁴. Adiante, é o autor quem elucida o papel e a natureza dos direitos individuais da pessoa em âmbito constitucional, esclarecendo que estes, por sua própria natureza, “são de aplicabilidade imediata”³⁵⁵.

O campo da eficácia das normas encontra-se com o campo da efetividade, pois é na efetividade que se visa alcançar como estas normas se realizam socialmente, através do realismo jurídico, que faz a composição do direito em Ricardo Hasson Sayeg. Ainda, face as relevantes modificações trazidas a partir da incidência gravitacional da CF/1988, aborda-se a classificação constitucional das normas em Luís Roberto Barroso³⁵⁶. Ele argumenta que o foco do direito constitucional deve estar voltado ao alcance, para a classificação das normas e sua extensão – e sua análise.

Luís Roberto Barroso, ao determinar o conteúdo das normas constitucionais, discorre que sua classificação importa objetivamente tão somente para se compreender a posição jurídica desta diante dos seus jurisdicionados. É, portanto, divisível, conforme seus efeitos materiais em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização, como o nome sugere, são as que definem a estrutura do Estado, que estabelecem os poderes políticos de órgãos, enquanto as normas constitucionais definidoras de direito investem a pessoa de um direito de natureza subjetiva e

³⁵³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117-121.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 140.

³⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260-263.

exigível do poder público; as normas programáticas veiculam princípios ou tratam de fins sociais. Assim, as normas constitucionais definidoras de direitos são:

As que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nela consagrados. Nessa categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos políticos, individuais, coletivos, sociais e difusos previstos na Constituição³⁵⁷.

Segundo o autor, essas divisões existem para se compreender os efeitos e o alcance da Constituição, daí a importância de se preocupar com o plano da efetividade, vez que “o Direito existe para realizar-se”³⁵⁸. Os direitos e garantias dispendidos pela CF/1988 são diretrizes políticas e direitos fundamentais do indivíduo revestidos sob o manto da proteção constitucional em todas as esferas, por isso, exigíveis plenamente, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

A constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão dos anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do poder e cidadãos³⁵⁹.

Quanto ao conteúdo normativo constitucional afeto ao processo penal, Rogério Lauria Tucci explica que a CF/1988, como as demais que a precederam, guarda conceitos e orientações afetos ao processo penal, no que tange a suas regras e garantias. As primeiras são aquelas que estão “na essencialidade do direito processual penal constitucional, firmando direitos subjetivos individuais”; já as garantias “são, exatamente, os por nós denominados regramentos constitucionais do processo penal”, constituindo-se em “expressão do próprio conteúdo em que se perfaz a garantia da tutela jurisdicional do Estado, demarcado formalmente por lei”³⁶⁰.

Os direitos individuais são, então, aqueles “fundamentais à existência do ser humano, considerado como tal e como membro da coletividade”, alusivos à sua qualidade de pessoa. Importa tutelá-los, inclusive, quanto às garantias de exigibilidade, por instrumentos correspondentes à sua grandeza, para o Estado alcançar sua finalidade.

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260-264.

³⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260-264.

³⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11.

³⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

O CPP/1941 não está fora do conjunto legislativo provido pela CF/1988, e é aplicável alinhado à Carta, ainda que tenha vertentes históricas diversas. Ele deve ser alinhado às suas diretrizes constitutivas, conforme explica José Joaquim Gomes Canotilho:

Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias de natureza análoga³⁶¹.

Rogério Greco³⁶², ao analisar a aplicação dos princípios constitucionais à lógica dos fundamentos e limitações do *ius puniendi*, conclui que a Constituição é a lei fundamental, fonte de validação de todo sistema legal, o qual, por sua vez, se encontra abaixo de seu arcabouço. Diante disso, ainda que uma lei atenda, formalmente, todos os seus requisitos, não poderá ser válida se sua matéria colidir com as determinações – expressas ou implícitas – da CF/1988.

Sobre o *ius puniendi*, Rogério Lauria Tucci aduz ser precedido do *jus persequendi*, ou seja, da persecução criminal, revestido da índole do processo penal, isto é, a conformação do próprio *ius puniendi*, antecedido da persecução criminal – esta, por imperativo do Estado de Direito, realizado pelo processo, como “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado, em geral”. Rogério Lauria Tucci ainda explica: “sim, o acusado em geral, e não somente o acusado, propriamente dito, mas também o envolvido em persecução penal, na sua fase pré-processual, ou em execução penal, a saber: investigado, indiciado e condenado”³⁶³. Isso porque, é ainda o autor quem aduz que a persecução penal é exteriorizada em duas fases no Brasil:

a) a primeira, pré-processual – administrativa na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade, denominada investigação criminal (*informatio delicti*), e efetuada, em regra, por órgãos da Administração Pública, especialmente a Polícia Judiciária e a segunda, b) a outra, de instrução criminal, e correspondente, propriamente, à da ação penal, dotada de inquisitividade, na essência; e formalmente acusatória, que culmina, como antes ressaltado, com a aplicação da pena ou medida de segurança em lei estabelecida ao infrator perseguido e tido como culpado, ou com a absolvição do inocente.

³⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.179.

³⁶² GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021.

³⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 37.

Esta visão – a da entrada da fase preliminar como parte da composição do campo do processo – é severamente contraposta por parte da doutrina. Porém, para a devida contraposição, traz-se José Frederico Marques³⁶⁴ para quem a persecução criminal é dividida distintamente em duas fases: a investigação e a ação penal, primeira, anterior à propositura da ação, fase correspondente às “pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena”. A *informatio delicti* antecede à *notitia criminis*, esta como ato inaugural pelo qual se dá notícia ao Estado de conduta que enseje a persecução criminal, tudo como estritamente parte da composição do sistema acusatório³⁶⁵. Esse ponto, por ser afeto propriamente à aplicação dos direitos e garantias individuais dispostos na CF/1988, será retomado quando da análise dos direitos e garantias individuais preconizados no art. 5º, LV, da CF/1988 – a ampla defesa e o contraditório.

Certo é que, nenhuma legislação pode estar externa à norma constitucional, premissa da qual se vê ampla concordância doutrinária de que os direitos e as garantias fundamentais da pessoa são aplicáveis imediatamente, conformando com a visão Arendtiana de dignidade como parte da capacidade de exercício de vida ativa, ou de gozo de direitos, condição intrinsecamente humana, juridicamente reconhecida, livre da ‘objetificação’ – que não integra a condição humana³⁶⁶.

O que se extrai do debate reside no juízo de ponderação da aplicabilidade e da dimensão da aplicabilidade dos princípios e regras, além dos direitos e garantias, a validade, a exigibilidade e a aplicabilidade dos direitos e garantias individuais na matéria processual, normas como parte do alcance da eficiência e da eficácia dos fins do processo, e da racionalização desses meios ao próprio conceito do procedimento.

A este respeito, Antonio Carlos da Ponte e Pedro Henrique Demercian³⁶⁷ ponderam a respeito da eficiência, da eficácia e dos fins do processo, para o alcance da efetividade. Argumentam que a ponderação dos direitos deve ocorrer com respeito aos direitos e garantias individuais, atentando-se para o fato de que “a efetividade, no entanto, é o próprio atingimento do resultado verdadeiro, apresenta-se na área do direito, especialmente o processo penal, como algo bastante fluido: paz social, vigência do Estado de Direito ou segurança pública e

³⁶⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 130.

³⁶⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 130-133.

³⁶⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 15.

³⁶⁷ PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual**. 2019. Disponível em: [Dialnet \(unirioja.es\) 66636-Texto_del_articulo-4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf](http://Dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=66636&texto_del_articulo=4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf). Acesso em: 04 nov. 2023.

preservação da dignidade humana”, esta aplicada em um sistema de equalização dos direitos da pessoa e da segurança pública.

Essa equalização, ainda no encontro de possibilidades e vertentes dos direitos e garantias fundamentais da pessoa como elo da dignidade, alcança a dimensão processual. A resposta ordenativa disposta até o momento vem da Súmula Vinculante n. 14/2009 e do Provimento n. 188/2018 da OAB, que visa a equacionar a ponderação desses valores e tornar a pessoa, ainda que na qualidade de investigada (ou imputada), revestida de sua dignidade naturalmente irretirável, posto que o Estado Brasileiro é ‘Estado Constitucional e Democrático de Direito’³⁶⁸. Assim, o processo penal é dele ordenado e nele se organiza, como instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a ética do direito e a exteriorização dos ideais de justiça³⁶⁹.

Da disciplina, salta aos olhos a matéria quântica do direito, como a doutrina do capitalismo humanista a preconiza, ‘os direitos humanos são o ponto de partida de todo ordenamento jurídico que preexiste em razão da existência em si do homem e do planeta’³⁷⁰.

4.3 Os direitos e garantias individuais e a tensão doutrinária acerca da natureza jurídica do inquérito policial e sua recepção – ou não – das garantias processuais da ordem constitucional

Sabe-se que todos os princípios, direitos e garantias postos na CF/1988 são, por sua lógica própria, e dado o caráter democrático e universalista do Estado, oponíveis e incidentes em todos os campos do direito, pois, como trazido por Rogério Lauria Tucci, o Estado, se quer cumprir sua finalidade, precisa “subministrar recursos idôneos” para proteger os direitos e garantias individuais proclamados.

Deste cenário emerge ‘a tutela da ordem’, da qual decorre o devido processo legal, e na matéria penal e como dele consequência, o devido processo penal³⁷¹, estas como parte da

³⁶⁸ GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 28.

³⁶⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 26.

³⁷⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 171.

³⁷¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 60-69.

manutenção da ‘ordem constitucional’, advinda da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, para leitura conjunta.

Para fins didáticos, abordam-se os que têm incidência direta sobre a matéria afeta ao devido processo, os quais Josimary Rocha de Vilhena³⁷² chama de ‘tríade’ constitucional decorrente do devido processo legal constitucional: a inocência, o direito à ampla defesa e ao contraditório e as viabilidades e vertentes doutrinárias acerca de sua aplicação na investigação estatal.

Inicialmente, aborda-se o princípio garantidor destes direitos, a segurança jurídica, garantidora da condição de ‘ordem’ advinda do processo constitucional. Sabe-se que existe farta literatura a respeito da dimensão do inquérito policial para o processo penal e os direitos a ele inerentes. Ainda, viu-se com base na exegese jurídica (arts. 4º a 20 do CPP/1941) e pelo desenvolvimento histórico do inquérito, que este procedimento não foi especificado no corpo técnico do período. Sua redação, aliás, foi historicamente criticada, conforme lembra José Frederico Marques³⁷³.

Sabe-se que a leitura do processo é, nas lições de José Frederico Marques, dimensionada pela perspectiva constitucional deste, razão pela qual, nesta dissertação, apresenta-se a dimensão histórica do instituto. Passa-se, então, a analisar as vertentes constitucionais e a resposta, no campo normativo, aos direitos atinentes à dignidade, que quanticamente estabelece os direitos da pessoa, de forma não restritiva, mas como norte a ser seguido, nos artigos e incisos a serem trabalhados. Ressalta-se que a doutrina processualista começou a analisar os institutos quanto ao seu alcance sobre a natureza jurídica e a finalidade no inquérito policial.

4.4 O art. 5º, LIV, da CF/1988: o devido processo legal aplicado ao inquérito policial e a segurança jurídica – a condição de dignidade aplicada ao ato procedimental

Por fim, ainda com base na tríade do processo penal constitucional³⁷⁴, inicia-se esta análise por meio de instrumentos sobre os quais a dignidade incide em âmbito constitucional, já sob a ótica da dimensão processual do qual se revestem os direitos humanos e os direitos fundamentais que permeiam a aplicabilidade na investigação, sob o manto da dignidade.

³⁷² VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 58.

³⁷³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 105.

³⁷⁴ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 45.

No campo social, estas dúvidas geram a possibilidade de uma inconstância destas respostas e, na ausência de um norte, o medo se instala. Segundo Zygmunt Bauman³⁷⁵, “medo é o nome que damos à nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito”. O medo, conforme trazido por Zygmunt Bauman, se manifesta através do risco. E o avesso do risco, segundo o próprio dicionário de antônimos, é a segurança³⁷⁶.

Zygmunt Bauman relata o viés histórico do medo no contexto social, associado à segurança jurídica, posto que rememora o estado de ameaça vivenciado na Europa, ainda no século XVI, pela frase que atribui a Lucien Febvre: *peur toujours, peur partout* – “Medo sempre, medo em toda parte”. Isso porque, o medo se apresenta pela ausência de clareza, esta apontada como a condição ou o espaço em que habitam as incertezas. Esse encontro lógico com a semântica e o significado social trazido na obra *Medo líquido* encontra perfeito equilíbrio com a própria sucessão de eventos pelos quais a segurança se transformou em instituto jurídico e princípio basilar do próprio Estado Democrático de Direito³⁷⁷. Isso porque, conforme pondera Camila Castanhato³⁷⁸, estas tensões sociais incidem diretamente sobre o exercício da liberdade do homem contemporâneo, de maneira que atingem a perspectiva da ordem constitucional. É Goffredo Telles Junior quem diz que a *desordem* é uma *ordem não pretendida*, posto que esta é “o desacordo entre a ordem existente na realidade e a ideia que o ser humano faz de ordem”³⁷⁹.

Para o direito, foi na modernidade que as mudanças de paradigma promovidas pelo iluminismo deram um novo olhar à segurança, que passou a ser vista como marco de uma proposta de estabilidade jurídica, ou do direito regulado como instituto para a humanidade, ainda que, para o filósofo, as revoluções não tivessem adquirido toda a amplitude almejada no período, em razão da complexidade do desenvolvido social da modernidade³⁸⁰.

Esse cenário influencia diretamente sobre o exercício da liberdade³⁸¹ e o devido exercício de direitos. Assim, a segurança jurídica – e o que dela advier – é missão e dever, conforme preceitua Ricardo Hasson Sayeg:

A ordem jurídica deve dar conta da sagrada missão insuflada pelo humanismo antropofílico aqui proposto: encorajar esse reconhecimento dos direitos humanos e sua respectiva concretização, traduzindo-se na máxima de que o planeta será tanto mais pacífico, civilizado e sustentável quanto mais ampla

³⁷⁵ BAUMAN, Zigmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 9.

³⁷⁶ DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.antonimos.com.br/risco/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

³⁷⁷ DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.antonimos.com.br/risco/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

³⁷⁸ CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 14.

³⁷⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

³⁸⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 9-15.

³⁸¹ CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 14.

for a concretização desses direitos tendo em vista a dignidade universal da pessoa humana³⁸².

A segurança jurídica é base da ordem jurídica, e José Afonso da Silva³⁸³ a classifica como um valor informativo do direito positivo atrelada à própria noção de direito – este, que tem por finalidade realizar o justo. Assim, a missão constitucional, segundo José Afonso da Silva, é equacionar o valor do justo, que terá sempre, por fim, a dignidade da pessoa. Logo, a segurança do direito é um valor que requer a positividade, enquanto a segurança jurídica é garantia da própria positividade.

A segurança, como instituto jurídico, parte da própria ideia de pacto social. Segundo Ricardo Hasson Sayeg³⁸⁴, como “consequente e não pressuposto da essência humana, assegurada naturalmente pelo direito objetivo da dignidade”. Segundo Flávia Piovesan³⁸⁵, a segurança jurídica é o sucedâneo da dignidade da pessoa humana, e por conseguinte, “um direito a não retrocesso”, que coloca a pessoa no centro destes direitos humanos, os quais, por sua natureza, são integrais, interdependentes e indivisíveis. Na mesma linha, Willis Santiago Guerra Filho³⁸⁶, ao mencionar que o direito compõe “a argamassa que cimenta nossas relações uns com os outros”, ideia que se coaduna com Flávia Piovesan³⁸⁷ que classifica a segurança como “a ideia de um direito à segurança de direitos”.

É do pacto promovido pelo Estado de Direito que resultam princípios que afastam a subjetividade destes preceitos, dirimem conflitos e diminuem o medo. Assim, a segurança jurídica passou a integrar os principais documentos jurídicos a partir da Declaração de Direitos Humanos (1948) e em um expressivo número de Constituições modernas, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet³⁸⁸.

³⁸² SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 113.

³⁸³ José Afonso da Silva. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³⁸⁴ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. 172.

³⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48.

³⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dimensão psicopolítica da religião**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21622>. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 6.

³⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48.

³⁸⁸ Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

Ainda que, em âmbito internacional, poucos instrumentos definam o conceito ou a amplitude da segurança – que pode ser visto sob diversos âmbitos, como segurança jurídica e/ou social – a doutrina moderna considera que a segurança jurídica é verdadeiro subprincípio do próprio Estado de Direito³⁸⁹.

No Brasil, a segurança é prevista de modo geral e em algumas manifestações mais específicas, dispostas no art. 5º da CF/1988 e outros dispositivos seus, inaugurados, em um primeiro momento, no preâmbulo e no grupo de direitos invioláveis arrolados no art. 5º. Isto porque, embora não haja expressamente no texto um ‘direito à segurança jurídica’, é encontrado em vários dispositivos constitucionais, como o princípio da legalidade. Ainda, a segurança alcança as demais garantias processuais – penais e civis – como é o caso, entre outros, da garantia individual à ampla defesa e ao contraditório³⁹⁰.

É ainda Ingo Wolfgang Sarlet quem aponta a segurança jurídica como sucedâneo da dignidade, fundamento da ordem jurídica, uma vez que esta

coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como sua realização, desde logo, e assim, é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade humana [...] ³⁹¹.

Logo, a segurança jurídica enquanto norte e subprincípio fundante do Estado de Direito é instrumentalizado como direito fundamental através de vários dispositivos, que por força da natureza deste trabalho, será abordada pelo devido processo legal, ou, mais especificamente, devido processo penal constitucional.

O Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade humana e por fim, a ‘pessoa’³⁹², a qual, por sua vez, requer segurança jurídica, instrumentalizada por diferentes meios. No processo, ela se materializa no devido processo, por meio das consequências naturais

³⁸⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 90.

³⁹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 91.

³⁹¹ Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94.

³⁹² MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 29.

da estruturação e fortalecimento dos direitos humanos e fundamentais. Josimary Rocha de Vilhena³⁹³ argumenta que o devido processo legal e seus corolários devem ser firmados a partir dos direitos humanos, de direitos fundamentais e da dignidade, para, somente depois disso, se estruturar.

Para Josimary Rocha de Vilhena³⁹⁴, o devido processo legal é princípio dirigente da CF/1988 e em seu núcleo reúne o coração de “todos os demais princípios que regem as garantias penais hoje vigentes”. Embora sua trajetória tenha surgido com o caminhar da dignidade – ou seja, surgido a partir da *Magna Carta Libertatum* e seguido o mesmo percurso nos instrumentos internacionais, inclusive na Declaração de Direitos Humanos (1948) – só foi positivada através da CF/1988, razão porque, ainda segundo Josimary Rocha de Vilhena, é possível chamá-lo de “devido processo constitucional”.

Segundo a autora, alguns dispositivos sobre os direitos processuais e procedimentais da pessoa estiveram presentes em outras Constituições, muito atreladas à condição da liberdade corporal. Mas foi somente a partir do processo de redemocratização e das aspirações sociais inerentes ao período que o devido processo como condição de igualdade da pessoa – ou paridade – ganhou *status* de garantias:

Tidas como fundamentais para que a pessoa humana seja submetida ao julgo processual penal na vigência de ditames constitucionais, uma vez que o legislador constitucional de forma expressa garantiu no artigo 5º da CF o sistema de igualdade entre todas as pessoas para, em seguida, no inciso LIV do mesmo artigo, assegurar que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal³⁹⁵.

A CF/1988 dispôs, em seu art. 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, firmando-o como uma garantia das liberdades. Afinal, o que é procedimento e o que é processo já foi objeto de análise de grande parte da doutrina, aqui representada pelos constitucionalistas, administrativistas e penalistas trazidos neste trabalho, os quais, seja pelo critério ‘processo’, seja pelo critério ‘litígio’, já concluíram pela existência de interesses contrapostos e, em sua maioria, pela aplicação dos preceitos constitucionais ao inquérito. Relembra-se que a CF/1988, por sua natureza popular necessária

³⁹³ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 50.

³⁹⁴ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 37-41.

³⁹⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 45.

à democracia, não foi cunhada para restringir com tecnicidades os direitos humanos positivados como direitos e garantias da pessoa.

É com enfoque na natureza de garantidora dos direitos da pessoa, que Paulo Fernando Silveira³⁹⁶, ao tratar sobre o teor contido no enunciado constitucional, aborda a dupla dimensão da previsão do devido processo legal (teor processual e material). A primeira delas está associada ao valor do justo procedimento; a segunda, ao exercício do princípio da igualdade, pela garantia dos demais princípios constitucionais dos atos processuais, neles incluído o contraditório.

Assim, segundo Paulo Fernando Silveira³⁹⁷, o que a dimensão material do devido processo visa aferir é justamente se o ato jurídico está pautado nos valores e nos “princípios milenares de decência, lisura, honestidade, que informam o devido processo” enquanto garante do exercício das liberdades (nelas incluída a de vida civil) da pessoa. Nesta toada, aduz Alexandre Morais da Rosa,

Cabe relevar que o processo penal como garantia precisa ser levado a sério, sob pena de tratar a inocência como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias. Por isso é necessário mudar as coordenadas nos quais se analisa a lógica do processo³⁹⁸.

As questões trazidas reportam, portanto, à necessária análise do devido processo penal constitucional como garantia da segurança jurídica, que se sucede enquanto norma geral. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet³⁹⁹, ao refletir sobre a eficácia e a efetividade da segurança, afirma que “para o cidadão, a possibilidade de confiar na eficácia e, acima de tudo, na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já integra, de certo modo, um direito à segurança”. É assim que o autor atenta para a segurança jurídica – como garantidora dos demais direitos – sob a ótica do princípio da confiança e do não retrocesso dos direitos fundamentais, como corolário da dignidade:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste mesmo sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de

³⁹⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 240-423.

³⁹⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 423.

³⁹⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 330.

³⁹⁹ Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87-93.

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴⁰⁰.

Ao final, conclui que a dignidade não poderá ser de fato respeitada e protegida em um ambiente no qual as pessoas não possam confiar na estabilidade jurídica ou que “não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o direito) e numa certa estabilidade de suas próprias posições jurídicas”.

Josimary Rocha de Vilhena⁴⁰¹ argumenta que a segurança pelo cumprimento do devido processo constitucional aplicado ao processo penal só se estabelece quando são cumpridas as ‘regras do jogo’, expressão utilizada sob a ótica do exato cumprimento das regras, atos e procedimentos em prol da pessoa, pela atuação estatal legitimada a usar o poder, tendo em vista sua autoridade para tal. Trata-se da legitimidade do processo, exercida quando há defesa e contraditório efetivo, longe de ‘mera função performática’, vez que, conforme lembra Alexandre Moraes da Rosa⁴⁰², desta o que se consegue retirar do processo é mera ‘legitimação’.

A autoridade dos atos do Estado está vinculada à autoridade constitucional que lhes dá fundamento, conforme explica Cármen Lúcia Rocha⁴⁰³: “faltante a *autoritas constitutionalis* carente de fundamento é o provimento estatal, que pode aparentar formas regulares do exercício do poder, mas que não se dota do conteúdo que o segura no mundo dos atos jurídicos válidos”.

Acerca da dimensão do devido processo legal no inquérito policial, a doutrina aborda novas questões. Para Josimary Rocha de Vilhena⁴⁰⁴, o devido processo constitucional, a partir da CF/1988, se forma e se efetiva no âmbito penal por meio de uma “tríade”: o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Este tripé “não pode ser entendido como a instrumentação da persecução da pessoa, mas funciona, sobretudo, para assegurar as garantias

⁴⁰⁰ Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.87-93.

⁴⁰¹ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p 46-47.

⁴⁰² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p 334.

⁴⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165.

⁴⁰⁴ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 45-48.

da pessoa acusada”, uma vez que a defesa é uma oportunidade irretirável da pessoa e “deve ser garantia contra os excessos do Estado e garantia suprema do *jus libertatis*”⁴⁰⁵.

A subtração dessa tríade, no entendimento de Ricardo Hasson Sayeg⁴⁰⁶, seria um ‘não direito’, pois, “onde não existe direitos humanos não existe direito”, o que relembraria Hannah Arendt, sobre a prática da violência, ao alertar para o perigo da subtração, posto que ‘cada diminuição ao poder é um convite à violência’⁴⁰⁷. Essas são características jamais compatíveis com Estados de Direito, pois nele, a pessoa jamais deixa de ser pessoa, em nenhum momento do exercício de sua vida. Nesse sentido, a missão da segurança jurídica, segundo José Afonso da Silva⁴⁰⁸, é apenas aquela que signifique garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças.

A segurança jurídica, entendida como “expectativa de comportamento disposto na norma”, Alexandre Morais da Rosa⁴⁰⁹ chama de ‘devido processo legal substancial’. Não se ignora a profunda vinculação desses direitos – a segurança e o devido processo legal – do princípio da legalidade, este, estritamente vinculado ao pacto social como sucedâneo máximo da segurança, aplicáveis somente por meio da lei. Para Rogério Greco⁴¹⁰, trata-se do limite histórico do *ius puniendi* estatal.

Esses direitos, historicamente sedimentados, estão ligados ao princípio da confiança legítima – também corolário da segurança – pois, conforme esclarece Odete Medauar⁴¹¹, “a proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência da norma”, mas também, “à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas [...]”.

Assim, o devido processo legal constitucional, ou devido processo penal constitucional, sucedâneo da segurança jurídica, é irretirável da condição de pessoa, ainda na fase da perquirição/investigação, posto que é a própria natureza averiguatória e acautelatória do

⁴⁰⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 45-49.

⁴⁰⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 169.

⁴⁰⁷ ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 9. ed. Trad. André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2018, p. 108.

⁴⁰⁸ José Afonso da Silva. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 16.

⁴⁰⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais/Livraria Jurídica Player, 2020. p. 323.

⁴¹⁰ GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 110.

⁴¹¹ MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima**, 2008. Disponível em: www.unibrasil.com.br. Acesso em: 04 nov. 2023.

Estado posta em ação. É a análise sobre a viabilidade ou não da ação penal, assecuratória de que o impulso processual penal seja um ato de autoridade e não uma inadmissível violência contra a pessoa, a assegurar que o uso da força seja legítima, conforme defende Alexandre Morais da Rosa⁴¹².

É atinente ao devido processo legal o sistema ao qual está condicionado, e à própria atuação da defesa, a dimensão da investigação estatal no processo, e de como o sistema jurídico recebe a provisão da investigação, sob a condição inaugural da pessoa no Estado de Direito: a inocência.

4.4.1 A inocência – de condição humana à vida ativa: a incidência quântica do art. 5º, LVII, da CF/1988 sobre a investigação

A inocência, cuja terminologia usada no art. 5º, LVII, da CF/1988, foi a de ‘presunção de inocência’, é condição da pessoa, historicamente inaugurada no Brasil pela CF/1988.

Etimologicamente, a palavra inocência tem sua origem no latim *innocentia*, que, sob a ótica da religiosidade, indicava pureza ou ausência de transgressão às regras de Deus. Já a palavra ‘presunção’, sob a perspectiva semântica, é originária do latim *praesumpcio*, do verbo *praesumere*. Segundo o Dicionário Latino-Português, de José Cretella Junior⁴¹³, significa “antecipar, tomar por primeiro, prever. Imaginar previamente”.

A inocência, como condição de pessoa ou ‘estado’, encontra sentido na expressão utilizada por Hannah Arendt, ao dimensionar a vida ativa, ou seja, o que é ser vivo e ter ‘direito a ter direitos’⁴¹⁴. Isso porque, sendo um direito humano, é essencialmente relacionado à pessoa, no sentido sempre empregado neste estudo como ‘ser’ dotado de sentidos, titular de ‘direitos intrínsecos à própria existência’⁴¹⁵.

Em um breve giro pela história, vê-se que a dignidade da pessoa incidiu diretamente sobre o instituto. Antes dela, na Idade Média, imperava a presunção de culpabilidade, pois, o sistema inquisitorial medieval era pautado na busca de uma verdade real e absoluta que já se iniciava com a premissa da culpabilidade do acusado. Segundo Michel Foucault:

⁴¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020. p. 335.

⁴¹³ CRETELLA JUNIOR, José. **Dicionário latino-português**. 7. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 1953.p. 896.

⁴¹⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 10.

⁴¹⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 26.

A tortura judiciária, no século XVIII, funciona nessa estranha economia em que o ritual que produz a verdade caminha a par com o ritual que impõe a punição. O corpo interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o local de extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidamente um elemento do inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução⁴¹⁶.

Este sistema condicionou os indivíduos às barbáries conhecidas como ‘torturas judiciárias’, típicas do período. Foi com o surgimento da percepção do superprincípio ou supraprincípio da dignidade⁴¹⁷ (ou supraprincípio constitucional), conforme nomeado por Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹⁸, que o homem passou a ter condições inalienáveis à sua estrutura como ‘ser’, o que fora inaugurado por São Tomás de Aquino, no século XIII, amplificado e reconhecido na modernidade por meio do Iluminismo e das revoluções burguesas.

A presunção de inocência, sob o manto da dignidade, adquire *status* de princípio humano norteador do direito da pessoa na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798), que dispõe em seu art. 9º: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”⁴¹⁹.

Em razão das atrocidades vividas pela Segunda Guerra Mundial, o século XX vê uma nova onda de reafirmação histórica dos direitos surgirem, adquirindo, tal como ensinado por Ricardo Hasson Sayeg, que ‘lança a pedra fundamental de novos direitos e deveres’⁴²⁰.

Assim, a Declaração dos Direitos Humanos (1948), em seu art. 11, previu a presunção de inocência enquanto direito humano: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem”. Desta forma, registram-se todas as garantias necessárias para sua defesa⁴²¹.

⁴¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42.ed. Petrópolis: Vozes, 2021, p. 44-45.

⁴¹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Regimento Interno do STF. Da dignidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=611723&pgI=226&pgF=230>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁴¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 192.

⁴¹⁹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021.

⁴²⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 88.

⁴²¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 nov. 2023.

É a partir de 1948 que se firma o processo chamado por André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros⁴²² de uma nova fase do direito internacional: “Foi o suficiente para o Direito Internacional abandonar a fase clássica, como o direito da paz e da guerra, para passar à era nova ou moderna da sua evolução”, por exemplo, o direito internacional da cooperação e da solidariedade.

Inaugurado este novo momento, de sistemas regionais e globais de proteção internacional de direitos humanos, sobrevieram novas declarações. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no mesmo período, trouxe em seu art. 25: “Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, a não ser nos casos já previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes”⁴²³.

Até contínuo, a Europa estabelece, por meio da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), seu próprio conceito de presunção de inocência, e em seu art. 6º, declara que “toda pessoa acusada de um crime deve ser presumida inocente até que seja provada sua culpa segundo a Lei”.

Por fim, neste estudo, ressalta-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica⁴²⁴ que rege em seu art. 8º, I: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, do qual o Brasil é signatário, e que culminou com a entrada da presunção de inocência, na qualidade de garantia fundamental, junto à CF/1988.

O conjunto de normas de proteção global e regional – o sistema internacional de proteção aos direitos humanos – constitui, para Flávia Piovesan⁴²⁵, o maior legado da ‘era dos direitos’, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do direito internacional contemporâneo.

Neste espaço em que os direitos humanos são fortalecidos e aprimorados a partir da Declaração de 1948, precursora desta concepção de direitos humanos, vê-se a marca da sua universalidade e indivisibilidade. Nas lições de Flávia Piovesan, a pessoa é ‘um ser

⁴²² PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de direito internacional público**. Coimbra: Imprensa, 1993, p. 661.

⁴²³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 nov. 2023.

⁴²⁴ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 16 ago. 2023.

⁴²⁵ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança Jurídica e direitos humanos: O direito a segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade⁴²⁶, o que se compõe diretamente com a ordem jurídica e o direito na doutrina do capitalismo humanista.

No Brasil, o art. 5º, LVII, da CF/1988, dada a amplitude do processo conhecido como ‘redemocratização do país’, pela primeira vez em âmbito nacional, estabelece: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, a ‘pele’ vestida pela pessoa é a dignidade, condição que sempre deve partir da inocência, a incidir não só como regra de tratamento durante a persecução penal, mas também na pena, que só pode ser aplicada a partir da sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Segundo rege a LINDB, em seu art. 6º, esse é o marco regulatório, no país, da excepcionalidade à esta condição.

Ricardo Juvenal Lima⁴²⁷, ao analisar as implicações históricas da presunção de inocência, separa os períodos em que o sistema penal brasileiro adotou princípios diversos: processo penal no período pós-colonial (1500); a presunção de inocência no período imperial (1822-1889); a presunção de inocência no período Republicano; a Era Vargas, o CP/1940 e o CPP/1941; e a presunção de inocência no regime militar. Da simples visita aos institutos percebe-se que a condição de inocência surgiu no ordenamento jurídico brasileiro de fato com a CF/1988, como consequência dos fatores históricos e sociais do período, em âmbito nacional e internacional.

Quanto à investigação, a condição de inocência não é retirada da pessoa sobre quem, de qualquer modo, recair a dúvida estatal. Rogério Greco⁴²⁸, ao abordar os princípios fundamentais da investigação policial, descreve que o “Manual de Formação em Direitos Humanos para as forças policiais” da ONU, reforça a existência de princípios de natureza fundamental que devem nortear toda a atividade investigativa: “todo indivíduo tem direito à segurança pessoal; todo indivíduo tem direito a um julgamento justo; todo indivíduo tem direito à presunção de inocência, até que um sua inocência fique provada no decurso de um processo equitativo [...]”. No mesmo material⁴²⁹ verifica-se, como lógica da condição de inocência, que

⁴²⁶ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança Jurídica e direitos humanos: O direito a segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴²⁷ LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/166559>. Acesso em: 03 jul. 2023.

⁴²⁸ GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 83.

⁴²⁹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Direitos Humanos e Aplicação da Lei**. Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais das Nações Unidas. Genebra: ONU. Disponível em: [dhnet.org.br](https://www.dhnet.org.br). Acesso em: 14 ago. 2023.

ela deve ser assegurada à pessoa durante a investigação, configurando um justo processo e o direito à defesa.

Rogério Schietti Cruz⁴³⁰, quanto à sua aplicabilidade desde a investigação, explica a denominação ‘não culpabilidade’: a) como regra probatória, em juízo e b) como regra de tratamento do acusado. Diante disso, ao se partir da condição de inocência da pessoa como condição psicológica – cognitiva – comportamental (regra de tratamento), desta decorrem todos os direitos de defesa da pessoa investigada⁴³¹:

Como regra de tratamento, a seu turno, o princípio da presunção de inocência exige que o investigado ou acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade, e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Mais ainda, o estado de inocência assegura ao investigado ou réu ‘a lealdade do procedimento penal’, desde seu nascedouro. Assim, todos os que de algum modo intervêm no inquérito e no processo (juízes, membros do Ministério Público, policiais, servidores) se obrigam a ter uma ‘correção de comportamento’, vinculados aos limites e à forma da lei, relativa ao Sujeito⁴³².

Ainda que o CPP/1941 tenha raízes profundamente vinculadas à política penal dos direitos positivados no Estado Autoritário de 1940 e 1941, de onde figuram seus códigos e regras, a maior parte da doutrina alega que o debate acerca da presunção de inocência não está na sua condição constitucional, mas na aplicabilidade deste princípio como regra de tratamento da pessoa investigada, até mesmo, na sua cultura. Para Luís Roberto Barroso⁴³³ “ para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real”. Desta questão exsurge o debate doutrinário acerca dos direitos da pessoa, na investigação, à luz do art. 5º, LV, da CF/1988: a ampla defesa e o contraditório.

⁴³⁰ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 77.

⁴³¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 78.

⁴³² CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 78.

⁴³³ BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a **reconstrução democrática do Brasil**. In: FONTOURA, Jorge Fontoura (org.). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, jul.-set. 2008.. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/31319>. Acesso em: 11 nov. 2023.

4.4.2 O art. 5º, LV, da CF/1988: A ampla defesa e o contraditório – histórico e vertentes doutrinárias acerca da aplicabilidade do direito no inquérito policial

Eduardo Arruda Alvim⁴³⁴, ao remontar ao período do surgimento da defesa da pessoa como instituto jurídico por meio do contraditório processual, indica o momento em que o Estado passou a responsabilizar-se pela distribuição da justiça e, por consequência, a proibir o indivíduo de praticar “justiça com as próprias mãos”.

Estêvão Luís Lemos Jorge⁴³⁵ relembra que, embora as sociedades sempre tenham buscado métodos para regular a conduta social, visando pacificar e resguardar a paz em sociedade, por séculos, o Estado se sobrepôs ao indivíduo. Diante disso, a defesa como um direito da pessoa resvalava em condições mínimas, assim como a própria condição de inocência ou presunção de inocência.

Doutrina e legislação, ao longo dos tempos, dividiram o contraditório e a ampla defesa como institutos jurídicos diversos, embora reconhecessem que ambos decorriam de sistemas e de Estados não autoritários, como o acusatório e o Democrático de Direito, respectivamente.

Segundo Estêvão Luís Lemos Jorge⁴³⁶, a Magna Carta de João-Sem-Terra, em 1215, continha em seu art. 39 o princípio do contraditório, entretanto, o ápice do princípio da inocência foi ampliada durante a Revolução Francesa e o Movimento Iluminista. O instituto foi bastante influenciado pela obra *Dos delitos e das penas* (1764), de Cesare Beccaria, escrita durante o seu período na prisão (o qual, posteriormente, teve sua inocência comprovada). Não apenas Cesare Beccaria, mas outros filósofos, profundamente influenciados pelo Iluminismo – incidiram quanticamente suas luzes sobre as vertentes da dignidade do homem.

Na modernidade, a Segunda Guerra Mundial e os regimes de exceção produzidos durante o período culminaram com o largo debate sobre a necessidade e a sedimentação dos direitos da pessoa, dentre os quais o direito à presunção de inocência e a ampla defesa passaram a ser regulados, conforme disposto, por exemplo, na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948):

Art. 11º, § 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. § 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o

⁴³⁴ ALVIM, Arruda Eduardo. **Tratado de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 90.

⁴³⁵ JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium, 2015.

⁴³⁶ JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium, 2015, p. 25-27.

direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso⁴³⁷.

Adiante, a Europa, em convenção própria no ano de 1950, regulamentou esses direitos, em mesma consonância, ao dispor:

Art. 6º. Direito a um processo equitativo [...] 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa[...] A Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Adiante, o Pacto de San José da Costa Rica (1969) os nominou como “garantias judiciais”, ao dispor em seu art. 8º:

Art. 8º. Garantias Judiciais: Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

A Constituição do Império de 1824 estava profundamente voltada à proteção do Estado, sem mencionar instrumentos de defesa, pois o próprio processo penal e a investigação eram tratados de forma diversa. Assim, a única menção à pessoa era o direito da pessoa presa de não ser presa senão após a conclusão do processo criminal, com a formação da culpa, ou, em casos excepcionais, declarado por lei exógena, oportunidade em que teria a pessoa acusada o direito de saber a razão de sua prisão, a pessoa que o acusava e eventuais testemunhas (art. 179, VIII). O instituto da defesa teve sua primeira previsão objetiva somente na Constituição Republicana de 1891, embora no período não se falasse em ampla defesa, como hoje concebida, mas somente na esfera do processo criminal⁴³⁸.

⁴³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 15 ago. 2023.

⁴³⁸ JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium, 2015, p. 26.

Em 1930, com Getúlio Vargas no poder, o ambiente político e histórico da época, a defesa se ampliou a qualquer acusado. Delegou-se à lei exógena a regulamentação de direitos de defesa, conforme o art. 113 da Constituição, previsão que foi ainda mais ‘encolhida’ na CF/1937, com a deflagração do Estado Novo. Esta Constituição permitia suprimir direitos e garantias individuais, inclusive com privação antecipada da liberdade, censura, impedimento de reunião, entre outros, por meio da declaração do estado de emergência (arts. 168 a 186)⁴³⁹. Nascia aqui a investigação policial, revestida das características dispendidas no CPP/1941.

A saída de Getúlio Vargas do poder, em 1945, marcou o fim do Estado Novo. O instituto ganhou novos vieses a partir da CF/1946 – já sob as influências do cenário internacional, ainda que nomeada de ‘plena defesa’, sem previsão objetiva de contraditório e com início a partir da constrição da liberdade:

Art. 141. A constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de 24 horas. A instrução criminal será contraditória.

Em 1961, o recém-eleito Jânio Quadros renuncia à presidência, dando início a um novo período autoritário – desta vez, com o poderio militar tomando a frente, já com o ideário do inimigo interno em substituição às táticas do Estado Novo⁴⁴⁰. Ainda em 1966, o Congresso Nacional é colocado em recesso e chamado excepcionalmente para analisar o projeto de Constituição de ordem do presidente da república. A CF/1967 voltava a tratar do instituto da defesa, entretanto, delegada à lei exógena sua garantia e excluindo o contraditório:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] § 15. A Lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado ou tribunais de exceção.

Dado o seu processo histórico de criação, ainda profundamente marcado pelo viés autoritário, pois o Congresso fora chamado extraordinariamente pelo AI n. 4, instituído pelo General Humberto Castelo Branco, esta Constituição não é considerada democrática, menos

⁴³⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Edusp, 2009, p. 318-328.

⁴⁴⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Edusp, 2009, p. 442-443.

ainda a EC n. 1/1969, que a sucedeu. Foi mantido, portanto, o hiato em relação ao direito de defesa⁴⁴¹.

Da breve visita aos institutos históricos e seus conceitos, observa-se que o direito à ampla defesa e aos contrários nunca haviam sido tão amplamente debatidos como através do processo de redemocratização e da CF/1988. Passa-se, então à previsão contida na CF/1988 e às vozes dissonantes sobre a matéria, por meio da análise das diretrizes políticas e jurídicas do ato investigativo.

4.5 A redação do art. 5º, LV, da CF/1988: as diretrizes analíticas e semânticas da conformação da ampla defesa como base para o palco das múltiplas vozes acerca da aplicabilidade ou não à pessoa investigada

O art. 5º, LV, da CF/1988 (“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”) alocado entre os direitos e garantias individuais, deu à pessoa sobre a qual recaia acusação em geral, o direito à ampla defesa e ao contraditório, com recursos e meios inerentes.

O dispositivo merece atenção, haja vista o caráter amplo e abrangente das múltiplas expressões ou signos utilizados, nos quais se vê o ânimo garantista voltado ao alcance efetivo e à compreensão do espírito da CF/1988, que qualificou de formas diversas, no mesmo conjunto simbólico, a pessoa sob a qual recair a acusação estatal. O instituto da ampla defesa e o contraditório constitucional são parte da singularidade quântica, motivo pelo qual se reforça o alcance pelo sentido quântico do instituto⁴⁴².

Sabe-se que a palavra escrita, como símbolo, é o método de expressão da linguagem, por si, tarefa complexa, a causar, como dito por Luiz Gonzaga Mello, “confusão indizível, na prática, porque sendo a cultura uma forma de linguagem, a exemplo da língua, ela precisa dos signos, ela é simbólica”⁴⁴³. Ela é afeta à própria antropologia, a qual, conforme trazido em Ricardo Hasson Sayeg, “eleva significativamente a teoria do direito”⁴⁴⁴. A linguagem, por sua vez,

⁴⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157.

⁴⁴² SAYEG, Ricardo. Direito quântico. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>. Acesso em: 11 jul. 2023, p. 1.

⁴⁴³ MELLO, Luiz Gonzaga. **Antropologia cultural**: iniciação, teorias e temas. 20. ed. São Paulo: Vozes, 2011.

⁴⁴⁴ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 162.

aborda a temática da utilização dos signos como instrumento vinculado ao próprio poder, donde emerge a maior necessidade de analisar as expressões contidas na Constituição, para a compreensão do que encontra-se instituído no Pacto Político maior, posto que, como explica: “os sistemas simbólicos como instrumento de conhecimento e de comunicação só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade, que tende a estabelecer uma construção gnosealógica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social)”⁴⁴⁵.

Luís Roberto Barroso⁴⁴⁶, ao investigar as expressões contidas na CF/1988, recorda que, devido à ampla participação popular, dada a natureza de pacto político e do processo de democratização do período, a linguagem contida possui farta significação social e menor rigor técnico, sob a perspectiva jurídica. Isso porque, a estrutura de diretriz, feita sob o viés democrático e representação da nação, conta com diversos atores, não necessariamente voltados ao estudo das terminologias jurídicas.

Essas expressões formaram um espaço de amplo debate pelas Comissões que realizaram a CF/1988. O art. 5º, LV, que regulou o direito à ampla defesa e ao contraditório, garantidos pela Constituição, foi construído na fase do anteprojeto, durante os debates promovidos pelas comissões. No anteprojeto de 1986: assim constava: “Art. 51. A lei assegurará aos litigantes plena defesa com todos os recursos a ela inerentes: § 1º A instrução nos processos criminais e nos civis contenciosos será contraditória. § 2º Não haverá foro privilegiado, juízes ou tribunais de exceção”.

Como se vê, a redação do art. 5º, LV, da CF/1988, retirou a expressão “a instrução nos processos criminais e civis contenciosos será contraditória”, ampliando a sua viabilidade desde a imputação, ao acrescentar a expressão “aos acusados em geral”⁴⁴⁷.

Luís Roberto Barroso⁴⁴⁸ reitera que a lei não possui palavras vãs ou inúteis ao tratar do instituto (contraditório e ampla defesa):

O intérprete da constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do texto constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o Constituinte incorreu em contradição ou em má técnica [...] Constituições mais recentes e, especialmente, a Constituição Brasileira de 1988, são geradas em meio a um amplo processo dialético de discussão, participação e composição política. Como consequência, dificilmente apresentam uma

⁴⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1986, p. 9.

⁴⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134.

⁴⁴⁷ SUPIONI JUNIOR, Claudimir. **A dispensa por justa causa e as garantias do contraditório e da ampla defesa**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 21.

⁴⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.134.

linguagem jurídica uniforme e tecnicamente rigorosa. Parece, assim, prudente a utilização, no particular, de regra mais flexível, lavrada por Linhares Quintana: ‘As palavras empregadas na Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o Constituinte quis referir-se ao seu sentido técnico-jurídico’⁴⁴⁹.

Aliás, sempre que sobre qualquer destes direitos recair qualquer dúvida, deve-se, conforme explica José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁵⁰, “preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. A este respeito, José Afonso da Silva⁴⁵¹ destaca e exemplifica os direitos de aplicação imediata através do direito à ampla defesa e ao contraditório da pessoa sobre a qual recair qualquer imputação, pois, ao contrário de outras, o constituinte não deu à legislação exógena a missão regulatória, mas criou instrumentos de máxima proteção e disposição de cumprimento imediato:

A Constituição Federal de 1988 retomou a tradição da Constituição de 1946, enunciando aquelas normas de eficácia plena do Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...] Não são mais direitos pendentes de lei, como estava na Constituição de 1969, pois saem diretamente das normas constitucionais que a anuncia.

Ainda, a interpretação da lei processual penal, segundo Pedro Henrique Demercian⁴⁵² “busca descobrir o seu sentido e alcance”, podendo se dar de forma gramatical, lógica, histórica ou teleológica/sociológica. O processo penal admite interpretação *extensiva*, ainda que em pequena parcela, quando a intenção for ampliar a possibilidade de se alcançar a norma e os princípios gerais do direito contidos na ordem jurídica, e o próprio *costume*, quando puderem auxiliar a suprir omissões da lei escrita.

Assim, quanto à aplicabilidade ou não dos direitos de ampla defesa, o contraditório durante a investigação, a CF/1988 teve diversas reinterpretações. Por razões semânticas e/ou terminológicas das expressões cunhadas no art. 5º, LV, da CF/1988, a doutrina foi se dividindo por alguns motivos: 1) a justeza da análise semântica, arguindo pela aplicabilidade ou não destes direitos; 2) a análise da questão finalística do procedimento de inquérito e a natureza dos direitos de ampla defesa e contraditório. O dispositivo, sob o aspecto semântico, foi amplamente

⁴⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

⁴⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

⁴⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 191.

⁴⁵² DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36.

analisado, vinculado à própria percepção de estado, sociedade e processo, conceitos que permeiam a condição jurídica do inquérito.

4.6 Dimensão da ampla defesa e do contraditório constitucional no inquérito policial (natureza da ampla defesa e do contraditório)

Para Marta Saad, a defesa pode ser vista sob múltiplos aspectos: amplo ou restrito, subjetivo ou objetivo, pela defesa privada, autodefesa e defesa técnica. Nesse sentido, a defesa em sentido amplo confunde-se com a defesa subjetiva, configurando-se direito individual, como parte da liberdade jurídica da pessoa, ou seja, o ato com o qual a pessoa acusada, por defesa pessoal ou por defensor, contraria ou repele a acusação que lhe é feita.

Já a defesa, em sentido estrito, é tomada como defesa objetiva, isto é, o direito de a pessoa se opor à intenção/preensão, com a finalidade de garantir um direito que compreenda ser o titular exprimindo direito de alguém, o cânone geral da ordenação jurídica, consubstanciando-se no conjunto de matérias, provas e argumentos que o inculcado aduz em seu favor⁴⁵³.

Para Aury Lopes Junior, a ampla defesa é direito-réplica⁴⁵⁴, realizada por meio da autodefesa, e que se subdivide em a) autodefesa positiva, referindo-se ao momento de fala da pessoa cuja dúvida estatal recair, através das declarações ou interrogatórios realizados; b) autodefesa negativa, como o direito a exercer o silêncio; c) defesa técnica, esta realizada pelo advogado⁴⁵⁵.

Já o contraditório, no inquérito, embora não tenha dimensão propriamente processual, se instrumentaliza como a capacidade de resistir à pretensão punitiva investigatória e coercitiva estatal. O contraditório, enquanto ato procedimental, característica da acusatoriedade, tem características da bilateralidade da gestão da prova e da ‘bilateralidade da audiência’. Trata-se da possibilidade de as partes participarem do momento. Há franca aceitação doutrinária de que não é aplicável ao inquérito, no todo, ou, ao menos, ao ato investigativo em andamento, no caso, por exemplo, das provas cautelarmente produzidas⁴⁵⁶.

⁴⁵³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p. 225.

⁴⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 469.

⁴⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 471-476.

⁴⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 110.

Sob este prisma, o contraditório é diferido pela ausência da bilateralidade da gestão da prova do elemento formado pela autoridade, quanto à informação/formação dos autos, e dele decorrem os direitos *à informação e vista* dos autos⁴⁵⁷.

Antônio Scarance Fernandes⁴⁵⁸ nomeia o direito de ampla defesa e o contraditório da pessoa na investigação de *reação à imputação*. Explica que, a qualidade é relativa ao direito de a pessoa se insurgir contra a imputação, e nisto há um duplo aspecto benéfico, posto que, de um lado, cumpre-se o direito constitucional da pessoa, de outro, sob a ótica constitucional, é um interesse da sociedade para se promover legitimamente o uso devido da função jurisdicional: ou seja, a defesa é, em um primeiro plano, direito da pessoa, e em um segundo momento, uma garantia ao Estado Democrático de Direito.

José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque⁴⁵⁹ entende que o direito à ampla defesa se configura, em âmbito policial, pelas condições que permitem ao acusado divergir da acusação. Assim, o contraditório, como ato dotado da bilateralidade da gestão da prova, não se torna possível nesta fase, mas é somente conformado como esclarecimento fático – uma modalidade ‘diferida’.

Rogério Greco⁴⁶⁰ também se posiciona pelo contraditório, em modalidade diferida, como elemento de instrumentalização da ampla defesa, uma vez que ele possui a necessária bilateralidade do processo para sua inteira realização, mas que não impede sua realização quanto à informação e explicação fática do mundo dos atos da investigação.

Rogério Lauria Tucci⁴⁶¹, sob um viés ainda mais garantidor, afirma que o direito ao contraditório de forma efetiva e de defesa deve ser concedido a quem recair, de qualquer forma, a dúvida estatal, como parte das garantias constitucionais afetas ao processo penal. Devem ser garantidas “todas as possibilidades de efetivação da ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal até o final do processo de conhecimento”.

Ao abordar a natureza de ‘procedimento’ da investigação e a eventual confusão terminológica sobre a exclusão ou não do procedimento, o autor explica que essa confusão também atingiu a exposição de motivos do CPP/1941, o qual utiliza a expressão ‘processo

⁴⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 185-187.

⁴⁵⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 20-25.

⁴⁵⁹ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 43.

⁴⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 110.

⁴⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93-225.

preliminar’ (item IV) ao se referir ao inquérito policial. Portanto, não é expressão excludente do direito⁴⁶².

Pela própria condição de ato de existência, a defesa não é direito surgido da simples condição, mas de sobrevivência, um ‘direito-réplica’, conforme nomeado por Aury Lopes Junior⁴⁶³, pois decorrente da agressão à sua condição de inocência, através de uma imputação. É, pois, um direito de ordem natural, disciplinado em âmbito internacional e pelas Constituições.

A defesa também se reveste, segundo Antônio Scarance Fernandes⁴⁶⁴, de “direito de reagir” à ofensa, decorrente de um risco ao direito de liberdade da pessoa, externalizada pelo que o autor nomeia de *reação defensiva*, ou ‘direito de contraposição ao direito de ação’, conformada pelo contraditório, e dividido em direito e informação e direito de reação, surgido a partir da *imputação*, isto é, ao ato de atribuir um fato criminoso à pessoa⁴⁶⁵. Assim, a reação defensiva, para o autor, é externalizada pelo direito de reagir à qualidade de imputado, vinculada aos atos de natureza instrutória, ou seja, ao inquérito instrumentalizado pelo “registro escrito dos resultados obtidos na investigação”.

Para Fredie Didier Junior⁴⁶⁶, o direito à ampla defesa é indissociável do contraditório, posto que ambos são institutos que só podem considerar sob a unicidade, uma vez que um é a exteriorização do outro. A participação em todos os atos é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se, portanto, da garantia de ser *ouvido*, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do contraditório. Ainda, segundo o autor, o contraditório tem uma dimensão de natureza subjetiva, isto é, a capacidade de influenciar a narrativa, para que possa de fato se cumprir.

Marta Saad, ao explicar o contexto contemporâneo da acepção de ampla defesa, explica que ela é vista sob um enfoque triplo: o direito à informação, a produção de prova – eis que o inquérito não abriga apenas atos de investigação, mas também atos de instrução criminal – e a bilateralidade da audiência⁴⁶⁷. Embora para a autora o contraditório seja exercido de forma diferida no inquérito policial, eis que respeitados o ato de investigação, é exercido pela autodefesa e pela defesa técnica, ou seja, pela capacidade de se constituir elementos favoráveis

⁴⁶² LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 469.

⁴⁶⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 25.

⁴⁶⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 29.

⁴⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 92.

⁴⁶⁷ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p. 215.

à pessoa. Trata-se de uma defesa ativa quanto ao campo fático, do qual a própria natureza do inquérito abrolha.

Marta Saad⁴⁶⁸ argumenta que o direito de defesa constitucional, aplicável ao inquérito policial, tem uma dupla finalidade. Se, de um lado, protege a liberdade da pessoa, de outro, atende à sociedade, cujo fim é a paz social. Em mesmo coro, Motta Lopes⁴⁶⁹ argumenta que o contraditório constitucional (art. 5º, LV, da CF/1988) alcança a dimensão do ato do inquérito policial e para tanto, remete à condição de fase revestida de muitas significações as quais, inclusive, podem restringir a liberdade da pessoa. Além disso, aponta como método de interpretação duas questões: a esfera individual e a estatal – este, como “um anteparo para evitar ações penais vazias, contra inocentes, que não devem ser submetidos, injustamente, a um processo criminal” – e à consequente estigmatização dele decorrente.

4.7 O art. 5º, LV, da CF/1988 e o uso das expressões “litígio e processo” e “acusados em geral” – vertentes doutrinárias da aplicabilidade da ampla defesa e do contraditório à pessoa investigada

Em seu art. 5º, LV, da CF/1988, atribui-se a ampla defesa e o contraditório “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo [...]” e “ aos acusados em geral”, expressões que geraram farta interpretação sobre a aplicabilidade ou não do direito à ampla defesa e ao contraditório – ainda que diferido – no âmbito investigativo.

Aury Lopes Junior⁴⁷⁰, ao analisar o enunciado constitucional, argumentou que o uso da expressão ‘processo’ também já foi utilizada sob o argumento de que o procedimento de investigação não poderia integrar o direito previsto no art. 5º, LV, da CF/1988, pela exclusão da palavra ‘procedimento’ afeto à natureza do jurídica do inquérito.

O legislador ordinário já cometeu ‘erro’ de mesma natureza, ao utilizar expressões ‘do processo comum’ ou ‘do processo sumário’, quando deveria ter utilizado ‘Do procedimento’. No CPP/1941, o inquérito está em ‘processo’⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p. 204.

⁴⁶⁹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 467-468.

⁴⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 468.

O tema é retomado em outra leitura de Aury Lopes Junior⁴⁷² quando da interpretação do direito de defesa, que aborda o uso indiscriminado e reinterpretado da terminologia ‘processo’, no revés de ‘procedimento’ e da natureza de processo administrativo do inquérito.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Pinto⁴⁷³ mantêm a visão clássica do inquérito como procedimento e argumentam que, por isso, não consta no rol do art. 5º, LV, da CF/1988: “diz-se procedimento administrativo na medida que nenhum dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal (ampla defesa, contraditório, publicidade) são aplicáveis ao inquérito policial, já que exigíveis apenas nos processos judiciais”.

Carlos Frederico Coelho Nogueira⁴⁷⁴ argumenta que é necessário, primeiramente, distinguir a ampla defesa e o contraditório, quando a questão for a análise da natureza e aplicabilidade dos institutos. Assim, o contraditório como princípio-garantia é uma proteção das partes, quando houver litígio, tanto em âmbito de relações judiciais, administrativas ou processuais. Este também se divide em contraditório real e contraditório diferido, de modo que aquele é a proteção das partes e da proteção da prova, propriamente inerente ao litígio como composição da relação processual, de natureza judicial ou administrativa, e este, o ato realizado após a constituição da prova.

Nesse sentido, o inquérito policial, quanto às provas irrepetíveis que se realizem no curso da investigação, poderá contar com o contraditório, mas de forma postergada, já em sede de juízo de ação, quando as partes poderão pleitear eventuais questões atinentes à produção de laudos e perícias irrepetíveis em juízo. Já a ampla defesa, por sua natureza mais ampla, alcança os direitos dos ‘acusados em geral’, ou seja, não apenas a acusação em sentido penal – entretanto, ressalte-se, para o autor, no inquérito não existem acusados, posto a própria natureza do procedimento, que é de *procedimento administrativo*, de caráter averiguatório, de preparação e informação, que visa à apuração de eventuais infrações.

Em giro similar, Eduardo Espínola Filho⁴⁷⁵ argumentava pela absoluta desnecessidade da participação da pessoa no inquérito policial, dado seu caráter de *averiguação*, sem que nele existisse acusações ou culpados. Aliás, o autor apontava inclusive, eventual prejuízo à investigação em caso de intervenção da pessoa, eis que a finalidade da investigação é a busca da verdade.

⁴⁷² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 186.

⁴⁷³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 41.

⁴⁷⁴ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2002. p. 130-134; 118.

⁴⁷⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 303-313.

Também contrário a esta linha, José Frederico Marques aduz que, de fato, a instauração do inquérito cria verdadeira situação de litígio entre o Estado e o indiciado, embora os reflexos dessa condição sejam atinentes aos prazos determinados no CPP/1941 para a conclusão das investigações, posto que é na finalística do procedimento que está a inviabilidade da aplicação deste direito: é apenas ato procedimental que visa à informação da *opinio delicti*.

A expressão ‘acusados em geral’, contida no enunciado constitucional, também fora analisada, às minúcias, pela doutrina. Etimologicamente, a palavra *acusado* advém do latim *accusare*, ou seja, ‘chamar a juízo’, cuja origem está entrelaçada à palavra de derivação *ad causari*, ‘apontar como causa, motivo. Parece ter encontrado eco na transmutação do sentido semântico para a linha portuguesa: “Acusar. Imputar falha, culpa ou crime a alguém ou a si mesmo [...] Expressar um julgamento em relação a alguém [...] Apresentar crítica ou censura a alguém, tachar”⁴⁷⁶.

Aury Lopes Junior aponta que a larga escala de símbolos utilizadas no texto constitucional, especialmente pela conclusão ‘aos acusados’ jamais pode ser visto de forma restritiva, por sucedâneo lógico da expressão ‘em geral’:

A postura do legislador foi claramente *protetora* e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial [...] 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 em uma 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*⁴⁷⁷.

A defesa, como evento natural e direito-réplica, trazido por Aury Lopes Junior, aqui, ganha a natureza processual/procedimental que lhe é inerente, uma vez que a resistência é à pretensão estatal, sofrida após ou durante a vigilância policial, que jamais pode ser retirada da condição de acusação:

Nessa valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem ‘acusados’ nessa fase, eis que não foi oferecida a denúncia ou queixa. Ora, qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação,

⁴⁷⁶ DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/acusar/>. Acesso em: 9 jun. 2023.

⁴⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 185.

no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência⁴⁷⁸.

O autor pondera que, mesmo quando do ato de perquirição *ex officio*, ao se apontar pessoa a imputação da prática de fato criminoso, não há dúvidas da ‘agressão’ da condição de inocência e de sua liberdade. Surge, aí, o direito de resistência, sob o prisma jurídico-processual⁴⁷⁹.

Antônio Scarance Fernandes⁴⁸⁰, na mesma linha de Aury Lopes Junior, defende que o direito à ampla defesa e ao contraditório surge da dúvida acerca da autoria de eventual fato sob investigação, uma vez que o momento do indiciamento é fluido. Assim, uma pessoa pode ser ouvida na qualidade de testemunha, como método de impedimento ao livre exercício do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, sucedâneos do devido processo legal – e até mesmo, da própria segurança jurídica.

Segundo Antônio Scarance Fernandes⁴⁸¹, a pessoa ouvida pode ser tratada como provável autora, ainda que sobre ela não tenha recaído o ato procedimental de indiciamento. A defesa surge a partir da imputação, em sentido amplo, como uma condição ou juízo de valor que atribui conduta ilícita a alguém.

A imputação e a reação à esta, como trazido por Antônio Scarance Fernandes, dialoga objetivamente com os limites impostos pelo fundamento da dignidade, pois é no exercício da mais sincera condição humana, que a CF/1988⁴⁸² trouxe um conjunto de princípios e de direitos humanos fundamentais que incidem gravitacionalmente sobre o inquérito policial e atribuem ao investigado o *status* de ‘pessoa’, dotada de sentidos⁴⁸³, entre estes, a liberdade de contradizer à imputação, com os recursos que lhe são inerentes.

Ainda, como caráter de atributo humano, condição de vida activa, como na simbologia das portas, de Franz Kafka, revisitados por Hannah Arendt⁴⁸⁴, o tema ganha mais relevância. Primeiramente, porque a CF/1988 elencou esses direitos como direitos e garantias individuais: são da pessoa, oponíveis e exigíveis do Estado. Ademais, são características da própria condição de pessoa, pois a defesa é condição de sobrevivência e contradizer é um direito à fala. Como

⁴⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 470.

⁴⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 470.

⁴⁸⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 125.

⁴⁸¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 125.

⁴⁸² GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 21.

⁴⁸³ VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito humano à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 26.

⁴⁸⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 307.

institutos jurídicos, embora divisíveis, parte da doutrina considera serem hibridamente fundidos ou complementares.

Não se descarta da função social do inquérito e da natureza de ato servível (ou não) ao processo, tampouco de sua natureza sigilosa, questão sobre a qual a doutrina insistentemente recai ao falar da inaplicabilidade do contraditório no inquérito policial. A CF/1988 dirime esse ponto com a expressão, ‘os meios inerentes’, razão pela qual a defesa no inquérito é arcabouço regulatório, pela sua função de averiguar a existência de fato delituoso e sua possível autoria. A natureza da defesa é, portanto, um exercício de contraditório diferenciado⁴⁸⁵.

Quanto ao momento em que a ‘acusação’, no sentido de imputação, é realizada no inquérito policial, Aury Lopes Junior traz reflexões relevantes sobre a fluidez na norma posta: a) qual o momento em que se considera uma pessoa sujeito imputado na investigação? b) quais circunstâncias devem concorrer para se produzir a condição de imputado? e c) de que forma se deve formalizar essa situação?

Isso porque, surgem direitos das consequências da imputação e/ou indiciamento, as cargas assumidas pela pessoa imputada e seus consequentes. Alerta-se, portanto, que a ausência da imputação fere diretamente a dignidade da pessoa sobre a qual recai a dúvida estatal e aponta prejuízos à pessoa investigada: “são graves os prejuízos para a defesa, tanto pessoal quanto técnica. Isso tudo sem falar na aberração jurídica de alguém ser acusado sem antes haver sido formalmente imputado [...]”.

Para Fábio Motta Lopes, os direitos processuais contidos na CF/1988 arrimam toda a teoria geral do processo, de maneira que alcança o inquérito. Parte-se da ideia de que o inquérito é procedimento administrativo – alocado na teoria geral do processo – e que não visa apenas aferir um fato para fornecer os elementos necessários à ação, mas também ao próprio arquivamento. A ‘acusação’, em sentido geral (art. 5º, LV, da CF/1988) surge a partir do indiciamento, este necessariamente não precedente do relatório ao *parquet*, mesmo porque somente a partir da acusação formalizada é que surge a condição de defesa constitucionalizada⁴⁸⁶.

Aury Lopes Junior⁴⁸⁷, sobre o art. 5º, LV, da CF/1988, observa ainda que, se, na ausência da imputação (acusação), a pessoa sobre a qual recair a dúvida estatal sobre a realização de determinado fato, na qualidade de suspeita comparecer “perante a autoridade

⁴⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 406.

⁴⁸⁶ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 407.

policial na situação de testemunha, quando deveria fazê-lo na condição de imputado, com todas as garantias inerentes a esta figura”, haverá verdadeira inconstitucionalidade.

Aliás, Alexandre de Moraes da Rosa⁴⁸⁸ divide em três momentos as condições em que a pessoa pode figurar na perquirição estatal no inquérito policial: investigado, suspeito e indiciado. O indiciamento é o ato formal de imputação de provável autoria, ‘ato fluído’, inerente à discricionariedade da atividade.

Dada a fluidez do momento desta imputação, conforme indicado pela doutrina, é que o direito de defesa, sob a ótica desenvolvida, surge: a) na portaria inaugural, quando instaurada com indicação de pessoas investigadas e/ou; b) a partir do relatório de informação ou ato de investigação que mencionar, além do suposto fato criminoso sob investigação, a pessoa cuja dúvida estatal recair ‘a ação’. Essas questões importam à investigação criminal defensiva como parte do contraprodução.

4.8 O art. 5º, LV, da CF/1988 e a análise do sistema processual penal brasileiro.

Novas vertentes discursivas do conceito, finalidade e servibilidade da investigação à ação penal: mesmas tensões, novas roupagens

Os direitos processuais contidos na CF/1988 arrimam toda a teoria geral do processo, de maneira a alcançar o inquérito. Parte-se da ideia de que o inquérito, no mínimo, compõe o campo normativo da matéria processual penal. Assim, passa-se à análise das perspectivas doutrinárias sobre a viabilidade da defesa e do contraditório – ainda que postergado – à luz da visão da doutrina acerca do sistema processual penal vigente no país, do conceito, da finalidade e da *servibilidade*.

Para Fábio Motta Lopes, o inquérito está alocado na ordem de procedimento administrativo e não visa apenas aferir um fato para fornecer os elementos necessários à ação, mas também ao próprio arquivamento⁴⁸⁹.

Quanto à natureza inquisitiva do procedimento, originalmente trazido pelo CPP/1941, a doutrina também se divide quanto à extensão e aplicabilidade ou não dos direitos da pessoa, na fase policial. Assim, Nestor Távora⁴⁹⁰ entende que a aplicação de uma defesa, ainda que

⁴⁸⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 387.

⁴⁸⁹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.100-107.

⁴⁹⁰ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 143.

‘regrada’ e o contraditório, não ferem à inquisitividade e asseguram ‘paridade de armas’ à defesa técnica, o que se alia à própria natureza dos direitos do advogado.

Marta Saad⁴⁹¹, quanto à inquisitorialidade do procedimento, entende que ele não pode ser confundido com inquisitividade como método, sistema. Isso porque, a inquisitividade diz respeito à formalidade de que se veste o procedimento, tão somente. Portanto, sob esse argumento, não é possível minar o direito à defesa e ao contraditório no procedimento. Para a autora, no modelo inquisitivo, promovido pelo sistema inquisitivo, não há divisão de funções, tampouco aplicação de direitos da pessoa: ao inquisidor, são conferidas faculdades de acusar, defender e julgar, sendo o acusado mero objeto da imputação. Assim, do procedimento seria em nada tornaria incompatível ao exercício da ampla defesa e do contraditório – mesmo porque, já revestido pela CF/1988.

Ainda que a natureza do dispositivo seja abrangente, o texto constitucional também teve diversas reinterpretações restritivas, por questões semânticas e/ou terminológicas das expressões cunhadas no art. 5º, LV, da CF/1988.

Antônio Fernandes Scarance⁴⁹² dialoga com Fredie Didier Junior quanto ao exercício do contraditório na investigação, pois defende que é direito da pessoa investigada agir nos atos da investigação, em verdade, uma reação à imputação, só satisfeita se, de fato, conseguir ou puder influenciar nos atos de decisão da pessoa.

Alexandre Moraes da Rosa aborda os riscos da confusão de se aplicar lógicas diversas no procedimento de investigação, e as questões trazidas pela doutrina sobre o sistema ‘misto’, de caráter inquisitivo, na fase da investigação:

Como sistemas históricos, atualmente os ordenamentos nacionais guardam, por contingências diversas, características de ambos os sistemas, ou seja, inexistem sistemas puros. Daí que se fala equivocadamente em sistemas mistos. Entretanto, falar-se em sistemas mistos não pode se dar na modalidade sistemática por ausência de um significante primeiro. Com essa dupla face instaura-se uma dupla legalidade e verdadeira confusão sob a aparência de sistema. É impossível um sistema misto, ainda que alguns manuais e julgados afirmem esse ilógico sem maiores pudores. Anote-se que a tendência da América Latina, em que o Brasil destoa, é o da adequação ao modelo acusatório, como aconteceu com a inserção do art. 3º-A do CPP, pela reforma da Lei 13.964/19⁴⁹³.

⁴⁹¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p. 154-156.

⁴⁹² FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002.

⁴⁹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 321.

Édson Luís Baldan⁴⁹⁴ pondera sobre a existência do que nomeia caráter antitético da inquisitividade ‘cega’, vez que incide sobre o procedimento o devido processo constitucional: “o imputado, ainda na fase pré-processual acha-se ungido pela garantia constitucional do devido processo”.

O inquérito policial, a partir da estrutura concedida à ordem normativa brasileira, sofreu substanciais alterações quanto ao direito de defesa da pessoa durante a investigação, que tem uma longa trajetória. Assim, para melhor compreensão do tema, rememoram-se as indagações: afinal, qual a natureza, a função e a finalidade do inquérito policial? O tema, que desde José Frederico Marques⁴⁹⁵ foi tratado como ‘problema político do processo penal’, sofreu alterações profundas, desde a visão doutrinária ao campo normativo. O inquérito policial, inserido por expressa deliberação do CPP/1941, no Livro I – “Do processo”, adquiriu novas vertentes doutrinárias.

Entretanto, quanto à natureza do procedimento, há o entendimento majoritário sobre a inaplicabilidade do aspecto processual da defesa e do contraditório, em âmbito penal. Seguindo lógica contrária, Gustavo Badaró argumenta que não existe investigação no direito ao exercício do contraditório, dada a natureza jurídica do procedimento – de ato administrativo. Trata-se, tão somente, da dimensão de requisição à autoridade policial, vez que o inquérito, na qualidade de ato administrativo não dotável de natureza acusatória, mas de ‘juízo de probabilidade de autoria’, não faz caber o contraditório constitucional⁴⁹⁶ para informação da *notitia criminis*.

Por fim, Estêvão Luís Lemos Jorge⁴⁹⁷ defende a impossibilidade objetiva do contraditório no inquérito policial, seja pela condição de ato dotado de inquisitorialidade, seja pela ausência de conflito, inerente à condição de ‘procedimento’ da investigação. O autor também argumenta, em linha contrária, sob a perspectiva do ‘risco de engrandecimento da matéria, iminentemente ato de informação, e cuja eventual aplicação do contraditório poderia revesti-lo de maior ‘suporte’ na ação penal.

⁴⁹⁴ BALDAN, Édson Luís. **Tratado de inquérito policial**. (coord.) Higor Vinicius Nogueira Jorge e Waldir Antonio Corvino Júnior. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 5.

⁴⁹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961.

⁴⁹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. v. 6. 9. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 122-125.

⁴⁹⁷ JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium, 2015, p. 99.

4.9 O sistema acusatório como diretriz política do processo, a gestão da prova e a investigação: afinal, o que é a investigação e a que serve?

O direito, como processo cultural e científico⁴⁹⁸ da trajetória da humanidade, é notadamente imbuído desta e, por conseguinte, o direito penal e o processo penal. Os sistemas processuais penais, estreitamente ligados aos métodos de controle do convívio em sociedade, se desenvolveram ao longo dos tempos, fundamentalmente vinculados às suas funções e finalidades, e por conseguinte, o direito e o processo penal, como ensina José Frederico Marques⁴⁹⁹:

O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a ética do Direito e exteriorização dos ideais de Justiça. No processo penal, então, que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas destas é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária [...] A Constituição, como lei das leis, é a fonte suprema da ordem jurídica, e assim, se situa no cimo e culminância de todas as fontes normativas. Pela posição que ocupa na hierarquia das fontes formais do direito, a ela se subordinam todo o direito positivo e a legislação ordinária⁵⁰⁰.

4.10 A conceituação de inquérito e dos fins da investigação estatal

Certos de que a dignidade, como elo entre o direito posto, produziu seus efeitos sob o conceito da investigação policial e sua finalidade (a qual adquiriu grande complexidade), rememoram-se as palavras do Min. Carlos Ayres Brito, quanto ao esforço e o incômodo doutrinário na conformação da matéria, quando do julgamento do HC n. 82.354-8, em 10-08-2004:

Caracterizar o que seja inquérito policial, para mim, permanece uma incógnita. Talvez, pudéssemos resolver o impasse, dizendo que o inquérito policial é um inquérito policial, ou seja, é uma categoria jurídica própria. Essa é a melhor definição: substante em si. Não é rebartativo dizer isso. Inquérito Policial é o quê? É o inquérito policial, algo que tem uma autonomia entitativa, ou seja, é uma entidade própria, autônoma, inconfundível com qualquer outra conhecida no direito⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 161-163.

⁴⁹⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 26.

⁵⁰⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 26-29.

⁵⁰¹ IBCCRIM. Reflexão do Estudante. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 2023. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7346/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

Sabe-se da imensa dificuldade doutrinária e jurisprudencial na conformação do inquérito como método da investigação estatal, o que por si, deve vir permeado dos fins do Estado disposto na ordem constitucional. As inquietações do doutrinador dão à investigação policial profunda peculiaridade, o que permite ao campo doutrinário exercer vasto campo interpretativo sobre sua finalidade, os meios e a possibilidade do seu exercício, seja por meio da ampla defesa, seja por meio do contraditório.

Alexandre Cesar dos Santos⁵⁰² recorda que as palavras, embora imbuídas de um conceito histórico, ideológico, político e social – ou seja, cultural – não têm imediata consonância com sua concepção, para o direito. Assim, a importância dos institutos jurídicos, quando analisados, remetem à formação histórica e social da época em que o conceito foi firmado, para se compreender além da análise linguística.

A priori, a investigação, em âmbito policial, tem como base frequente a dimensão de ‘procedimento administrativo, secreto, escrito e não contraditório’, ainda que, segundo o autor, estes conceitos guardem estrita relação histórica e cultural com a política autoritária do Estado Novo⁵⁰³.

Para Marta Saad⁵⁰⁴, durante anos esquecidas da doutrina, as inquietações acerca da natureza do procedimento e os limites de atuação aumentaram a partir dos últimos anos, sobretudo em momento de grande inquietação. No campo normativo, as mesmas questões assistem ao legislador, que busca, através de instrumentalização de prerrogativas, dar garantia aos direitos à pessoa, inerentes à condição de dignidade humana. Ainda assim, as definições, classificações, finalidade e função seguem plurais.

Ao conceituar inquérito policial após a CF/1988, José Frederico Marques⁵⁰⁵ o define como “o mais importante dos procedimentos prévios que se destinam à preparação da ação penal”, “conjunto de atos procedimentais, o instrumento formal da investigação realizada pela Polícia Judiciária para instruir os órgãos da acusação”.

Com base nesse conceito e finalidade o autor pontua as demais características instrumentais dos atos praticados pela autoridade policial, embasado nos poderes estatais que lhe são próprios, “de instrução, de ordenação e de coação”. Os atos de instrução correspondem

⁵⁰² SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 55.

⁵⁰³ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 55; 65; 68.

⁵⁰⁴ SAAD, Marta. Vista do editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal”. *Investigação preliminar: desafios e perspectivas. Revista Brasileira*. 2020, p. 29. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁵⁰⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 153.

aos poderes resultantes dos atos de investigação (art. 6º, III, IV, V, VI, VII e VIII, do CPP/1941), e os que fazem referência ao art. 7º do CPP/1941.

Já os que correspondem aos de coerção, são adstritos às funções policiais, como o cumprimento e a apreensão de objetos com possível relação ao fato investigado, a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, ou o dever de prisão de quem se encontrar em flagrante delito, ou ainda, de mandar recolher à prisão pessoa presa em flagrante. Seriam também atos de ordenação

todas as determinações necessárias para a formação e integração do procedimento preparatório do inquérito policial. Tais atos compreendem os despachos da autoridade policial nas peças do inquérito, quer para ordenar diligências, provas, buscas, apreensão de coisas, como ainda para orientar o andamento das investigações⁵⁰⁶.

Toda a atividade colhida durante o procedimento – a investigação policial – é exclusivamente servível ao Ministério Público, eis que “o processo penal condenatório tem, nos autos da fase postulatória, o seu momento inicial. O procedimento que o antecede, de atos preparatórios, está fora da relação processual, não constituindo, desse modo, parte integrante da ação penal”⁵⁰⁷.

Igualmente, a discricionariedade da autoridade policial poderá decidir pela participação do ofendido e do indiciado nos autos (art. 14 do CPP/1941), ou seja, eles poderão requerer à autoridade policial, a quem cumprirá realizar o juízo discricionário ou não acerca da realização⁵⁰⁸.

Para o autor, a defesa é prescindível e fica a critério da discricionariedade da autoridade policial, por múltiplos vieses. Primeiramente, para José Frederico Marques, não existem acusados no inquérito, ainda que haja litígio pelos interesses contrapostos. Resolve-se, asism, a desnecessidade da defesa no caráter do procedimento e na natureza do juízo de probabilidade, que não constitui acusação, pois em fase preparatória⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 153-159.

⁵⁰⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p.173.

⁵⁰⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 170-176.

⁵⁰⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 146; 149; 160.

Rogério Greco⁵¹⁰ conceitua o inquérito “o instrumento, através do qual o Estado, inicialmente, busca a apuração das infrações penais e seus prováveis autores”. Marta Saad, ao tratar do conceito e da finalidade do processo, o define com vistas a demonstrar sua finalidade, pois como elemento não serve apenas à acusação, dada suas peculiaridades, assim elencadas:

Procedimento administrativo cautelar que tem por função elucidar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, e sua autoria, coautoria e participação. Tem natureza inquisitiva e não inquisitória. Isso, de forma alguma, impede a participação e a colaboração da defesa do acusado nesta fase preliminar da persecução penal, bem assim do ofendido. É certo, ainda, que o inquérito policial abriga não só atos de investigação, mas também atos de instrução criminal, alguns de caráter transitório e outros de caráter definitivo. Com efeito, a partir da instauração do inquérito policial inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ser tomados em desfavor do acusado, tais como os decretos de prisão preventiva e temporária, se o inquérito já não tiver se iniciado por meio de flagrante, em nítida restrição ao direito de liberdade⁵¹¹.

Para a autora, embora o inquérito tenha caráter de procedimento administrativo quanto à forma – por ser realizado por autoridade da administração –, mas ostentar finalidade judiciária, já lhe é comportável defesa, que se solidifica por imperativo do art. 5º, LV, da CF/1988, vez que o texto legal, ao usar a terminologia ‘acusados em geral’, deu a este conteúdo, no mínimo, duas espécies de sentido: acusado de forma restrita ou irrestrita, e acusado formal ou informal. Assim, se a incriminação pode passar por etapas de juízos até chegar a um juízo da certeza constituída, recaem os direitos de defesa sobre o *indiciado* e aquele em quem recair *dúvida*.

Ainda, a lógica aparentemente fora resolvida pelo dispositivo legal, sobretudo pelo art. 304 do CPP/1941, ao firmar que a autoridade policial realizará o “interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita”. Nesse contexto, ainda que o contraditório esteja prejudicado pela ausência da formalização da acusação, isso não impede a existência da defesa como resistência, oposição de forças, o direito de contrapor todas as acusações, com assistência de advogado, ou manter-se silente, além da produção de provas por ele requeridas, indispensáveis à demonstração de sua inocência ou de sua culpabilidade diminuída⁵¹².

Nesse cenário, a análise do inquérito como método do *jus persequendi* e do *jus puniendi* estatal, revestido da dignidade trazida pela CF/1988, incidiu sobre a finalidade do

⁵¹⁰ GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 84.

⁵¹¹ SAAD, Marta. Vista do editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal”. Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira**. 2020, p. 29. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 31.

⁵¹² SAAD, Marta. Vista do editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal”. Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira**. 2020, p. 29. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 63-69.

sistema penal e, por conseguinte, do sistema processual penal. Quanto à finalidade da investigação, trata-se de tema interligado às correntes contrárias ou favoráveis à defesa nesta fase. Assim, inicia-se trazendo que o conceito semântico de ‘finalidade’ é a de “intenção de realizar algo, objetivo”⁵¹³. Daí as visões a respeito do objeto serem diversas.

Segundo Marta Saad,

o inquérito policial não é só base para a acusação, mas também para o arquivamento, quando se constata que os elementos de informação lá constantes são falhos quanto ao fato e/ou à autoria, ou porque demonstram que o fato apurado é inexistente ou atípico, ou ainda, comprovam causa de exclusão de antijuridicidade ou causa de extinção de punibilidade. Por isso, deve-se produzir provas em favor do suspeito ou do indiciado⁵¹⁴.

Da sua análise⁵¹⁵, vê-se que, mesmo servindo como reforço ao direito de defesa da pessoa investigada, seja na condição de imputada/acusada e/ou indiciada, conclui-se que, embora a autora tenha abordado a finalidade como ‘jurídica’, é a aferição e o encaminhamento por meio do indiciamento ao MP que dá início à ação penal.

Trata-se da consequência de uma das funções do inquérito: o próprio relatório é um ato ou um exercício da função policial, inerente ao inquérito, cuja finalidade, sob as luzes da dignidade humana, é averiguar o fato antijurídico sob apuração, e os indícios de autoria, coautoria ou participação, com base nos elementos colhidos, e aferir se os eventos e as pessoas envolvidos são puníveis ou têm qualquer causa de exclusão de tipicidade ou punibilidade. Uma das vertentes da função está vinculada à análise dos indícios. Função, afinal, é o uso a que alguma coisa se destina, emprego, serventia, utilidade’ e uma das funções da investigação é o relatório e o apontamento da gestão do elemento probatório.

Aury Lopes Junior atento à finalidade, define a investigação como

o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias do fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou não processo⁵¹⁶.

⁵¹³ DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/finalidade/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

⁵¹⁴ SAAD, Marta. Vista do editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal”. Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira**. 2020, p. 29. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 34.

⁵¹⁵ SAAD, Marta. Vista do editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal”. Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira**. 2020, p. 29. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 34-35.

⁵¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 107.

Édson Luís Baldan⁵¹⁷ defende que o inquérito não foge à lógica do devido processo legal pelo qual a pessoa investigada está revestida, em âmbito da investigação, dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto à natureza e à finalidade do inquérito, Renato Brasileiro⁵¹⁸ defende tratar-se de procedimento instrumental: de um lado, tem a função de preservar a liberdade do inocente e de evitar custos desnecessários ao Estado; de outro, pode ser preparatório, ou seja, a base informativa para o titular do direito iniciar a ação penal, e cautelarmente, preservar provas que pudessem desaparecer ao longo do tempo. Para o autor, ainda que o inquérito tenha natureza inquisitiva, embora apenas instrumento de informação – visão tradicionalmente inquisitiva – estabelece a esta a função de mera peça informativa para analisar a viabilidade da ação penal – esta sim, dotada da contraditoriedade do sistema acusatório.

Ainda que não se tenha respostas prontas quanto à natureza jurídica do inquérito e sua função, pois, conforme aponta Aury Lopes Junior⁵¹⁹, o próprio CPP/1941 não respondeu à questão claramente, a estrutura da legislação superveniente à CF/1988 dispõe o inquérito policial sob a ótica transcendente à nomenclatura, uma vez que o nome *inquérito* atinge a dimensão semântica-histórica atribuída à querela, devassa – e segue os caminhos de procedimento de investigação, em âmbito policial, questões que ainda atingem a dimensão do sistema jurídico utilizado no Brasil e à servibilidade do procedimento de investigação.

4.11 O sistema processual penal brasileiro e seu reflexo sobre o inquérito

José Frederico Marques aponta que a diretriz política da CF/1988, em seu art. 129, I, atribuiu ao MP titularidade exclusiva da pretensão punitiva, como exigência direta do processo acusatório. Pequena porção inquisitiva é realizada no inquérito policial, apenas por meio de averiguação da *notitia criminis* para o juízo de convicção sobre a viabilidade ou não da ação penal, sem caráter maior do que meramente informativo ao autor da ação penal⁵²⁰.

Embora seja disciplina constitucional, como os direitos e garantias individuais, a dimensão principiológica do sistema acusatório, ainda que expressamente dirimida pelas

⁵¹⁷ BALDAN, Édson Luís. **Inquérito policial e investigação preliminar**: princípios, sujeitos e finalidades. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira; CORVINO JÚNIOR, Waldir Antonio. (coord.). **Tratado de inquérito policial**. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 97.

⁵¹⁸ BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 101.

⁵¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 35.

diretrizes constitucionais, através das funções dispostas ao MP, art. 129, I, da CF/1988, é ainda bastante argumentada.

Sob esta ótica, alguns entendem que o sistema previsto na CF/1988 não é arranhada pela parcela de princípio inquisitivo atribuído, vez que a investigação não teria prestabilidade à ação penal. Outras vertentes se contrapõem, seja pelo conceito, seja pela qualidade procedimental do ato investigativo, seja pelo caráter de que é revestido, de ato de informação. Sobre o sistema acusatório no país, Antônio Scarance Fernandes sustenta:

No Brasil, vigora o sistema Acusatório, estando o processo bem delineado com as funções de julgar, acusar e defender. A adoção desse sistema tornou ainda mais clara a constituição vigente quando o art. 129, I, atribuiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, só admitida a subsidiária do ofendido, quando a reação não tenha sido intentada no prazo legal [...] o que se discute, contudo, é a insuficiência dos mecanismos outorgados pelo sistema brasileiro à reação da defesa à imputação, e assim, o que se precisa é garantir direitos, por meio do devido processo legal⁵²¹.

Já Rogerio Lauria Tucci⁵²² entende que o Brasil adotou a concepção do sistema misto, tendo em vista que a *persecutio criminis*, segundo o autor, se desenvolve de forma repartida. A primeira delas é realizada pela polícia judiciária – uma vez que o próprio inquérito compõe os autos judiciais – e esta, preponderantemente encaminhada inquisitorialmente, cuja finalidade é aferir a notícia de crime e sua autoria; a segunda diz respeito à própria ação penal, esta sim, dotada das características inerentes ao sistema acusatório. Tendo em vista que a investigação vem compor o conjunto da ação, sobre esta todos os demais direitos fundamentais são aplicáveis.

Alguns autores entendem que, para responder ao sistema brasileiro, é necessário atentar à forma pela qual os Estados atuam na permissão ou não da gestão da prova, de maneira que o critério inquisitivo ou acusatório só poderia ser respondido mediante o impulso e o poder de gestão desta, uma vez que, o Estado-Juiz, posto sob a qualidade de neutralidade para julgar a prova produzida pelas partes seria o critério diferenciador do sistema acusatório. Uma vez que no Brasil o sistema jurídico atribui ao juiz o poder de instrução probatória determinar diligências, então, o sistema adotado seria misto, segundo alguns autores. Entretanto, como Aury Lopes Junior explica, a estrutura acusatória é a vertente constitucional, ainda que seja necessário o abandono dos aspectos culturais do sistema inquisitivo⁵²³.

⁵²¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

⁵²² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 22.

⁵²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p.17-18.

Entretanto, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵²⁴, o que diferencia os sistemas seria justamente a gestão da prova, tendo por base o princípio dispositivo ou acusatório, quando a prova está na mão das partes, e de princípio inquisitivo, quando sob a tutela do julgador. Para o autor, não há sistemas ‘mistos’, pois seriam deturpações do sistema informador. Aliás, igualmente, Alexandre Morais da Rosa compreende que conhecer as regras da atividade estatal é o que promove o equilíbrio da atividade, pois um Estado que não tivesse seus institutos assegurados promoveria o desequilíbrio da atividade jurisdicional⁵²⁵.

Algumas vertentes se antepõem à gestão da prova como meio de aferição do sistema adotado. Ada Pellegrini Grinover⁵²⁶ sustenta que, utilizar a prova como meio de se aferir o sistema é mais compatível com o modelo anglo-saxão de direito, o *adversarial system* e o *inquisitorial system*, modelos nos quais, influenciados pelo romano-germânico, determinam às partes o impulso do processo (o primeiro); outro em que é dado ao juiz o encargo probatório (o segundo). Para a autora, é possível existir sistema acusatório cuja gestão da prova esteja sobre o critério *adversarial* ou *inquisitorial system*, sem perder a característica de sistema acusatório.

Alexandre Cesar dos Santos⁵²⁷ acrescenta que, sob a ótica da constituição da prova, o advogado também exerce uma função proativa no *adversarial system*, vez que é função das partes influenciar o juiz – este, dotado de neutralidade – na análise do que for constituído. Desta maneira, pode haver sistema acusatório cuja gestão da prova esteja sobre o critério *adversarial* ou *inquisitorial system*, sem perder a característica de sistema acusatório.

Acrescenta que, sob a ótica da constituição da prova, o advogado também exerce uma função proativa no *adversarial system*, uma vez que é função das partes influenciar o juiz – este, dotado de neutralidade – na análise do que for constituído⁵²⁸. Antonio Carlos da Ponte e Pedro Henrique Demercian⁵²⁹ explicam que o juiz, no *adversarial system*, torna o ‘magistrado um legítimo árbitro’.

⁵²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 set. 2023.

⁵²⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020. p.85-89.

⁵²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasil: Gazeta Jurídica, 2013.

⁵²⁷ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 120.

⁵²⁸ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 120.

⁵²⁹ PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual**. 2019. Disponível em: Dialnet (unirioja.es) 66636-Texto_del_articulo-4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 120.

Igualmente, Antonio Carlos da Ponte e Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki⁵³⁰ explicam que o *common law* foi um sistema surgido na Inglaterra, por meio do Tribunal de Westminster, sob influência preponderante do direito anglo-saxônico; e o *civil law* de tradição romano-germânica, cuja característica mais proeminente é a codificação. Enquanto aquele concede maior papel à atividade jurisdicional realizada pela jurisprudência, influencia o direito brasileiro. Observam, ainda, que o sistema brasileiro tornou-se notadamente híbrido, dada a quantidade de precedentes e vinculantes transformados em ‘verdadeiras fontes formais do direito’, assemelhando-se, nesse sentido, ao *common law*.

Alexandre Morais da Rosa, sobre o sistema adotado, pondera a necessidade de se ter ‘balizas fixas’ sobre esta tensão doutrinária, vez que as partes precisam conhecer as ‘regras’ da aplicação e da atividade estatal. É a própria essência da segurança jurídica e da paz social. Wagner Balera⁵³¹, ao analisar os múltiplos instrumentos de direitos humanos, relembra que a paz exige a verdade como fundamento, a justiça como norma, o amor como motor e a liberdade como clima, na mais perfeita consonância, o que se faz retornar à origem da discussão aqui proposta: a (ainda) necessária adequação do ‘sentido normativo do conjunto’⁵³².

Como visto, o inquérito policial e sua – ainda mantida – condição de permanência na ação penal, como qualidade de servível, embora não exclusivamente ao juízo de convicção do julgador, gera um desequilíbrio sistêmico na relação: defesa/prova e capacidade reativa. A investigação criminal é defensiva, portanto, verdadeiro elo quântico da dignidade constitucional, principalmente porque, embora não sirva como prova, adentra o campo cognitivo do julgador.

A questão afeta sobretudo a discussão traçada no capítulo seguinte, visto que, uma importante possibilidade de se abrir portas para o futuro sobre o lugar da defesa no âmbito de inquérito policial é a investigação criminal defensiva: o poder de gerir e produzir a prova, pelo sistema acusatório, ainda que com características de sistema adversarial. Surgem, então, novos caminhos para a defesa, em âmbito procedimental, pela possibilidade de agir, acompanhar, investigar e gerir ato investigativo próprio.

⁵³⁰ PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e de consolidação do direito penal brasileiro. **Humanidades & Tecnologia em Revista**, ano XII, v. 13, jan.-dez. 2018, p. 99. Disponível em:

<https://www.finom.edu.br/assets/site/paginas/files/downloads/20181127121139.pdf#page=99>. 04 nov. 2023.

⁵³¹ BALERA, Wagner. **A paz é possível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁵³² VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

5 A INCIDÊNCIA DA DIGNIDADE E O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL: A BUSCA DE CONFORMIDADE NO CAMPO NORMATIVO – DA SÚMULA VINCULANTE N. 14 AO PROVIMENTO N. 188/2018 DA OAB

Um farto leque de direitos tem sido estabelecidos a partir da premissa constitucional da dignidade, inaugurada pela CF/1988, a demonstrar o esforço lógico da legislação quanto ao cumprimento e o alcance dos direitos das pessoas.

Optou-se por intitular a discussão de ‘defesa no inquérito policial’, embora alguns autores, a exemplo de Fábio Motta Lopes⁵³³, abordem que estes direitos devem ser vistos de forma dividida em direitos de informação, direito de vista propriamente dito, coligados ao exercício de conhecimento e de contraditório e ampla defesa constitucionais. Devem, portanto, ser divididos, para maior compreensão da matéria.

Optou-se, no entanto, pela expressão ‘defesa’ na menção aos direitos seguintes, tanto porque serão abordados como conjunto sistêmico, sob o aspecto quântico de ações ordenadas para a resposta da pessoa⁵³⁴, como sob a ótica de direitos que correspondem aos interesses, da própria sociedade, como pondera Antônio Scarance Fernandes, para quem as disposições normativas seguintes são afetas a garantias da pessoa que não interessam apenas ‘à pessoa acusada’, mas ‘a toda a sociedade’⁵³⁵.

Assim, a *reação defensiva*, como aduz Antônio Scarance Fernandes, ou o *direito de réplica*, como propõe Aury Lopes Junior, é ‘uma das vertentes do direito de defesa’, contraposição à ação, a qual, por sua vez, é dividida em dois momentos: o direito de informação da acusação e a ‘oportunidade de a ela reagir’, surgida, para o autor, desde a imputação, a qual se passa a melhor avaliar⁵³⁶.

⁵³³ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 107.

⁵³⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico: o fundamento da ordem jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 199.

⁵³⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 22.

⁵³⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 26.

5.1 Os direitos de informação e vista – o sigilo do art. 20 do CPP/1941: vertentes doutrinárias sobre a aplicação constitucional dos direitos de informação e vista como parte da defesa constitucionalizada

Encerradas questões terminológicas, adentra-se no tema trazido ao STF pela Súmula Vinculante n. 14: o direito de acesso à investigação policial como exercício de defesa, e como conformação do sigilo, a critério da autoridade e nos interesses da sociedade (art. 20 do CPP/1941).

Daqui surge a clássica discussão sobre normas e princípios e a necessária interpretação constitucional do direito processual procedimental das leis, algo tão frequente no inquérito policial desde 1988. A doutrina encontrou farta vertente de análise dos direitos constitucionais afetos aos direitos da pessoa no inquérito policial, sobretudo quanto aos direitos de informação e de acesso aos autos. A doutrina se dividiu em relação à sua viabilidade ou não, limitações ou extensões, temas bastante relacionados ao ingresso constitucional dos direitos da pessoa nessa fase. Isto porque, em princípio, o art. 20 do CPP/1941 dimensionou a viabilidade de aplicação do sigilo como uma natureza do procedimento: “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Para Aury Lopes Junior⁵³⁷, o sigilo externo, aquele relacionado às partes que não compõem a investigação, inclusive a própria sociedade, decorre da necessária preservação da condição de inocência, e existe em nome da proteção da intimidade e da vida privada, além da honra (art. 5º). Essa leitura tem pouca resistência doutrinária, embora grande dificuldade de cumprimento, tendo em vista a ampliação dos meios de comunicação.

Já o sigilo interno, como parte da proibição de alguns sujeitos processuais de tomar conhecimento de determinados atos da investigação preliminar⁵³⁸, da dimensão do inquérito policial, afeto à natureza do procedimento e à parcela dos direitos de defesa aplicáveis constitucionalmente ganham maior enfoque, ou seja, ressalta-se o direito da pessoa sobre quem recaia a imputação, e sua defesa, de terem ciência dos atos contidos no procedimento, como parte do direito de informação – e consequente reação, o que dividiu a doutrina nacional.

Ao assumir argumentação favorável aos direitos de informação decorrentes da defesa – enquanto resistência possível ao exercício da ampla defesa e contraditório – Fábio Motta

⁵³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

⁵³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

Lopes⁵³⁹, ao ingressar no acesso aos elementos, os aponta como características da dimensão do contraditório atribuída ao inquérito, dividindo-a como direito-consequência do direito de informação, vez que é impossível opor resistência sem sequer ‘ser informado da existência e teor de uma investigação criminal’.

A informação, para Motta Lopes, é importante elo pelo qual se permite a efetividade decorrente não apenas da previsão constitucional, mas da previsão do art. 14 do CPP/1941, que permite ao advogado, na qualidade de defesa da parte, requerer diligências. No campo normativo externo, a informação é meio de acesso e defesa previsto no art. 8, item 2, b, do Pacto de São José da Costa Rica, a permitir a assistência do advogado, e da CF/1988, vez que ao preso é conferido o direito de ser acompanhado por defesa técnica. A informação diz respeito não somente ao acesso, no sentido de vista aos autos, mas é uma questão autônoma: a ciência antecede, é o conhecimento. A informação configura-se no direito à ciência da existência de investigação, e desta decorre o direito de vista.

Para o autor⁵⁴⁰, a ciência da existência da investigação e da condição de pessoa investigada tem tão grau de importância que, mesmo ouvido na qualidade de testemunha ou de vítima, caso seja realocado à condição de investigado, deverá ser cientificado desta condição, para constituir defesa – técnica e pessoal. Quanto ao direito de vista, Fábio Motta Lopes⁵⁴¹ argumenta que o sigilo (art. 20 do CPP/1941), proclama que ‘a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade’. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque⁵⁴² afirma que o sigilo envolve questões atinentes aos direitos da pessoa e de informação:

A questão do segredo de justiça, pelo que já se viu, coloca-nos de imediato diante de um dilema hermenêutico. De um lado, a privacidade da pessoa física ou jurídica, assegurada no artigo 5º, X e XII, da CF, e do outro, publicidade dos atos processuais, previsto no artigo 5º, LX, e 93, IX, ambos da CF e, ainda, os direitos à ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da Carta Política⁵⁴³.

⁵³⁹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 107.

⁵⁴⁰ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109.

⁵⁴¹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 111.

⁵⁴² ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 11-14.

⁵⁴³ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77.

Embora para o autor o contraditório não seja possível no inquérito policial, como instrumentalizado processualmente – mas apenas em sua ‘face informal’ –, a ampla defesa estaria assegurada sob a ótica do interesse público, atinente à natureza do sigilo.

Isso porque, conforme o art. 14 do CPP/1941, o sigilo é revestido de interesse público e não pode se estender à defesa da pessoa investigada. Parte-se do princípio de que a ação é a última *ratio*. Como cerne da extensão do sigilo, cabe questionar “se interessa ao Estado ‘acusar alguém’, mantendo-o preso, em alguns casos, sem que lhe seja dado o devido direito de conhecer os fatos apontados como ilícitos durante a investigação”.

Ou seja, para José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque, a expressão ‘interesse da sociedade’ responde aos limites impostos pelo art. 20 do CPP/1941, vez que a ciência da investigação, além do direito da defesa constitucionalizada, é interesse estatal, posto que “muitas vezes, resolve dúvidas e equívocos fundamentais para o trabalho da polícia, evitando, em alguns procedimentos, que inocentes sejam submetidos a constrangimentos”.

Assim, o ato investigativo em andamento recorre o pensamento de que o contraditório que resta à defesa nesta fase, é ‘informal’, pois o sigilo é aplicável na fase de colheita de elementos, para atender aos interesses da sociedade, porém, a partir do momento que os dados estão colhidos, nessa seara nascem os direitos da pessoa imputada⁵⁴⁴.

O autor convida, em caso de contraposição de direitos e garantias, a se aplicar o princípio da proporcionalidade, retomando Willis Santiago Guerra Filho⁵⁴⁵, de que ‘os princípios da adequação e da exigibilidade (*erforderlichkeit*), por seu turno, determinam, dentro do faticamente possível, que o meio escolhido se preste a atingir o fim estabelecido, mostrando-se adequado. Ou seja, este meio deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz e menos danoso aos direitos fundamentais’, conforme explica José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque⁵⁴⁶.

Alexandre Moraes da Rosa⁵⁴⁷, por sua vez, argumenta a importância das garantias constitucionais – dentre elas, o direito de acesso/vista aos autos– uma vez que, embora o processo seja iniciado apenas com a denúncia, o ponto de partida reside no conjunto de elementos colhidos na investigação preliminar. É destas relações iniciais que surge o primeiro

⁵⁴⁴ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77.

⁵⁴⁵ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77.

⁵⁴⁶ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77.

⁵⁴⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 315.

juízo de cognição do julgador, ‘o cenário onde o jogo começa’, sob a ótica da teoria dos jogos, ou o próprio processo. Ao final, destaca que ‘não serão permitidas atividades de investigação arbitrárias ou indevidamente intrusivas’, conforme rege o Manual de Formação em Direitos Humanos para as forças policiais, editado pela ONU.

Aury Lopes Junior⁵⁴⁸, ao analisar o art. 20 do CPP/1941, pontua que a previsão constitucional da defesa da pessoa impõe a aplicação do sigilo no plano externo – pela intimidade e proteção inerentes, e não alcança ao defensor, pela leitura conjunta da Súmula Vinculante n. 14 e do art. 7º, XIV, do EOAB, e da Lei n.13.245/2016, além de outros instrumentos posteriores à CF/1988.

Aliás, não se diz que o sigilo não é aplicável, mas aplicável ao ato investigativo em andamento. Deste decorre, inclusive, a diferença valorativa dos elementos colhidos na investigação no que tange ao seu valor probante. Existem, portanto, os atos de prova e de investigação, os quais o art. 155 do CPP/1941 chama de ‘atos informativos’⁵⁴⁹, mas que, segundo o autor, poderão ser utilizados pelo juízo – daí decorrentes os direitos da defesa no procedimento.

Aury Lopes Junior explica que os ‘atos de prova’ do inquérito são aqueles que poderão servir de embasamento à sentença. Já os atos de investigação devem esgotar sua ‘eficácia probatória’ a partir da admissão da acusação. Isso porque, a mudança promovida pela Lei n. 11.690/2008, que alterou o antigo art. 157, dava ao juiz o direito de convencimento pela ‘livre apreciação da prova’. Entretanto, a alteração não eximiu o inquérito de ser meio desta, posto que a redação assim dispõe: ‘o juízo formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, ou seja, este não poderá fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos’.

Vanessa Moraes Kiss⁵⁵⁰ esclarece que a investigação, por sua própria natureza, de retraimento do contraditório e do sigilo imposto aos atos em andamento, não possui a bilateralidade necessária para constituir prova, por isso, seu caráter é informativo⁵⁵¹, embora informe o juízo. Decorrem daí os demais direitos que sobrevieram, inclusive a própria investigação defensiva, a qual será vista adiante, como defesa proativa.

⁵⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 168.

⁵⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 171-173.

⁵⁵⁰ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 47.

⁵⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 171-173.

Assim, o sigilo e a informação ganharam mais peculiaridades no sistema brasileiro, pois a própria previsão do legislador, de que o inquérito compõe a ação penal, impede o necessário ambiente de neutralidade do julgamento.

A isso, Aury Lopes Junior chama ‘juízo de cognição antecipada da culpa’. Ainda que se discuta doutrinariamente, ainda que existam tentativas de se reformular a lei e de se retirar elementos de informação dos autos – como a alteração proposta pela reforma de 2019/2020 a permitir a exclusão dos atos de informação, acrescentando à redação do art. 3º, § 3º e 4º, do CPP/1941 – e da criação do juízo de garantias. Esses eventos, suspensos pelo Ministro Luiz Fux, receberam novas luzes recentemente. Determinou-se sua instauração como juiz ‘garante’ nessa fase, com o plenário decidindo pela sua implementação em até dois anos – o que poderia dirimir melhor os limites aqui debatidos⁵⁵².

Marta Saad pondera sobre o valor e o bem juridicamente tutelados pelo sigilo e, do ponto da defesa no inquérito, argumenta sua dupla dimensão:

o sigilo, previsto no art. 20 do Código de Processo Penal, serve à investigação do fato aparentemente criminoso e, ao mesmo tempo, tende a preservar a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas envolvidas na apuração, e a prevenir o sensacionalismo, mas não pode ser oposto ao indiciado, ou suspeito, nem ao defensor, sobretudo no que se refere aos atos instrutórios⁵⁵³.

Ainda, conforme dispõe Marta Saad, é necessário diferenciar os atos de poder da autoridade na investigação⁵⁵⁴: “quem investiga, rastreia, indaga, segue vestígios e sinais, busca informações para elucidação de um fato. Depois de documentada a diligência, passa-se da investigação à instrução”. Para a autora, é neste momento que surge a defesa.

Na contramão desse pensamento, Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁵⁵ defende a relevância do sigilo, como ato da autoridade policial e absoluta autonomia, como método da própria investigação, eis que, “pouco ou quase nada valeria a ação da autoridade judiciária se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante sua realização”. Por estas razões, para Fernando da Costa Tourinho Filho, inclusive, não existe necessidade de defesa perante a

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Min. Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274 Acesso em: 1 out. 2023.

⁵⁵³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no inquérito policial. **Polícia Jurídica**, Brasília, ano 2, n. 4, p. 59-83, 2018. p. 68-71

⁵⁵⁴ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no inquérito policial. **Polícia Jurídica**, Brasília, ano 2, n. 4, p. 59-83, 2018, p. 63.

⁵⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

natureza do inquérito, uma vez que ato da polícia judiciária, de natureza procedimental, servível tão somente ao autor da ação penal, para a *opinio delict*.

José Frederico Marques⁵⁵⁶, sobre o valor do sigilo para a investigação, argumenta que o sigilo é necessário para elucidar os fatos a contemplar interesse da sociedade. Resulta do CPP/1941, e por seu caráter de procedimento prévio, é ato investigativo que afere a necessidade da ação penal, de modo que dotado do necessário sigilo inerente à atividade. Entretanto, este sigilo não pode atingir ao advogado, sob pena de ofensa ao art. 5º, XIII, da CF/1988, e do art. 7º, XIV, do EOAB, ainda que não se tenha especificado como a matéria deverá ser aberta pela autoridade, conferindo-lhe o direito, no art. 14 do CPP/1941, de deferir ou não pedidos da defesa. Ainda, segundo José Frederico Marques⁵⁵⁷, não há prejuízo à dimensão acusatória do sistema brasileiro, posto que a parcela inquisitiva é da atividade policial, portanto, não afeta ao sistema acusatório.

A questão é reafirmada em Pedro Henrique Demercian⁵⁵⁸, que dimensiona a natureza secundária da atividade, realizada pela polícia (art. 13 do CPP/1941). Essa função, inerentemente vinculada à *segurança pública*, dota o inquérito policial do sigilo como necessário à elucidação do fato, ainda que este não alcance o MP – titular da ação e nem o poder Judiciário – ainda que atinja à pessoa e, em relação ao advogado, nos termos da Súmula Vinculante n. 14, alcança o ato investigativo concluído. O procedimento, argumenta o autor, é revestido de neutralidade e de finalidade apuratória, nele inexistindo imputação objetiva a alguém, de qualidade meramente indiciária.

Aliás, esse é o entendimento de Estêvão Luís Lemos Jorge, que alerta para o perigo do dimensionamento do sigilo e de uma ampliação dos direitos de defesa – como contraditório – posto que poderia causar um aumento do valor do ato, meramente instrumento que atende à *opinio delict* do Ministério Público⁵⁵⁹.

Marcellus Polastri, por sua vez, defende uma parcela de inquisitividade na investigação como garantia do sistema acusatório, cujo titular é o MP (art. 129, I, da CF/1988). Isso porque, a investigação se reverte em uma primeira fase da opinião do órgão acusador, necessária, ainda que sumariamente realizada através dos elementos de informação. Essa

⁵⁵⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 157-159.

⁵⁵⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961, p. 160.

⁵⁵⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39-42.

⁵⁵⁹ JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium, 2015, p. 96-98.

pequena parcela inquisitiva não fere o sistema acusatório, dada a natureza probatória do inquérito, o qual, para o autor, é exclusivamente de elemento informativo – primeira fase, a *opinio delict* do órgão acusador⁵⁶⁰.

Fábio Motta Lopes aponta em direção diversa. Isso porque, a modificação do Estatuto da OAB, ‘é lei posterior e especial, razão pela qual deve prevalecer’:

Se as diligências já foram realizadas pela polícia, o advogado terá o direito de obter vista dos documentos formalizados. Por outro lado, se existem atos de investigação que ainda serão desencadeados, pode prevalecer o sigilo no artigo 20 do CPP, inclusive para o investigado e seu defensor [...] com isso, se os atos investigativos estão em andamento ou serão realizados brevemente, a situação exige, excepcionalmente, a manutenção do segredo para o investigado e seu defensor⁵⁶¹.

A ciência deve ser dada mesmo à pessoa que, ainda não colocada formalmente como indiciada, seja tratada ‘materialmente como tal’. Para o autor, é critério da autoridade determinar o sigilo apenas parcialmente, de forma a impossibilitar ao sujeito passivo o acesso a atos em andamento no inquérito policial. Não é possível estender a prerrogativa ao juízo e ao promotor de justiça, a quem inclusive compete fiscalizar os poderes da autoridade, também nesse sentido (art. 129, VII, da CF/1988).

André Augusto Mendes Machado⁵⁶² reflete sobre as ponderações doutrinárias contrárias à ciência dos objetos e participação defensiva, ao argumentar pelo necessário ajustamento dos liames das linhas argumentativas, vez que se os elementos probatórios decorrentes do inquérito policial são aproveitados na ação penal, ele deixa de ser apenas informativo e as irregularidades porventura existentes na fase preliminar maculam também o processo. É a redação do art. 155 do CPP/1941, que prevê o uso do inquérito como possível de ser avaliado em juízo, só não podendo ser usado *exclusivamente* para condenar a pessoa.

O autor relembra o momento histórico em que o art. 155 foi modificado, fruto do Projeto de Lei n. 4.205/2001, cuja redação original vedava a contaminação da ação com os ‘dados obtidos na fase investigativa’, mantendo, portanto, a possibilidade de o inquérito influenciar a opinião do julgador e, assim, a decisão judicial incorrer ou recair em uma

⁵⁶⁰ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65.

⁵⁶¹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 114.

⁵⁶² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 41.

‘ponderação de juízos semânticos’, a encontrar com ‘recursos retóricos ordenados’, assumindo *postura inquisitória*, tanto para analisar e gerir a prova, quanto para aferir a conduta⁵⁶³.

5.2 Sigilo, informação e acesso sob as luzes da Súmula Vinculante n. 14: o STF como regulador dos direitos e garantias fundamentais

A natureza, a finalidade e o alcance do sigilo, pela complexidade de interesses contrapostos, não tinha, até 2004, conformidade acerca da matéria. Como recorda Marta Saad⁵⁶⁴, o histórico julgamento do HC n. 82.354/2004, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, trouxe um novo enfoque à matéria e reabriu o debate em torno dos direitos da defesa na investigação e dos limites da ciência do ato investigativo, enfatizando a dimensão do sigilo interno.

A disciplina teve seu debate ampliado em vista do momento histórico vivenciado a partir previsão constitucional de Súmulas Vinculantes, ou diretrizes/apontamentos de cumprimento de legalidade de cláusulas constitucionais. Trata-se de uma inovação trazida pela EC n. 45/2004, que atribuiu ao STF, por meio do art. 103-A da CF/1988, posteriormente regulamentado pela Lei n. 11.417/2006, a função de dirimir questões conflituosas sob o crivo da repercussão jurídica no STF:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Assim, as súmulas vinculantes chegaram ao cenário nacional como mecanismo assecuratório ou instrumento assecuratório de questões iminentemente constitucionais que, de

⁵⁶³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004. Disponível em: acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0-2004_Alexandre_Rosa_4.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 328.

⁵⁶⁴ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no inquérito policial. **Polícia Jurídica**, Brasília, ano 2, n. 4, p. 59-83, 2018, p. 73.

qualquer modo, afetem à segurança jurídica, em razão da interpretação divergente sobre o dispositivo enfatizado.

O cenário, em âmbito processual penal, já sofria modificações. A incidência da dignidade da pessoa humana e do direito de defesa e do contraditório da pessoa, constitucionalmente dispostos, promoviam o início das necessárias alterações sobressalentes à fase autoritária.

A Lei n. 11.690/2008, quando criada, trouxe proposta inovadora, ao reconhecer que os elementos do inquérito policial não seriam submetidos ou serviriam ao juízo de convencimento do juízo, alterando a disponibilidade anterior de livre convencimento do juízo relativo ao elemento probatório. Entretanto, o art. 155 não atendeu à expectativa gerada, pois estabeleceu que o juízo não formará exclusivamente seu convencimento com base no inquérito⁵⁶⁵.

Não era de se surpreender, portanto, que a defesa da pessoa no inquérito policial estivesse às portas daquele STF, a partir das prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa, em busca de guarida, vez que a questão já se apresentava na casa, por meio de sucessivos eventos, como trazido no processo de tramitação da Súmula Vinculante n. 14.

Assim, o Conselho Federal da OAB propôs a edição da 1ª Súmula Vinculante (Súmula Vinculante n. 14), com o ânimo de salvaguardar os direitos do advogado e da pessoa investigada, com enfoque no direito de vista das diligências concluídas no inquérito policial, para o exercício das prerrogativas constitucionais.

Os votos dos ministros retratam muitas inquietudes nacionais sobre o direito de defesa surgidas após a CF/1988, e os direitos da pessoa, da natureza do inquérito e das prerrogativas profissionais dos advogados, além da natureza jurídica do sigilo, questões objeto dos questionamentos trazidos pela doutrina, ao longo deste estudo. Ainda que contasse com dois votos de divergência, em prol do parecer ministerial, que elencava o interesse público no sigilo como razão para denegar a proposta de Súmula Vinculante, tão somente por esforço de síntese, são trazidos alguns votos que resumem a incidência da dignidade sobre o direito de defesa em âmbito investigativo, nele incluído o direito à informação e à ampla defesa e contraditório:

- a) Voto Min. Celso de Mello: argumentou que os direitos fundamentais e a defesa e o contraditório não são excluídos de nenhuma fase do processo penal, neles incluído o

⁵⁶⁵ BATALHA, Sérgio Fedato; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **Reflexos aplicativos entre a Súmula Vinculante n. 14 e a nova redação do art. 155 do CPP**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2592/2289. Acesso em: 03 nov. 2023.

inquérito policial; o sistema de comunhão da prova é de todas as partes, o sigilo é excepcional e é preciso desestimular o ‘fascínio do mistério’ e o ‘culto do segredo’, como lógica da democracia. E apresentou a seguinte ponderação acerca dos direitos analisados:

O Estado não pode ignorar nem transgredir o regime de direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer pessoa sob investigação criminal ou processo penal. Daí porque se impõe, às autoridades públicas neste país, notadamente àquelas que intervêm nos procedimentos de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar e de não transgredir limitações, que o ordenamento normativo faz incidir sobre o poder do Estado [...] Nem se diga, por absolutamente inaceitável, considerada a própria declaração constitucional de direitos, que a pessoa sob perseguição penal (em juízo ou fora dele) mostrar-se-ia destituída de direitos e garantias. Essa suprema corte jamais poderá legitimar tal entendimento, pois a razão de ser dos sistemas de liberdades públicas vincula-se, em sua vocação protetiva, a amparar o cidadão contra eventuais excessos, abusos ou arbitrariedades emanados do aparelho estatal [...] o respeito aos valores e princípios sobre o qual se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário.

Segundo o ministro, é indispensável a condição essencial da defesa como prerrogativa de natureza indisponível, assegurada pela CF/1988 de forma global e abrangente, de forma que mesmo o sigilo só pode ser aplicado ao que nomeia de providências investigatórias em curso de execução. Todas as demais são franqueadas à defesa, vez que a comunhão da prova, invocando a segurança jurídica, é elemento:

Cuja eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos que, concernentes à *informatio delicti*, compõem o acervo probatório coligido – e formalmente incorporado aos autos – pelas autoridades e agentes estatais. Esse postulado assume inegável importância no plano das garantias da ordem jurídica, reconhecidas ao investigado e ao réu, pois, como se sabe, o princípio da comunhão ou da aquisição da prova assegura, ao que sofre perseguição penal – ainda que submetida esta ao regime de sigilo – o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser eventualmente, de seu interesse, quer para efeito do exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica. É que, a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quanto sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de perseguição penal por parte do Estado.

Quanto ao sentimento provocado pelo sigilo, a égide autoritária havida até a CF/1988 foi o momento histórico a privilegiar tal pensamento, o qual não é mais compatível com o princípio democrático.

O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido pelos órgãos e agentes do poder, a atos de persecução criminal [...] A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que vigorava tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior (1964-1985), quando no desempenho de sua prática governamental.

b) Ministro Marco Aurélio: sinalizou a melhor redação a ser atribuída ao tema e argumentou em prol do direito de defesa, ao registrar o recebimento de sugestão daquele instituto, sobre a redação da Súmula Vinculante, dadas as suas peculiaridades, em âmbito policial (fls. 37, 38 e 39 do processo de tramitação):

O advogado constituído por investigado ou por qualquer convocado – porque fica muito difícil definir-se *a priori* a qualificação daquele que se faz envolvido nos autos do inquérito, sabemos que muitas vezes é convocado o cidadão para prestar esclarecimentos já se tendo direcionamento, objetivando investigá-lo, já o tendo como pessoa envolvida no episódio retratado no inquérito, daí a referência a convocado ou por qualquer convocado – tem o direito – incluiria ‘bem como a defensoria pública’ – voltando os olhos, portanto, aos menos afortunados – ‘de examinar integralmente os autos de inquérito policial’ – sabemos que a eficiência repousa na transparência dos autos praticados pelo Estado-administrador – ‘ressalvadas as diligências em andamento, daqueles podendo obter cópia, ainda quando tramitarem sob sigilo’ e não estou aqui a revogar o artigo 20 do Código de Processo Penal, porque não o entendo como encerrar um sigilo absoluto – ‘devendo a autoridade policial fazer juntar aos autos imediatamente todos os documentos’ – já que poderemos ter a obstacularização de acesso mediante a inércia da juntada desses documentos; tive o cuidado de conferir os precedentes dessa corte e notei que este tema da obrigatoriedade de juntada de documentos foi versado quando do julgamento do Habeas Corpus n. 82.354 e voltou a ser referido, mediante transcrição, no acórdão de Habeas n. 87.827, ambos de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, portanto, há respaldo para inserção dessa obrigatoriedade de juntada de elementos de diligências já concluídas e que devem estar documentados nos autos do inquérito – termos e assentadas de atos já encerrados, sob pena de reconhecimento de ilicitude dos elementos sonegados à defesa.

O Ministro fundamentou com base no art. 5º, XXXIII, da CF/1988 (direito à informação), e inciso LIV, aplicando quanto ao devido processo legal, o inciso LV, e o art. 133 da CF/1988, quanto à condição do advogado, como essencial à justiça, do qual remete aos arts. 6º, parágrafo único e 7º, XIII e XIV. Menciona, ainda, o CPP/1941, arts. 9º, 14 e 20.

c) Voto do Min. Gilmar Mendes: apontou como fundamento-base a dignidade como manto da pessoa, além de evocar a dignidade humana como garantia de que o investigado não seja objetificado na fase da investigação:

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais [...] quando se fazem imputações vagas ou denúncias infundadas, dando ensejo à perseguição criminal injusta, está-se a violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição.

Em suas razões finais, ressaltou que a diferenciação do regime democrático encontra razão na proteção de seus cidadãos, no revés de regimes autoritários.

d) Min. Carlos Brito: analisou a dimensão processual do inquérito, a dignidade e a condição de pessoa, e evidenciou a sobressalência da condição de pessoa sobre os demais princípios e valores ponderados, com base na dignidade:

Na verdade, entende-se que essa ideia da dignidade da pessoa humana – e o tribunal têm desenvolvido construtivamente isto – tem ampla aplicação no âmbito do processo penal, das investigações criminais. Significa, fundamentalmente, dizer que o homem não pode ser transformado em objeto de qualquer processo estatal (fls.68 do Processo).

Concluída a deliberação do STF, a Súmula Vinculante n. 14 foi aprovada em 02-02-2009, por ampla maioria, nos seguintes termos:

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 defesa⁵⁶⁶.

José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque aponta questões relativas ao exercício prático da Súmula Vinculante n. 14 nos procedimentos inerentes ao direito de acesso e à defesa, como sucedâneo da dignidade humana:

A primeira questão gerada pela súmula é a de saber a quem cabe aferir quais peças dizem respeito ao direito de defesa de determinado investigado. Parece claro que tal mister não pode ser atribuído à autoridade policial nem à

⁵⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 06 nov. 2023.

autoridade judiciária, sob pena de evidente ofensa ao direito de defesa. Na verdade, cabe ao próprio investigado, titular do direito, e aos seus advogados, selecionar as peças que interessam ao exercício de sua defesa. Não se pode conceber que a autoridade – a policial ou a judiciária – identifique as questões de defesa, e assim, selecione as peças que possam interessar ao investigado. Se, de outro vértice, as peças já estão incorporadas ao procedimento policial, dizendo respeito a fatos já documentados, não há sentido que se oponha o interesse público ao exercício da ampla defesa [...] Afirme-se aqui, que o sentido da Súmula Vinculante 14 do STF, na referência às peças ‘que digam respeito ao exercício do direito de defesa’, não pode ser confundido, como têm feito alguns, com peças ‘que digam respeito à pessoa do investigado’ [...] assevere-se, portanto, que peças relacionadas ao exercício do direito de defesa é algo diverso (pode ser mais abrangente) de peças que digam respeito à pessoa do investigado. Com efeito, é possível que o documento, sem formalmente dizer respeito à pessoa do investigado, seja relevante para sua defesa⁵⁶⁷.

Marta Saad⁵⁶⁸ observa: “se o segredo atinge a defesa nesse ponto, tolhe-lhe gravemente seu exercício” [...] “determinadas diligências devem, é certo, ser tomadas como sigilosas, sob risco de comprometimento de seu bom sucesso”. Surge, então, o direito de defesa acerca dos atos contidos no caderno – ou seja, o ato policial já concluído – devem servir à instrução, e ser disponibilizados à defesa do acusado, pois este é atinente à atividade investigativa em andamento – e não ao procedimento, *per si*. A questão reporta ao conteúdo da instrução no inquérito, ao ‘caderno investigativo’. Nestor Távora⁵⁶⁹ o define como aquilo que já integra o ‘corpo do inquérito’, constituído das diligências empreendidas, a exemplo da degravação da interceptação telefônica e dos dados bancários e/ou fiscais decorrentes da quebra regular do sigilo, e aos documentos levantados na busca e apreensão e laudos periciais decorrentes.

José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque⁵⁷⁰ observa que não há fatos isolados na investigação, que interessem a um ou ao outro: por ser o fato único, todos os elementos que o compõem são ‘uniformes e comuns’ a todos os interessados na investigação. E cita, por exemplo, que a própria quebra de sigilo bancário de um dos investigados pode, de qualquer modo, interessar ao outro.

Segundo o autor, na existência de fatos tão diversos que ensejem o sigilo em relação aos outros investigados, entende-se ser o caso de se instaurar um novo inquérito. A decisão

⁵⁶⁷ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 98.

⁵⁶⁸ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no inquérito policial. **Polícia Jurídica**, Brasília, ano 2, n. 4, p. 59-83, 2018, p. 73-75.

⁵⁶⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 140.

⁵⁷⁰ ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 100.

sobre a seleção documental em âmbito de investigação, pela própria lógica, só pode ser feita pelo investigado/indiciado e seu advogado.

Na avaliação de Marta Saad⁵⁷¹, compete à autoridade policial distinguir os atos relativos à investigação de cada pessoa investigada, para se assegurar o conhecimento de tudo o que lhe diga respeito. A edição da súmula, dando o reconhecimento do direito de acesso, é de grande importância, pois assegura o conhecimento, para o exercício da defesa, a permitir a devida participação na investigação.

Aliás, mesmo a superveniência da Lei n. 13.245/2016, que modificou e ampliou a acessibilidade de autos e manifestação no inquérito, ao reunir os principais instrumentos sobre os quais têm incidido o direito de defesa da pessoa na perquirição estatal (incidência gravitacional da Constituição sobre o campo normativo, por exemplo), não pareceu modificar substancialmente os posicionamentos firmados sobre o direito de informação e reação, o sigilo do procedimento ou sua natureza inquisitiva.

A doutrina favorável à defesa, assim permaneceu. Para José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque, a Lei n. 13.245/2016 modificou o rol defensivo dos direitos da pessoa, através da ação da defesa técnica, portanto, primeiramente, trouxe avanços na condição de ser humano, em alinhamento à CF/1988:

Com a lei 13.245/2016, não só o acesso pleno, mas a própria consagração da existência de contraditório e ampla defesa na fase investigativa, refletida na garantia de assistência de advogado no interrogatório e a possibilidade de apresentação de razões e quesitos, ficam agora, incontroversos. Na verdade, isso já era garantido pela Constituição, como sempre sustentamos, mas a novel expressão legal elimina qualquer margem de dúvida⁵⁷².

Antônio Scarance Fernandes⁵⁷³, ao abordar o instrumento jurídico que permite reagir à imputação no inquérito policial pontua que, entre estas, a petição dirigida à autoridade policial, recurso ao chefe da autoridade policial, é meio de defesa na qualidade reativa ao ato investigado. A definição do autor encontra consonância com os dispositivos alterados, que dispõem sobre o direito de acesso, de petição e de participação do advogado, nos termos do art. 7º, XIV e XXI, do EOAB.

⁵⁷¹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no inquérito policial. **Polícia Jurídica**, Brasília, ano 2, n. 4, p. 59-83, 2018, p. 73-74.

⁵⁷² ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 103.

⁵⁷³ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 141.

Em sentido contrário, Gustavo Badaró⁵⁷⁴ argumenta que, embora a legislação estabeleça direitos do advogado, não fixou o direito de informação, tampouco estabeleceu poderes de reação, isto é, para o autor, não modificou a essência da natureza inquisitiva do procedimento, vez que, mesmo o contraditório – com sua dupla dimensão de informação e de reação – não foi grandemente modificado.

Ainda, para Pedro Henrique Demercian, a Súmula Vinculante n. 14 dirimiu o debate sobre a dimensão da informação recebida, pois o investigativo fora preservado. Ao autor, coube criticar brevemente a expressão ‘defensor’, pois, no seu entendimento, não há acusação na fase do inquérito policial⁵⁷⁵.

Igualmente, Marcellus Polastri⁵⁷⁶ argumenta que a Súmula Vinculante n. 14 regula os direitos ponderados e que as legislações que sobrevieram apenas dão direito ao ‘acesso aos elementos de investigações em andamento’.

Nessa seara, em 2018, o Conselho Federal da OAB realizou o Provimento n. 188/2018, estabelecendo outra modalidade de produção e gestão de prova, em âmbito defensivo (investigação defensiva). O provimento é fruto de aspiração defendida desde 2005, quando uma comissão de juristas foi designada para reformar o CPP/1941. Ainda que o projeto, as redações e as aspirações tenham sido encaminhadas no campo da reforma do CPP/1941, não foi assim recebida. Em 2019, foi promulgada a Lei n. 13.964/2019, conhecida como ‘pacote anticrime’⁵⁷⁷.

A investigação defensiva, exercício da busca pela ampliação da paridade de armas da pessoa imputada, já gozava de amplo debate doutrinário e representava uma aspiração da advocacia brasileira. Uma vez reconhecido o viés culturalmente inquisitivo da investigação, no Brasil, buscou-se meios de conformar o direito de defesa da pessoa investigada e, de qualquer modo, minimizar o desequilíbrio do sistema de gestão da prova em âmbito investigativo⁵⁷⁸, o que, dada sua relevância, afeta também a defesa, ainda que na fase do inquérito.

Apenas para manter a narrativa das leis aprovadas no período e que se estendem à defesa no inquérito policial, tão somente por esforço de compreensão da política criminal e do aparente caminho traçado pela defesa na investigação, a Lei n. 13.793/2019 promoveu novas

⁵⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. v. 6. 9. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 125.

⁵⁷⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

⁵⁷⁶ POLASTRI, Marcellus. **Curso de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 110-111.

⁵⁷⁷ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 151-153.

⁵⁷⁸ MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/15/IBC_C_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

alterações na Lei n. 8.906/1994 e regulamentou o direito de acesso a autos de repartição públicas, ampliando o direito de acesso aos autos existentes em formato eletrônico.

No mesmo ano, foi aprovada a Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que realizou reformas em artigos do CPP/1941 e faz previsão à figura do ‘juiz de garantias’, o qual, no dizer de Aury Lopes Junior:

Sem dúvida, uma das mais importantes inovações da Lei n.13.964/2019 foi a recepção do instituto – já consagrado há décadas em diversos países e por nós defendidos desde 1999 – do juiz das garantias. O nome dado não foi dos melhores, principalmente porque no Brasil existe uma costumeira e errônea confusão entre garantias e impunidade [...]⁵⁷⁹.

Entre as muitas razões para o juízo de garantias, Aury Lopes Junior ressalta a essência do sistema inquisitório, que está na centralização da atribuição do poder de julgar, com base na prova produzida pelo próprio juiz, e a existência do duplo grau, dotado da imparcialidade necessária ao ato, o que ainda é feito, nos moldes adotados pelo CPP/1941, em absoluta incompatibilidade com ‘a matriz acusatória constitucional’⁵⁸⁰.

Entretanto, o juízo de garantias ainda não é uma realidade no Brasil. Isso porque o art. 3-A foi suspenso por concessão de liminar em autos de medida cautelar nas ADIn n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Entretanto, no julgamento da matéria, determinou-se que o Brasil deverá adotar, no prazo de 12 meses, prorrogáveis por mais 12 meses, a instauração do juízo, cuja função será, em âmbito preliminar, relativa à garantia dos direitos fundamentais da pessoa investigada e cuja complexidade certamente demandará estudos próprios afetos à disciplina.

Em setembro de 2019, um novo instrumento normativo foi disponibilizado à sociedade, que dispôs sobre novos direitos afetos à pessoa, no âmbito da investigação. É a Lei n. 13.869/2023 (“Lei de Abuso de Autoridade”), que disciplina como abuso importantes condutas relativas ao cerceamento de direitos da pessoa, a exemplo dos arts. 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 36, 37 e 38. Ainda que a Lei contenha tipos penais abertos, como explicado por Alexandre Moraes da Rosa⁵⁸¹, traz avanços importantes para os conceitos dos direitos da pessoa, especialmente em relação à Lei n. 4.898/1965.

No campo dos direitos de defesa, a Lei n. 14.365/2022 alterou a Lei n. 8.906/1994 (EOAB) atribuindo novas garantias aos direitos da advocacia. Embora não seja objeto deste

⁵⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 111

⁵⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 113.

⁵⁸¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 339.

estudo, menciona-se a ampliação do rol de atividades defensivas em âmbito extrajudicial, como sucedâneo da dignidade da pessoa e seu direito de defesa, através da inclusão do texto previsto no art. 7º, X, do EOAB, que prevê o direito do advogado de usar a palavra, pela ordem “em qualquer tribunal judicial ou administrativo, órgão de deliberação coletiva da administração pública ou comissão parlamentar de inquérito, mediante intervenção pontual e sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou a afirmações que influam na decisão” – o que reporta ao papel da advocacia na administração da justiça (art. 133 da CF/1988).

Para ingressar no direito à defesa no inquérito policial, à luz da dignidade quântica, passa-se à investigação criminal defensiva no Brasil, regulada pelo Provimento n. 188/2018 da OAB, a representar o cumprimento de uma antiga aspiração: a viabilidade procedimental da ampla defesa constitucional ativa também no inquérito policial, eis que, como disciplina de Antônio Scarance Fernandes⁵⁸², ‘a ampla defesa constitucional alcança a investigação criminal’.

5.3 A investigação criminal defensiva como elo constitucional da dignidade humana: o Provimento n. 188/2018 da OAB, as novas diretrizes na constituição da prova e o contraditório proativo

Da nítida tensão havida entre o ambiente jurídico trazido em discussões anteriores neste trabalho, causada pelas 1) questões iminentemente socioculturais; 2) pela manutenção do CPP/1941 e seu encontro com as bases estabelecidas pela CF/1988; e 3) dissonâncias em torno do campo da função e finalidade da investigação estatal e os direitos da pessoa, cujo campo da dignidade é justamente sua condição de pessoa, dotada de direitos fundamentais em todas as esferas; ampliam-se as possibilidades em torno de uma investigação criminal realizada pela defesa técnica, a fim de ser usada em qualquer lugar da *persecução*, inclusive na investigação policial.

O campo filosófico e principiológico pelo qual se arrima a investigação criminal defensiva é extenso. Inicia-se com a dignidade – o ponto arquimediano deste trabalho, com base na balança pela qual Ricardo Hasson Sayeg⁵⁸³ arrima a dignidade: é direito humano inato

⁵⁸² FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 130.

⁵⁸³ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 175.

sobre o qual decorre a impossibilidade de ser colocado na condição de ‘coisa’, ‘porque não é objeto do poder potestativo de outrem’, e, assim, não pode ser vista como ‘direito-custo’.

Mesmo direcionamento é dado por Melina Girardi Fachin⁵⁸⁴: “a primazia e a centralidade da pessoa humana nesse redesenho constitucional abrem possibilidade de estreitamento do direito com o direito infraconstitucional”, uma vez que “é em torno da proteção humana que estas esferas gravitam [...]”.

Entretanto, como extenso entendimento doutrinário, a dignidade não é inflexível quanto àquilo que não integra seu ‘núcleo essencial’. Antonio Carlos da Ponte e Pedro Henrique Demercian⁵⁸⁵, ao avaliarem as bases garantistas sobre os quais se fincam, em essência, a CF/1988, ponderam sobre a necessidade de que, no campo do direito processual penal, esses preceitos não sejam buscados à custo da segurança pública e da paz social, em um modelo revestido de racionalidade, para não se insurgir o perigoso lugar da justiça privada⁵⁸⁶.

Essa é a diretriz proposta por Ricardo Hasson Sayeg⁵⁸⁷ sobre o campo normativo no cumprimento da dignidade, a ser sempre defendida, por adotar critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Para além disso, defende que a dignidade, como os direitos humanos, são o norte ‘da consubstancialidade com o direito positivo e o direito realidade’, nos quais se firma o capitalismo humanista. Diante disso, operam ‘sob a perspectiva elementar essencial do sistema do direito positivo sedimentado, de acordo com a potência do realismo jurídico’. É a consubstancialidade do direito como unicidade da ‘matéria’.

No que tange aos poderes de polícia à aparente tensão havida entre os direitos da pessoa, a proporcionalidade já é elo histórico, como explica Willis Santiago Guerra Filho, uma vez que o princípio surge das ponderações históricas envolvendo as limitações do exercício do poder de polícia do Estado, decorrentes dos direitos de liberdade ocasionados na Declaração de Direitos norte-americana e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), ambas promotoras de intensos debates sobre a limitação da liberdade do homem, e dos direitos do Estado acerca desta limitação.

⁵⁸⁴ FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e debaixo: todos os sentidos da dignidade nos discursos dos direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Curitiba. v. 2, n. 2 p. 78-94, jul.-dez. 2016.

⁵⁸⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113.

⁵⁸⁶ PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual**. 2019. Disponível em: Dialnet (unirioja.es) 66636-Texto_del_articulo-4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023.

⁵⁸⁷ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 176.

Em 1802, Von Berg empregou o termo ‘proporcional’ ao tratar dos direitos de exercício de restrições da liberdade da atividade policial, à época, relacionado à indenização pelo dano/prejuízo sofrido pela vítima e que visava vedar atuação irrazoável da força da polícia, a qual deveria ser utilizada para a consecução de sua finalidade, vez que, segundo Willis Santiago Guerra Filho⁵⁸⁸, *polizei* ou ‘polícia’ é de forma ampla abrangido como ‘atividade estatal como um todo’, inclusive relacionado, a partir de 1913, por Walter Jellinek, ao juízo de discricionariedade do direito administrativo.

Em um giro rápido, a proporcionalidade passou a ser matriz constitucional a partir da Segunda Guerra Mundial, influenciado pelo tribunal constitucional na Alemanha Ocidental, o qual, de forma generalizada, estabeleceu os princípios da ‘proibição de excesso’, ‘adequação’, ‘exigibilidade’ e ‘proporcionalidade em sentido estrito’. A ‘adequação’ e a ‘exigibilidade’ foram determinantes para que dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir ao fim estabelecido, mostrando-se assim adequado. Além disso, esse meio deve se mostrar exigível, o que significa não haver outro, igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais.

Assim, a dignidade constitucional, a partir de 1988 e as garantias constitucionais dispostas à pessoa imputada, desde a condição de inocência ao exercício da reação à possibilidade de autoria gerou o ‘ambiente jurídico’ no qual a investigação criminal defensiva entrava em pauta no cenário jurídico do país.

Goffredo Telles Junior afirma que “o Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais: ser obediente ao direito; ser guardião dos direitos; ser aberto às conquistas da cultura jurídica”. É obediente ao direito porque as suas funções estão estabelecidas no que sua Constituição o atribui e porque seu exercício não excede os limites dados; já é guardião porque nesta função é Estado-Meio, ou seja, se organiza para cumprir à missão de servir o elo humano e assim assegurar as liberdades e direitos subjetivos da pessoa.

Em *O direito quântico*, Goffredo Telles Junior⁵⁸⁹ explica o respeito à dignidade como “não atentar contra a natureza do homem, não impedir que essa natureza se expanda e realize”, sob o aspecto prático da ordem humana, que é uma prática do mundo da cultura. Portanto, toda cultura é um aperfeiçoamento, e “todo aperfeiçoamento resulta de uma reordenação”⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 306-319.

⁵⁸⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: o fundamento da ordem jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 213.

⁵⁹⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: o fundamento da ordem jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 217.

Reunida à dignidade como direito humano inato, então naturalmente revestido, a reordenação encontra arrimo na fórmula quântica da incidência gravitacional dos direitos humanos, como a reunião entre as ordenações do mundo da cultura e dos direitos naturais, de modo a operar na singularidade do direito⁵⁹¹.

Para a análise proposta nesta dissertação, arrimada no capitalismo humanista, o direito é composto da singularidade existente pela multiplicidade⁵⁹². Por isso, as múltiplas vozes acerca da dimensão e aplicabilidade do art. 5º, LV, da CF/1988, ainda que com tantas interpretações espaçadas, compõem o Estado Democrático de Direito, aspecto político a revestir o Estado⁵⁹³.

Assim, aparentes antinomias ou ‘tensões’ advindas de “situação de normas incompatíveis entre si” – ainda que, nesse caso, se tenha a preponderância da dignidade e dos consequentes direitos e garantias individuais – são sopesados pela proporcionalidade e nelas equacionados⁵⁹⁴. Elas representam o que Goffredo Telles Junior enuncia: uma aparente desordem é apenas uma ordem não pretendida ou em desacordo com a aspiração⁵⁹⁵.

Assim, seu equacionamento vem realizado pelo elo da proporcionalidade, que pondera o direito-realidade, a compor a singularidade do direito, à luz quântica do capitalismo humanista⁵⁹⁶. Com base nessa premissa, adentra-se na matéria investigação criminal defensiva.

5.4 O ambiente jurídico e a investigação criminal defensiva como trajetória da dignidade: o debate até o Provimento n. 188/2018

A partir da CF/1988 e do amplo debate sobre os direitos da pessoa no âmbito da investigação, editou-se a Súmula Vinculante n. 14/2009, pela qual foram adotados alguns critérios de garantias de exercício da ciência da investigação policial e da viabilidade de um contraditório diferido. A partir de então, viu-se um leque dispendido na legislação ordinária de direitos do imputado e da condição de participação da defesa, como meio procedimental de

⁵⁹¹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 179.

⁵⁹² SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 81-82.

⁵⁹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 307.

⁵⁹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 306.

⁵⁹⁵ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 11.

⁵⁹⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 81.

reação à imputação atribuída à pessoa investigada no inquérito, e do exercício do contraditório mitigado. Por outro lado, remanescem limites à atuação da defesa⁵⁹⁷.

Desta trajetória, surgiram novos aspectos da defesa em *reação à imputação*⁵⁹⁸, ‘um juízo sobre o qual se atribui a alguém a prática de fato penal’. Esses direitos, segundo Aury Lopes Junior⁵⁹⁹, na qualidade de ‘direito-réplica’, foram garantidos pela Lei n.13.245/2016, que alterou o EOAB, no art. 7º, III, VI, XIII, XIV e XIX, foram reforçados pelo art. 32 da Lei n. 13.869 (“Lei de Abuso de Autoridade”), dos quais decorrem o fortalecimento do cenário defensivo da pessoa e dão azo à investigação criminal defensiva: ‘a premissa para compreensão deste tema é entender que existe direito de defesa e contraditório (ainda que esse tenha limitações) na investigação preliminar’.

Recorda-se que, em 2005, no curso destes debates, surgira uma proposta de Reforma do CPP/1941, pelo projeto de Lei n. 156/2009, defendida e arrimada, dentre outros nomes, por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁶⁰⁰.

O Projeto de Lei n. 156/2009 elencava, em seu art. 14, a possibilidade de o próprio investigado, através de sua defesa técnica ou de pessoa com poder constituído expressamente para tal, identificar fontes de prova e, inclusive, entrevistar pessoas, mediante o prévio esclarecimento do objetivo e o consentimento das pessoas envolvidas no ato⁶⁰¹.

Esta proposta, que na Câmara dos Deputados foi transformada no Projeto de Lei n. 8.045/2010, foi explicitada e teve seu artigo modificado para o art. 13, a partir da ampliação das competências, faculdades e até mesmo, previsibilidade de entrada no inquérito policial. Isto porque, expressamente, atribuiu competência para realizar atos defensivos ao investigado, por meio de seu advogado ou outros mandatários com poderes expressos, inclusive defensor público, para exercer a iniciativa probatória, inclusive entrevistar pessoas, explicitado o objeto e mediante o consentimento formal destas. Previu, ainda, que a vítima não poderia ser chamada para atos da investigação defensiva, exceto se autorizada pelo juiz de garantias, que já tinha sua previsão contida e aguardada.

⁵⁹⁷ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 172.

⁵⁹⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 103.

⁵⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 188.

⁶⁰⁰ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 150.

⁶⁰¹ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 150.

O projeto, conforme previsto, conteve críticas de estudiosos sobre o tema, conforme rememora Vanessa Moraes Kiss⁶⁰², seja pela particularidade da possibilidade de entrada dos autos de investigação, a critério da autoridade policial, seja pelo foco excessivo na colheita de oitivas, o que reduziria, hipoteticamente, o âmbito de atuação da defesa. No interstício de tempo, o Provimento n. 188/2018 foi estabelecido pelo Conselho Federal da OAB, apontando a viabilidade de se realizar, em âmbito de defesa técnica, investigação criminal defensiva, pelo advogado.

Entretanto, em que pese os debates promovidos, o Projeto de Lei n. 8.045/2010 não teve reflexo, quanto à investigação defensiva, na Lei n.13.964/2019, que alterou o CPP/1941 (“Pacote Anticrime”), no qual o juiz de garantias culminou por ser previsto⁶⁰³.

Em 2021, a comissão que visava analisar o Projeto de Lei n. 8.045/2010 reuniu-se e promoveu novas alterações no texto. Entretanto, foi extinta no mesmo ano, sob a implicação da necessidade de se propor um novo Código, deixando “aberto” o debate.

No Brasil, a viabilidade da investigação criminal defensiva foi estabelecida pelo Provimento n. 188/2018, editada pela OAB, como possibilidade técnica de atuação profissional. Antes de se ingressar nas características desse Provimento, convém especificar o conceito de investigação criminal defensiva.

5.5 Investigação criminal e investigação criminal defensiva: conceito e funcionalidade

A investigação criminal é um método científico de averiguação dos eventos, cuja trajetória, ao longo dos séculos, em âmbito estatal, já foi abordada nesta pesquisa. Rememora-se que, investigação criminal como disciplina científica corresponde à “atividade de observação, pesquisa, identificação, seleção, depuração e análise construtiva dos elementos objetivos ou subjetivos de um fenômeno criminal, também compreendida pelas noções de averiguação e esclarecimento”⁶⁰⁴.

Assim, a investigação criminal defensiva corresponde a um dos gêneros de investigação criminal. Para Franklyn Alves Silva⁶⁰⁵, é gênero da investigação criminal, esta – mais ampla – e sobre o qual é dotado de competência a autoridade policial, sob a ótica da

⁶⁰² KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022. p.151.

⁶⁰³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022. p.151-155.

⁶⁰⁴ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 67.

⁶⁰⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023.

investigação pública. É o que se depreende da Lei n. 12.830/2013, que dispõe da atividade, atribuições e competências do delegado de polícia, e do qual decorre o poder investigativo do MP ou das comissões parlamentares de inquérito:

uma atividade de coleta de elementos desempenhada pelo advogado ou Defensoria Pública, com propósitos e metodologia específicos, a partir de regras deontológicas e transparência no atuar defensivo, sempre em vistas a proporcionar a imediação da defesa com o conteúdo probatório e permitir a elucidação do fato criminoso dentro de uma perspectiva de boa-fé, paridade de armas e lealdade na relação processual⁶⁰⁶.

Nesta toada, André Augusto Mendes Machado⁶⁰⁷ entende que a investigação é garantia fundamental também da pessoa sobre quem recair a imputação, esta em sentido amplo. Sua realização é a própria realização dos princípios da igualdade e da defesa, que leva diretamente a seus aspectos jurídicos e principiológicos.

Como exercício proativo da defesa, seja para exercer o contraditório ou para promover a paridade de armas, a investigação criminal defensiva é um exercício complexo. Isso porque, por ser uma vertente da investigação criminal, poderá servir à investigação policial e ao processo. Sua função pode servir, ainda, por ser modalidade da investigação criminal, tanto ao exercício da defesa no inquérito, quanto na ação judicial, e ser realizada a serviço da acusação, quando por advogado assistente da acusação⁶⁰⁸.

Esse grau de amplitude de atuação ocorre porque é ato realizado pela defesa técnica em prol da pessoa que outorgou o poder de defesa, e nos interesses desta, por meio do qual, por autos em apartados, colhe elementos, de forma que, conforme explica Édson Luís Baldan, é ‘complexo de atividades de natureza investigatória’, e pode ser realizada

[...] em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência do consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo da produção do acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para exercício da ampla defesa do imputado, em contraponto à investigação ou acusações oficiais⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023.

⁶⁰⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 119.

⁶⁰⁸ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 160-177.

⁶⁰⁹ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva ou do direito de defender-se provando. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

Será ato cujo protagonismo da produção, no Brasil, foi atribuído exclusivamente ao advogado, que se materializa a partir do contrato ou procuração, ou pela defensoria pública, quando lhe presta assistência jurídica, quando de natureza estatal e oficial, já durante a perseguição⁶¹⁰.

Quanto à finalidade da investigação criminal defensiva e sua natureza jurídica, Aury Lopes Junior defende que é ‘efetivar o direito de defesa desde a investigação preliminar, diminuindo o desequilíbrio de armas e a desigualdade cognitiva’:

trata-se de uma autorização expressa para que o advogado possa obter elementos probatórios – lícitos – importa destacar e que não estejam sujeitos à reserva de jurisdição (neste caso, deve requerer judicialmente), destinados a reforçar a tese defensiva. Para tanto, poderá inclusive contar com o auxílio de peritos particulares, consultores técnicos e até investigadores privados, sempre respeitando os limites de obtenção da prova⁶¹¹.

Esse direito – o de produzir a prova e o de inferir no sistema de referência produzido pela investigação à realidade do objeto de conhecimento, condicionada portanto, ao ‘*sistema de referência*’ do sujeito conhecedor’ parece concanetar, sob todas as óticas – das mais conservadoras às mais liberais – à aspiração da defesa como uma ‘amalgama de direitos’⁶¹².

Desse modo, ‘o direito de se defender provando’, como mencionado por Édson Luís Baldan⁶¹³, é fundamental para a dignidade humana. Isso porque, ainda que produzido fora do estrito conceito de ‘prova’ – aquela realizada sobre o crivo do contraditório judicial – estatal, a produção defensiva enquanto “reconstrução histórica dos fatos, elucidação fática”, ainda que não de natureza absoluta, poderá ser valorada como prova mediante a submissão ao contraditório da ação.

Assim, garante-se a defesa como corolário da dignidade, uma vez que, à luz de Goffredo Telles Junior, a dignidade é o “não impeditivo de realização da natureza humana”. O ‘direito réplica’, como citado em Aury Lopes Junior, se realiza como parte da ‘reação defensiva’; em Antônio Scarance Fernandes, se consubstancia no direito ao contraditório proativo. Também a atividade defensiva poderá servir, se juntado ao caderno investigativo, à própria autoridade policial no ato estatal – a seu critério de discricionariedade – e mesmo que,

⁶¹⁰ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na perseguição penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 162.

⁶¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p.191-193.

⁶¹² TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico: o fundamento da ordem jurídica**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p.176.

⁶¹³ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva ou do direito de defender-se provando. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

para parte da doutrina⁶¹⁴, quanto na formação da *opinio delict* do *parquet*, na visão mais tradicional acerca da funcionalidade do inquérito⁶¹⁵.

Mesmo no juízo de cognição, servirá, posto que o art. 155 do CPP/1941 prevê a admissibilidade do uso do elemento informativo do qual se reveste o ato no inquérito policial, ainda que não *exclusivamente*, na fase judicial venha a inferir na fase da ação penal. Entretanto, a expressão *exclusivamente*, como aduz Aury Lopes Junior, pode constituir verdadeira “burla ao impedimento ilusório”. Assim, resta o viés coligador do juízo de cognição que permite à investigação criminal defensiva ser sucedâneo lógico da defesa constitucional (art. 5º, LV, da CF/1988⁶¹⁶), o que se coaduna com Josimary Rocha de Vilhena, que elenca a ‘triade’ do constitucional de garantias individuais aplicáveis ao processo penal formando um “microsistema de normas e garantias que norteiam toda a ação do estado”.

Franklyn Roger Alves Silva argumenta que a investigação defensiva, quando tiver por escopo servir de contraprodução ao inquérito público, será chamada de *inquérito defensivo*; mas que também poderá se revestir de outro intuito, ou seja, servir como *inquérito auxiliar* ao inquérito policial. O próprio defensor constituído pode estar, na qualidade de advogado auxiliar dos interesses da vítima, formando a *opinio delict* do *parquet*⁶¹⁷.

Segundo o autor, isto decorre desta natureza jurídica complexa da investigação criminal, que pode não ser estritamente voltada apenas à defesa do imputado, posto que sua função poderá assumir objetivos distintos, e ser exercida tanto na fase preliminar como durante a atividade defensiva na ação penal:

[...] sua natureza jurídica é relacionada em função dos atos predominantes praticados pela defesa técnica em busca de elementos informativos e provas no curso da persecução penal. Seu caráter é complexo, uma vez que podem ser praticados atos eminentemente extrapenais e jurisdicionais a partir do inquérito policial, mediante a intervenção do magistrado para a produção da prova, em casos que requerem a reserva da jurisdição, a exemplo de acesso às informações sigilosas, quebra de sigilos telefônicos, busca e apreensões⁶¹⁸.

⁶¹⁴ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p.163.

⁶¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961.

⁶¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191-196.

⁶¹⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 412-461.

⁶¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 162-163.

É Franklyn Roger Alves Silva⁶¹⁹ quem argumenta que a natureza jurídica do ato, no Brasil, dependerá da qualidade do defensor que o realizar, uma vez que, quando realizado por defensor público, restará como procedimento de investigação defensiva pública, ao passo que, quando realizado por advogado, terá natureza de ato particular. Isto porque, ainda que o art. 2º, §§ 1º, do EOAB preveja que o advogado presta serviço de natureza pública, haveria uma distinção hipoteticamente formal, posto que produzido por defensor particular, seara que necessita de ser melhor definida. Entretanto, a natureza pública ou particular não necessariamente implica distinções acerca do ‘valor para a formação do convencimento’, que é inerente à investigação preliminar e do qual deve ser revestida a investigação criminal defensiva.

Já Aury Lopes Junior⁶²⁰ explica que a atividade de natureza particular é realizada com garantias constitucionais decorrentes do *múnus público* advindo do art. 133 da CF/1988, que dispõe o advogado como ‘indispensável à administração da justiça’.

Desta natureza – ato em defesa do constituído – reside a disponibilidade do ato quanto à informação ou não, pelo inquérito policial ou ação penal, e na análise da melhor oportunidade do momento de apresentar a prova. Por ser ato nos interesses do representado, dele decorre o direito de não acrescentar prova em desfavor da pessoa defendida, uma vez que o advogado é constituído por pessoa que visa à sua defesa e a autoridade policial, na investigação, está imbuída do dever e do interesse público inerente ao ato, devendo colher prova tanto em favor, quanto contrária à tese de origem, vinda da *notícia*.

Alexandre Cesar dos Santos⁶²¹, na mesma linha, sustenta que a investigação criminal defensiva como método encontra sua fundamentação teórica no direito nacional e no comparado, a demonstrar a viabilidade do exercício de defesa, como um direito ampliado sob a ótica metodológica e meio do contraditório proativo. Essa dinâmica permite a paridade de armas – pela possibilidade de se produzir defensiva proativa, como lógica do Estado Democrático de Direito – o que leva à concretização do cânone constitucional da justa persecução penal. Atualmente, a investigação criminal defensiva é estabelecida pelo Provimento n. 188/2018 da OAB, cuja dimensão alcança importantes aspectos pragmáticos atinentes à atuação defensiva no inquérito policial.

⁶¹⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 71.

⁶²⁰ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 190.

⁶²¹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 163.

5.6 O Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB – aspectos procedimentais da defesa ativa

Enquanto o Poder Judiciário se manteve com os debates e a redação que culminaram com a edição do “Pacote Anticrime”, a investigação defensiva foi sedimentada no campo administrativo pelo Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB⁶²², que atribuiu ao advogado a competência e o poder de exercitar a investigação em âmbito defensivo, estabelecendo parâmetros logísticos, procedimentais e principiológicos próprios. O conceito do ato investigativo contido no Provimento n. 188/2018 está sedimentado em seu art. 1º:

Art. 1º. Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Já nas primeiras linhas, anuncia-se a quem é dado o encargo da direção do procedimento: o advogado, que, fazendo-se ou não valer de peritos, dará origem à investigação defensiva. Neste sentido, reafirma Alexandre Cesar dos Santos⁶²³, que a defesa poderá realizar seu caderno investigativo, nos moldes de um procedimento que antecede à ação e que visa, sob os cuidados do advogado, com o uso dos métodos investigativos (perícias, laudos), formar elementos técnicos – prospecção da prova – que poderão ser úteis na fase processual, até mesmo à investigação pública, momento em que poderá servir inclusive à autoridade policial.

A assertiva encontra consonância com o art. 2º, posto que o provimento dispõe sobre o momento em que a investigação defensiva poderá ser realizada em todas as fases da persecução, e na fase preliminar, ou para servir de base à revisão criminal, dando amplos poderes ao advogado para realizar a atividade defensiva.

O art. 3º do Provimento elenca rol exemplificativo acerca da orientação quanto ao uso do caderno, entre eles, no inciso I, pedido de instauração ou trancamento de inquéritos, pedidos de ações cautelares e, no inciso XI, outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

⁶²² KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 151.

⁶²³ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 163.

Também o art. 4º estabelece a possibilidade de que, no ato, sejam realizadas oitivas, pesquise-se dados, requeiram-se providências e informações em órgãos públicos e particulares, além da viabilidade do uso de colaboradores, como técnicos peritos, detetives particulares e outros meios auxiliares ao trabalho de campo, além de realizar reconstituições, excetuados os atos atinentes à reserva jurisdicional. É de critério discricionário a informação do ato ao MP e à polícia. O art. 6º estabelece a partilha de tudo conquanto for reunido no ato, a depender da expressa autorização da pessoa que o constituiu para o ato.

Quanto à competência, é ato exclusivo do advogado (art. 7º do Provimento n. 188/2018): “As atividades descritas são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional”. Partindo-se dessa premissa, a investigação defensiva é ato atinente à competência do advogado, cujos atos são valorados em respeito à dignidade da profissão, nos termos do art. 133 da CF/1988, que colaciona a atividade como ‘indispensável à administração da justiça’⁶²⁴.

Assim, a atividade e a competência culminam, segundo André Augusto Mendes Machado⁶²⁵, enquanto ato jurídico de natureza privada, realizada por profissional que, constituído, por seus próprios objetivos de defesa, não precisará apurar fatos relevantes atinentes à investigação pública, mas sim, formar ou efetivar as informações necessárias à defesa da pessoa sobre quem recair a imputação. Tanto esta é sua natureza que o advogado não precisa comunicar seus atos ou resultado às autoridades – seja a polícia judiciária, seja o *parquet* ou a ação penal, pois seus atos estão sob o sigilo da profissão, enquanto a investigação de natureza pública deve pautar-se no interesse público de promoção da justiça e servir de meio para se esclarecer a notícia crime.

A exclusividade de que seja ato praticado por advogado não impede que a competência seja estendida às defensorias, conforme reitera Vanessa Moraes Kiss⁶²⁶. Igualmente, Alexandre Cesar dos Santos⁶²⁷ argumenta pela viabilidade do exercício da atividade pelas defensorias públicas, e pondera que, quando a investigação criminal defensiva for realizada por estas, por se encontrarem na esfera pública, adotarão natureza estatal e oficial.

Ainda, considerando que a investigação criminal defensiva pode servir de contraponto à tese investigativa estatal, como parte da dignidade quântica que produz um círculo de proteção

⁶²⁴ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva na investigação criminal defensiva. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro** Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, jul. 2023, p. 145.

⁶²⁵ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 136.

⁶²⁶ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 75.

⁶²⁷ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 162.

sobre a pessoa, no âmbito investigativo, ela integra uma nova possibilidade: se até então, por força do Súmula Vinculante n. 14, entendia-se o contraditório mitigado ou postergado na investigação, desta monta, restando resquícios inquisitórios no procedimento, com o instrumento, passa-se a ter meios de exercício de contraditório ativo, uma vez que, segundo André Augusto Mendes Machado⁶²⁸, esta possui caráter mais abrangente, diferente da reação defensiva à imputação, realizada na investigação pública. Nesta última, o advogado pode proativamente e preventivamente atuar na defesa da pessoa sob o qual recaia o risco da dúvida estatal. Assim, se na investigação pública, o advogado é coadjuvante do ato do Estado, na investigação defensiva investigativa poderá adotar postura proativa de defesa.

O advogado poderá também determinar o encaminhamento dos atos defensivos e praticar atos de investigação – os quais, como visto, não são provas no sentido estrito, mas no sentido extensivo à condição da dignidade – como contraponto à investigação policial, com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos para a defesa do imputado⁶²⁹.

A observação do autor encontra perfeita consonância com o conceito de investigação criminal, pois, conforme explica Célio Jacinto Santos⁶³⁰, sob a acepção policial, investigar é “descobrir algo, o autor do crime, os elementos sensíveis deixados pelo criminoso, as circunstâncias e motivações do evento. É a busca do dimensionamento do feito e do dano provocados pelo agente e a indicação provisória da responsabilidade penal”. É a atividade de colher os elementos que virão a informar a síntese da reconstrução dos objetivos.

O Provimento n. 188/2018 é um importante instrumento de produção do exercício da defesa, exercida de modo ativo – e não somente na qualidade de reação à imputação ou dúvida estatal – pois sequer está atrelado a ela. Se, por um lado, permite o contraditório proativo, quando utilizado como contraposição à hipótese investigativa pública – entre estas, a policial – por outro, pode ser exercida com liberalidade de tese defensiva, que poderá reunir tudo o que entender pertinente ao procedimento e a eventual esclarecimento a ser levado à ação penal. Também é ato atinente à dignidade da pessoa e da profissão, pois confere ao advogado a possibilidade de requerer medidas e realizar procedimentos, como registro em atas notariais, oitiva de testemunha, ou pedir medidas cautelares, em caráter defensivo – tudo conforme visto pela doutrina pátria.

⁶²⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 42.

⁶²⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 162-163.

⁶³⁰ SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 67.

Vanessa Moraes Kiss argumenta que o Provimento n. 188/2018 contém apenas oito artigos, demonstrando que o instrumento visa ‘demarcar delineamentos gerais para o instituto, estabelecendo uma disciplina inicial e longe de ser exaustiva’ acerca de sua matéria⁶³¹.

5.7 A investigação criminal defensiva como meio de exercício da ampla defesa, o contraditório constitucional e a viabilidade de contraprodução ao caderno policial

A atividade da investigação criminal defensiva encontra arrimo em inúmeros instrumentos e recebe a influência de diversos tratados de humanização, em âmbito normativo e declaratório e convencional. Dentre os marcos importantes para a história da humanidade, citam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em seu art. 11.1, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), em seu art. 6.3, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (1969) –, art. 8º, itens 1,2, ‘b’, ‘c’, ‘d’ ‘e’ e ‘f’⁶³², e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14, que atribui ao imputado o direito de defesa técnica, com seu devido tempo e meio necessário⁶³³.

São diversos os apontamentos constitucionais em torno da matéria e dos direitos de defesa à luz da investigação criminal defensiva. Aury Lopes Junior⁶³⁴ analisa que a investigação criminal defensiva é estrita decorrência dos direitos dispostos no art. 5º, LV, da CF/1988, portanto, não se trata de uma inovação, mas de um ato regulador da atividade defensiva realizada por advogado. Franklyn Alves Silva destaca o art. 5º, LV, da CF/1988, como o aporte normativo do direito à investigação criminal defensiva⁶³⁵.

No campo jurídico nacional, Vanessa Moraes Kiss⁶³⁶ elenca a investigação defensiva decorrente das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988), da ampla defesa e do contraditório, e por conseguinte, do próprio direito deles decorrente, a formulação da prova. Sob este prisma, acrescenta Franklyn Alves Silva:

⁶³¹ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 149.

⁶³² KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 137.

⁶³³ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 55.

⁶³⁴ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

⁶³⁵ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 55.

⁶³⁶ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022. p. 137-138.

Não é por outra razão que o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994) e a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80/1994) asseguram ao indiciado a assistência jurídica desde o inquérito policial e até após o trânsito em julgado da ação penal, de modo que o acompanhamento da coleta de elementos de formação do convencimento seja a mais completa possível⁶³⁷.

Gustavo Badaró explica que a defesa como um instituto é realizada como autodefesa e defesa técnica, esta última, por meio do exercício de profissional habilitado, cuja ação permitirá a paridade de armas⁶³⁸. Neste sentido, a produção probatória é “o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório”.

Segundo o art. 3º do Provimento n. 188/2018, a prova produzida pode ser utilizada em vários momentos da persecução criminal, seja no inquérito policial, seja para pedir o trancamento de inquérito. Por consequência, realiza-se a ampla defesa e o contraditório no inquérito policial e a necessária paridade de armas no sistema acusatório durante a ação penal. Essa logística aparenta ter consonância com o momento e o juízo de valor contido desde a origem da persecução criminal, até mesmo na própria sentença, pois, como explica Eduardo Spíndola Filho⁶³⁹, o julgador poderá firmar seu conhecimento da ação no inquérito policial – essa é também a inteligência da redação atual do art. 155 do CPP/1941.

Para Franklyn Roger Alves Silva, a participação da defesa ainda durante a investigação preliminar permite que o defensor – advogado ou defensor público – possam exercer a defesa e tutelar os direitos da pessoa imputada, eis que o indiciado (ou imputado, ainda que informalmente, como explica Antônio Scarance Fernandes), já não é mais objeto de investigação. O fato a ser apurado é que se constitui no objeto; a pessoa investigada é sujeito de direitos, com todas as garantias asseguradas, nelas incluída o contraditório. O contraditório não pode ser visto apenas como ciência e reação, o que seria diminuir a possibilidade de exercício desse princípio. Enxergá-lo dessa forma é se ater a uma visão reducionista do princípio. Nesta toada, a investigação criminal defensiva garante meios de participação na relação a ser constituída e a possibilidade de assim exercer a influência sobre o juiz, na tomada da decisão, como uma terceira característica do princípio⁶⁴⁰.

⁶³⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023.

⁶³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. v. 6. 9. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 58.

⁶³⁹ ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

⁶⁴⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023.

Desta forma, como pondera Franklyn Roger Alves Silva, a ampla defesa exercida na investigação criminal defensiva tem como substrato o direito à formação probatória, como parte do devido processo legal e da paridade de armas, uma vez que a pessoa, a partir das diretrizes constitucionais, não é mais ‘objeto de perquirição’, mas exerce sua condição de pessoa pela possibilidade de contradizer o fato apurado⁶⁴¹.

A condição de pessoa, vinda desde o inquérito e que nele se reveste como reação, na investigação defensiva ganha a particularidade de poder inferir no procedimento investigativo estatal, conforme preceitua Marta Saad:

Em verdade, o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro titular de direitos que dentro dele exerce. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre⁶⁴².

Quanto à capacidade de a investigação criminal defensiva influenciar no juízo de ponderação da autoridade, Franklyn Roger Alves Silva pondera:

Apesar de pouco explorado no processo penal, o aspecto da influência decorrente do contraditório é essencial para compreendermos a utilidade da investigação defensiva, já que a atividade probatória não se resume apenas ao ato de produção, mas também ao de interferir na sua valoração. Torna-se natural concluir que, por trás da ampla defesa e do contraditório, é possível desdobrar uma série de direitos e garantias, dentre as quais a possibilidade de investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória, esse último derivado do devido processo legal e da paridade de armas⁶⁴³.

Esses aspectos ganham ainda a função de contraprodução à investigação criminal pública, o inquérito policial, do qual recebem o aspecto de ampla defesa proativa e de contraditório – este não mais diferido, posto que “o contraditório também exerce seu papel axiológico na investigação criminal defensiva na medida em que a pesquisa desempenhada pela defesa nada mais é do que uma resposta à atividade persecutória punitiva”.

Para Vanessa Moraes Kiss⁶⁴⁴, a ideia de contraditório defendida pela doutrina no inquérito é de modalidade diferida, ou seja, postergada (Súmula Vinculante n. 14) e vinculada

⁶⁴¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 60.

⁶⁴² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004.

⁶⁴³ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023.

⁶⁴⁴ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 83.

à reação à imputação, enquanto investigação defensiva realiza a possibilidade de pesquisa própria e colheita de elementos os quais a defesa entenda pertinentes, mesmo relacionadas ao fato contido na imputação da investigação criminal estatal. Ou seja, a racionalidade da investigação não fica adstrita à investigação policial.

Assim, se existe franca divergência quanto à viabilidade ou não da defesa – e por conseguinte, do contraditório – na investigação criminal estatal, a investigação criminal defensiva se torna um ponto de convergência, que pode representar a resposta à efetividade do exercício de defesa na fase investigativa estatal, como discorre Franklyn Roger Alves Silva:

A partir desses objetivos, a defesa realiza diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. Poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificar a verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária⁶⁴⁵.

Alexandre Cesar dos Santos⁶⁴⁶, no mesmo sentido, argumenta que o instituto parece acomodar os direitos da pessoa e formular um novo modo de processo acusatório no país. Diante disso, a defesa no inquérito policial se realiza à luz de um procedimento próprio, a investigação criminal defensiva, um meio de conformação entre a tensão provocada pelos direitos constitucionais e a legislação sobre a matéria.

Essa capacidade da investigação defensiva de contradizer a imputação, Alexandre Cesar dos Santos⁶⁴⁷ chama de contraditório proativo, ou seja, o direito da defesa de também produzir elementos informativos, seja para integrar a ação penal, seja para compor o caderno investigativo da polícia e, assim, servir ao juízo de cognição da autoridade policial na realização do relatório – para promover ou não a imputação/qualidade de ‘indiciado’, produzir o relatório e enviar ao titular da ação penal, o Ministério Público.

Aliás, esse direito se aperfeiçoa pela possibilidade de o MP servir-se também desses elementos colhidos, vez que o Estado tem por finalidade evitar ações penais vazias⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 65.

⁶⁴⁶ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023, p. 120.

⁶⁴⁷ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023, p. 174.

⁶⁴⁸ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023, p. 174.

Ao conferir a faculdade da defesa de juntar o caderno defensivo no inquérito policial, ou seja, na investigação de natureza pública, o Provimento n. 188/2018 possibilita o livre exercício da ampla defesa, ainda que o contraditório seja mitigado em relação ao ato investigativo, através do direito à produção do elemento probatório, pois a ampla defesa se consubstancia pela atuação da defesa técnica, desde a imputação⁶⁴⁹.

Alexandre Cesar dos Santos⁶⁵⁰ pontua sobre a atuação do advogado e da produção de prova pelo profissional. Segundo o autor, esta atribuição pode ser uma forma de se garantir os direitos da pessoa acusada. Isto porque, a ‘tensão do modelo persecutório criminal brasileiro’ parece buscar meios de conformação entre sua logística atual e os direitos da pessoa investigada, uma vez que o inquérito, instrumento que deve ser visto como instituto jurídico dotado de suas imbricadas questões históricas e sociais, encontra maior viabilidade pragmática, atualmente, por meio do exercício do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal defensiva.

A lógica ainda é reforçada porque, a investigação criminal defensiva, na fase preliminar, também se destinará, na opinião de Franklyn Roger Alves Silva⁶⁵¹, para formar a *opinio delicti*, de maneira que sua procedimentalização deve ser resguardada, a fim de se assegurar o ato quanto à sua licitude e veracidade.

Assim, a investigação defensiva na fase da investigação preliminar também permite à defesa contraproduzir ativamente e ter o direito de *influir* sobre a opinião do MP, o que pode ocorrer tanto no sentido da *opinio delicti* positiva, ou seja do juízo de viabilidade da ação, quanto da *opinio delicti* negativa, quando poderá promover o arquivamento.

Nesse sentido, ainda no campo do inquérito policial, Fábio Motta Lopes⁶⁵² defende que o *status dignitatis* da pessoa investigada deve ser preservado, superada a ideia de que seria apenas ‘mero ato administrativo’, pois o respeito à dignidade da pessoa não ofende à investigação lícita e formal do Estado. Na avaliação de Alexandre Cesar dos Santos⁶⁵³, a atividade da investigação criminal defensiva também poderá se dirigir à autoridade policial – além do MP – e ao próprio juízo, uma vez que a prova, ou elemento probatório ‘destina-se à

⁶⁴⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 102-273.

⁶⁵⁰ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 55-95.

⁶⁵¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 72.

⁶⁵² LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

⁶⁵³ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 120.

reconstrução histórica dos fatos, elucidação fática, mesmo que não seja uma certeza absoluta, sua valoração deverá ser submetida ao contraditório na fase da instrução processual’.

Também sob o aspecto da viabilidade da investigação defensiva como exercício de contraditório proativo – ou seja – a contraprodução à imputação, defende Alexandre Cesar dos Santos⁶⁵⁴ que, se o extenso conjunto de leis trazido pela Súmula Vinculante n. 14, art. 7º, XIV, – sem prejuízo dos demais direitos já trazidos neste trabalho, a coligação entre a atuação defensiva no inquérito policial e a atuação da defesa no inquérito criminal defensivo representa a junção destas, no inquérito policial

é admitido o contraditório diferido ou postergado, bem como a ampla defesa [...] o contraditório proativo, a produção de prova diretamente pela defesa técnica em paridade de armas, não há a necessidade de requerimento à autoridade policial, nos termos do art. 14 do Código de Ritos, em razão do direito fundamental de se defender provando, que se materializa na investigação criminal defensiva⁶⁵⁵.

A investigação criminal defensiva importa também ao Estado, pois a investigação policial serve como ‘filtro processual’ para garantir a presunção de inocência da pessoa, que pode, ao ser investigada, ser levada ao crivo da ação penal, de maneira que a investigação criminal, ou o inquérito, por si, como pondera Fábio Motta Lopes⁶⁵⁶, já vai de encontro ao *status dignitatis* da pessoa investigada.

Por fim, a defesa no campo defensivo, sob as luzes da dignidade, também se reveste do aspecto econômico, uma vez que a atuação estatal demanda custos e recursos da ordem econômica estatal: “importa compatibilizar o capitalismo, tendo como vetor a evolução do homem e de todos os homens, com a singularidade dimensional dos direitos humanos”⁶⁵⁷. Diante disso, é parte do Estado neoliberal “tornar o ambiente propício à livre e eficiente alocação de recursos econômicos disponíveis, assegurada pela regência jurídica da economia”⁶⁵⁸.

A própria singularidade do capitalismo humanista preleciona que os direitos humanos estão umbilicalmente ligados ao capitalismo e ao Estado de Direito, cumprindo à luz do direito

⁶⁵⁴ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 102.

⁶⁵⁵ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 102.

⁶⁵⁶ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 24.

⁶⁵⁷ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 242.

⁶⁵⁸ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p.250.

quântico – que foge da concepção mecanicista dos instrumentos e alcança a consubstancialidade do direito como direito positivo, direitos humanos e direito realidade: é a singularidade quântica⁶⁵⁹ no qual se arrima o capitalismo humanista. É o Estado, enquanto associação política, como afirma Ricardo Hasson Sayeg⁶⁶⁰.

5.8 Questões atinentes à força normativa da defesa – a necessária proteção do Provimento n. 188/2018: a paridade de armas

Algumas questões precisam ser respondidas acerca da matéria, pois o Provimento n. 188 da OAB é um importante instrumento de produção ativa do exercício da defesa e não somente na qualidade de reação à imputação ou dúvida estatal, eis que sequer está atrelado a ela. Também é ato atinente à dignidade da pessoa, pois confere ao advogado a possibilidade de requerer medidas e realizar procedimentos inerentes à dignidade e à condição de inocência da pessoa, como registro em atas notariais, oitiva de testemunha, ou pedir medidas cautelares, em caráter defensivo, ainda que não tenha sido recepcionado pelo CPP/1941, o que, segundo Vanessa Moraes Kiss⁶⁶¹, promoveria maior segurança jurídica ao meio, ‘de modo a garantir maior fiabilidade às informações colhidas pela defesa no desempenho deste *múnus*’.

Entretanto, a ausência do poder de polícia dificulta a efetiva atuação da atividade investigativa defensiva⁶⁶². Isso porque, a grande questão da defesa técnica, sobretudo sob a lógica da investigação de natureza pública, está na capacidade de que o elemento colhido seja *considerado* pelos agentes – seja o responsável pela investigação pública, seja o próprio Ministério Público, ao receber o caderno investigativo. Dessa forma, pode ser produzido, ainda que de forma particular, pois o amplo leque de direitos atribuí à defesa atos como reação à imputação e por meio do Provimento (defesa proativa). Todavia, na prática, conforme esclarece Antônio Scarance Fernandes, os elementos produzidos pela defesa são vistos com desconfiança por promotores e por juízes⁶⁶³.

A questão influencia diversos aspectos do procedimento. Primeiramente, quanto à atividade investigativa e a capacidade de *exigibilidade* de cumprimento de requisições

⁶⁵⁹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p.286.

⁶⁶⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 283.

⁶⁶¹ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 142.

⁶⁶² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 136.

⁶⁶³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005, p. 99.

realizadas em âmbito defensivo, que não conta com o poder de polícia⁶⁶⁴. Posteriormente, a questão versa sobre a carga valorativa atribuída aos elementos reunidos na investigação defensiva. Isso porque, na Itália, onde o instituto é regulamentado, a investigação defensiva é vista com certa desconfiança, por se tratar de ato unilateral, da parte⁶⁶⁵, o que seria visto como prejuízo à veracidade do elemento colhido.

André Augusto Mendes Machado⁶⁶⁶ observa que, a despeito da desconfiança mencionada acima, a legislação italiana adotou que tudo conquanto for colhido em âmbito de investigação criminal defensiva, na Itália, equivalerá aos atos da investigação pública, ainda que a convicção do magistrado seja impossível de ser dimensionada. Compete às defesas, nesses casos, avaliar se seus atos foram utilizados na decisão judicial de forma equânime.

No Brasil, o tema poderia dar maior amplitude ao instituto, sobretudo porque a grande questão da defesa técnica, sob a lógica da investigação de natureza pública, está na capacidade de o elemento colhido ser *considerado* pelos agentes – seja o responsável pela investigação pública, seja o MP, ao receber o caderno investigativo – produzindo, ainda que de forma particular. Isto porque, o amplo leque de direitos expendidos atribui à defesa atos de defesa como reação à imputação e pelo Provimento, atribuídos à defesa proativa. Entretanto, na prática, conforme esclarece Antônio Scarance Fernandes, os elementos produzidos pela defesa são vistos com desconfiança por promotores e juízes, e pouco considerados. Diante disso, o valor do trabalho defensivo se encontra em disparidade em relação aos elementos produzidos pelos agentes públicos⁶⁶⁷.

Assim, a normatização pelo CPP/1941 como ato de natureza procedimental (quando realizada em âmbito investigativo que poderá se incorporar ao caderno investigativo policial), parece fazer mais sentido, seja para ganhar força normativa de entrada no caderno investigativo (ainda que em autos apartados), seja para normatizar sua entrada na investigação estatal.

A defesa importa ao esclarecimento do fato. Ao agente representante do Estado no ato, como meio ao juízo de discricionariedade da autoridade que investiga, cumpre a função da investigação estatal, eis que não é finalidade desta *imputar* conduta a alguém, mas aferir o fato, em prol da sociedade; ou para o Ministério Público, para que se equipare a peça informativa da

⁶⁶⁴ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023, p. 140.

⁶⁶⁵ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 171.

⁶⁶⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 139.

⁶⁶⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005, p. 99.

defesa, e assim possa inferir no juízo de probabilidade e viabilidade da ação penal, a *opinio delict* e adiante, na própria ação penal e/ou revisional.

A fiabilidade do elemento colhido na defesa, mais que o procedimento em si, é prejuízo na ação penal superveniente do ato investigativo, pois conforme pondera Eduardo Schneider Machado⁶⁶⁸, ‘a secular tradição de investigações inquisitoriais’ atribui maior juízo de credibilidade ao ato do estado, independente se reunidos pela investigação criminal defensiva ou naqueles autos de investigação pública.

Assim, a ausência de parâmetros jurídicos ampliados sobre a disciplina aponta algumas dificuldades, entre elas, a criminalização da atividade lícita de advocacia, em prejuízo da dignidade da profissão:

Estamos, na verdade, em um momento normativo de sombras, em que cabe ao legislador definir os estreitos limites da atuação defensiva com vistas à sua própria segurança, evitando-se a incidência de figuras típicas como nos casos em que a defesa esteja agindo de boa-fé, sujeitando-se a transtornos derivados de equívocos interpretativos por parte dos agentes estatais⁶⁶⁹.

O risco já mencionado neste trabalho é relacionado a sintomas sociais, como enunciam Ricardo Hasson Sayeg, (‘a paranoia punitivista’) e Josimary Rocha de Vilhena (‘sociedade vingativa ou rancorosa’). Entretanto, defende-se a essencialidade constitucional da profissão do advogado (art. 133 da CF/1988) e a própria igualdade – ou paridade de armas, ainda no âmbito investigativo, através da investigação defensiva.

Franklyn Roger Alves Silva pondera em igual sentido, e argumenta: “essa zona de penumbra não representa um obstáculo à realização da investigação defensiva”, servindo como “apenas um alerta a quem a realiza, daí a necessidade de se enxergar uma capacidade normativa plural. Ainda que anseie pela regulamentação a nível legislativo, os órgãos de defesa podem avançar seus primeiros passos no trato do tema”⁶⁷⁰.

Segundo Aury Lopes Junior, a investigação defensiva, seja na esfera da investigação preliminar ou no curso da ação, tem finalidade de proteger a própria atividade investigativa/probatória, uma vez que o advogado está protegido pela normativa e pode realizar a defesa de forma mais ampla. Um exemplo: é possível entrar em contato com testemunhas, para conhecer dos fatos e, até, se for o caso, mediante seu consentimento, colher seu depoimento

⁶⁶⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 138.

⁶⁶⁹ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 Out. 2023, p. 63.

⁶⁷⁰ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 Out. 2023, p. 64.

e ‘produzir perícias, recorrer a laudos e pareceres técnicos, fazer a reconstituição do fato, enfim, atuar no sentido de obter elementos probatórios no interesse da defesa’⁶⁷¹.

A investigação não pode jamais gerar ‘confusão’ quanto à atividade defensiva ou ser confundida com qualquer tentativa de ‘embaraçar a atividade estatal, tampouco vista como meio para se promover qualquer retirada de competência da polícia judiciária, e sim, vista como atuação defensiva de direito à prova, como equalizadora da disparidade de armas’⁶⁷².

Neste mesmo sentido, Franklyn Roger Alves Silva reflete sobre a necessária fisiologia acusatória do processo, dando à função da defesa novas referências, pois “de nada adianta falar em aptidão probatória se não reconhecida a paridade e o equilíbrio de armas entre os sujeitos”⁶⁷³.

Conforme trazido sobre os direitos de informação e acesso no inquérito policial, a investigação criminal defensiva, sob o aspecto do contraditório proativo no inquérito policial, perpassa pela emblemática questão da ciência do fato investigado, ou melhor, do fato imputado por múltiplos fatores.

Primeiramente, porque, segundo Antônio Scarance Fernandes, não existe no Brasil o ato conhecido como ‘informação de garantia’, o qual, antes da reforma de 1995 do CPPi, previa que a pessoa seria informada sobre a investigação em seu desfavor. Entretanto, em razão de características sociais atribuídas à informação de garantia – que à época passou a ser vista como antecipação de juízo de culpa, atingindo figuras públicas da Itália, este direito foi modificado e a informação de garantia passou a ser dada, na investigação, a partir do momento em que a pessoa precisasse de defensor técnico constituído. Entretanto, culminou por assimilar-se à condição no Brasil, neste aspecto, uma vez que ‘o imputado só passa a ter ciência da investigação quando é interrogado a respeito do crime ou é contra ele ou contra coisa de sua propriedade e de seu interesse, determinada alguma medida de caráter restritivo’⁶⁷⁴.

Nesse sentido, as mesmas questões atinentes ao inquérito policial atingem a finalidade da investigação defensiva, em âmbito preliminar: o direito à informação, o direito de acesso ao conteúdo do caderno investigativo policial, ou seja, o corpo instrumentalizado da investigação estatal, para ser possível contradizer a imputação estatal, esclarecer os eventos,

⁶⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193.

⁶⁷² LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

⁶⁷³ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 43.

⁶⁷⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p. 110-115.

com liberdade de atividade investigativa pela própria defesa. São esses seus elementos ensejadores e que encontram harmonia do sentido pragmático da investigação defensiva.

Essas questões, portanto, poderiam equacionar *proporcionalmente* a possibilidade de produzir os documentos e os elementos necessários à elucidação dos fatos. Para Willis Santiago Guerra Filho, a proporcionalidade subdivide-se em ‘exigibilidade’ e ‘adequação’, ou seja, dentro do ‘faticamente possível, o meio escolhido se preste a atingir o fim estabelecido, mostrando-se assim adequado’, ou seja, ‘que não haja outro de qualquer modo mais eficaz ou menos danoso a direitos fundamentais’⁶⁷⁵.

Nesse sentido, ao analisar o direito de ciência do advogado aos autos do inquérito policial, Nestor Távora⁶⁷⁶ discorre sobre a necessidade de se fortalecer os mecanismos dispostos na Súmula Vinculante n. 14, a fim de serem cumpridos. Ainda, para o autor, mesmo a previsão contida no art. 7º, XXI, ‘a’, fruto das alterações promovida pela Lei n. 13.245/2016 no Estatuto da OAB, já adota condições dentro do inquérito policial, que possibilitam ao advogado, na própria investigação estatal, exercer funções similares à investigação defensiva, atribuindo, no inquérito, uma regrada porção de contraditório e de defesa, a qual, ainda que não seja ampla, assegura a ‘paridade de armas’. A questão, para Nestor Távora, é o cumprimento dessa medida para a prática defensiva.

Outro ponto atinente à questão social e política do instituto da investigação criminal defensiva é a ausência de aparato técnico das defensorias públicas para o exercício desta forma de defesa. Em sua maioria, ela é realizada por pessoas com maior potencial econômico, o que poderia promover a desigualdade formal entre as pessoas no âmbito da defesa técnica, em fase investigativa.

Também, a falta do poder de polícia na requisição, ou seja, da capacidade de *exigir informações* fragilizariam a defesa proativa ou o contraditório proativo. Sob o ponto de vista da atividade profissional realizada por advogado particular, há o risco de se criminalizar a atividade, baseada na perspectiva de ato unilateral, atrelado à ausência de balizas normativas⁶⁷⁷.

A fiabilidade da investigação ganha outras dimensões ético-valorativas. A primeira delas diz respeito à necessária proteção do elemento colhido, ainda na investigação, pela investigação defensiva. Com isso, a ausência de credibilidade do instrumento pode ser

⁶⁷⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 98.

⁶⁷⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 141.

⁶⁷⁷ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022. p.182.

fragilizada diante do entendimento de que a defesa, como ato dotado de unilateralidade, poderia “destruir, camuflar ou contaminar provas, com a finalidade de dissimular crimes”⁶⁷⁸.

Segundo Vanessa Moraes Kiss⁶⁷⁹, uma vez que a investigação criminal defensiva não é regulamentada apenas quanto ao defensor, mas aos técnicos que poderão ser chamados a participar do ato, quanto a estes, também é necessário se firmar as matrizes da dimensão de sua representação processual, desde que sempre, sob a fiscalização do condutor, o advogado.

Todas essas questões aportam o debate de um novo Código de Processo Penal, no qual a investigação defensiva poderá ter suas vertentes de atuação dirimidas e dimensionadas no próprio instrumento régio. Aliás, as ponderações dos autores sobre a investigação criminal defensiva e o direito à defesa no inquérito policial adensam o tema sobre uma necessária recodificação.

A atual estrutura normativa relembra as condições da legislação penal, a qual, conforme refletem Antonio Carlos da Ponte e Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki⁶⁸⁰, apresenta grande pluralidade de legislações externas. Ambos entendem pela necessária recodificação, posto que, “de tempos em tempos, quando o excesso normativo se intensifica, mostra-se necessário refletir sobre a uniformização de sistemas jurídicos”.

Os reflexos desta quantidade de normas também parecem atingir o processo penal, cuja vigência do CPC/1941 é similar à do CP/1940, ao superar 80 anos. Os critérios voltados às normas externas reguladoras, ainda no campo dessa pesquisa, a atividade defensiva, demonstram a necessária adequação do conjunto normativo pela codificação, conforme pondera Nestor Távora⁶⁸¹: “não precisaríamos de tantas regras para fazer valer direitos fundamentais se a Constituição de 1988 não tivesse baixa aplicação”.

Nesse sentido, relembra-se Willis Santiago Guerra Filho⁶⁸² acerca da dignidade e do princípio da proporcionalidade como método de adequação e de exigibilidade no campo

⁶⁷⁸ SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023, p.142.

⁶⁷⁹ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p.183-185

⁶⁸⁰ PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e de consolidação do direito penal brasileiro. **Humanidades & Tecnologia em Revista**, ano XII, v. 13, jan.-dez. 2018, p. 99. Disponível em: <https://www.finom.edu.br/assets/site/paginas/files/downloads/20181127121139.pdf#page=99>. 04 nov. 2023.

⁶⁸¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 143.

⁶⁸² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 306.

normativo. Defende o autor que o meio deve ser eficaz e menos danoso à dignidade, inerente à condição humana, como dito por Hannah Arendt, como ‘exercício de vida ativa’⁶⁸³.

Segundo a doutrina aqui esposada, o Provimento n. 188/2018 da OAB é um importante instrumento pragmático de regularização do exercício da atividade defensiva proativa e da possibilidade de gestão do procedimento e da prova, à luz da defesa. Necessário ainda, conforme pondera Vanessa Moraes Kiss⁶⁸⁴, estabelecer melhores balizas quanto à atuação e à capacidade de requisição do advogado, que não tem poder de polícia para requerer documentos, por exemplo. Ainda, conforme argumenta Franklyn Roger Alves Silva, que conste por previsão normativa o estabelecimento dos seguintes pontos:

1) o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que pode ser realizada; 2) as diligências e seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação; 3) o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de utilização no inquérito policial, procedimento investigatório e ação penal ou qualquer outro momento procedimental; 4) a possibilidade de investigação defensiva em favor das vítimas; 5) o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que farão parte; 6) a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva⁶⁸⁵.

Por outro lado, ao se consultar a tramitação do Projeto n. 8.045/2010, observa-se que a comissão fora extinta⁶⁸⁶ e que, em seu lugar, há um outro grupo de trabalho, criado com a finalidade de trabalhar o novo CPP/1941⁶⁸⁷.

Ainda, o vultoso número de legislações espaçadas sobre o tema – tanto relativas aos direitos acolhidos no inquérito policial, quanto à extensão da defesa pelo exercício da defesa proativa pela investigação criminal defensiva – aponta para a recodificação como uma possível resposta, visto que a complexidade do problema atinge a dimensão política do direito penal. Dadas as dimensões do processo penal, o movimento parece sinalizar no mesmo sentido. A

⁶⁸³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 307.

⁶⁸⁴ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 153.

⁶⁸⁵ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 68.

⁶⁸⁶ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Resumo da Comissão Especial (55ª Legislatura). Projeto de Lei n. 8.045/2010. Código de Processo Penal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (revoga o Decreto-Lei n. 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei n. 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis n. 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006). Apensado – PL n. 80.451.

⁶⁸⁷ AMPERJ. **Lira cria novo grupo de trabalho para reforma do CPP e mantém relator criticado**. 29 out. 2023. Disponível em: <https://www.amperj.org/blog/2021/06/11/grupo-de-trabalho-vai-elaborar-anteprojeto-de-reforma-do-cpp/>. Acesso em: 16 out. 2023.

noção de unicidade também é disposta no direito quântico e no capitalismo humanista, em que este trabalho finca suas balizas.

O respeito à dignidade⁶⁸⁸ significa ‘não atentar contra a natureza do homem, não impedir que essa natureza se expanda e se realize’. Assim, a natureza do sentido de ordem é ‘a disposição conveniente de seres, para a consecução de um fim comum’, ou seja, ‘a unidade do múltiplo’, pois conforme pondera Alexandre Cesar dos Santos⁶⁸⁹ “reconhecer o contraditório, a paridade de armas e a justa persecução penal, como uma amálgama de garantias fundamentais da pessoa humana durante a persecução penal” tutela a garante os direitos fundamentais da ordem constitucional.

Ricardo Hasson Sayeg⁶⁹⁰ recorda, acerca desta conjunção de direitos, que o direito é quântico, uno, quando produz uma singularidade jurídica integral, substanciada do direito positivo, dos direitos humanos e do direito realidade, expressados na ordem econômica pelo capitalismo humanista. Longe de ser questão desafeta ao capitalismo humanista, o direito à defesa, em qualquer fase, corresponde à não objetificação da pessoa. Assim, a investigação criminal defensiva permite a defesa da economia do Estado, eis que em matéria de processo penal o custo do impulso, desde a perquirição, é do Estado, e afeta, portanto a toda ordem econômica⁶⁹¹.

5.9 A investigação criminal e a investigação criminal defensiva à luz do direito comparado

A investigação criminal e os direitos de defesa são questões complexas em todos os ordenamentos jurídicos visitados. Diante disso, a fim de melhor compreender a resposta encontrada em outras nações sobre a equalização dos direitos nessa fase, analisa-se a investigação e o lugar da defesa na Itália, na Alemanha, na França, nos EUA, na Inglaterra e em Portugal. Uma vez que a adoção da investigação criminal defensiva, como recorda Carlos Alberto Garcete⁶⁹², surge como tendência moderna no processo penal contemporâneo, aborda-

⁶⁸⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: o fundamento da ordem jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 213-225.

⁶⁸⁹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 173.

⁶⁹⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 295.

⁶⁹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 69.

⁶⁹² GARCETE, Carlos Alberto. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 231.

se esse conceito e instrumento nos dois países que têm frequentemente servido de análise aos estudiosos da matéria, pela similaridade jurídica ou cultural: Itália e EUA⁶⁹³.

Países do *common law* e do *civil law* têm adotado esse sistema, cujas balizas tratadas nesta dissertação serão justamente as dos EUA e da Itália. Aquela, como parâmetro de admissão em outra estrutura normativa; esta, como a trajetória defensiva na Itália, pós Código de Rocco, do qual o CPP/1941 sofre influência direta⁶⁹⁴, e cuja busca pelos direitos humanos impulsionou as modificações surgidas, vista no estudo do direito comprado, no inquérito policial.

Gabriel Bulhões Nóbrega Dias⁶⁹⁵ explica os dois principais modelos que representam a investigação criminal defensiva: o da Itália (com o qual, pelo reforço histórico do processo penal, o Brasil se assemelha mais), e o dos EUA (com o qual a cultura brasileira tem maior familiaridade graças às questões atinentes à cultura, por exemplo, a facilidade de acesso à ficção contada nos filmes e séries americanos, nos quais a atividade defensiva é frequentemente visitada). Passa-se, então, ao exercício da investigação e da investigação defensiva nesses lugares.

5.10 A investigação e o direito à defesa da pessoa no direito comparado: a resposta encontrada em outros ordenamentos

A investigação tem uma longa trajetória para a conformação de direitos e a ponderação de valores a serem defendidos. Essa aparente dicotomia sobre a proteção Estado *versus* direito das pessoas é respondida pela própria lógica quântica proposta pelo capitalismo humanista acerca da condição do Estado como estrutura jurídica cuja finalidade é a pessoa.

Outros Estados buscaram soluções ao problema da investigação e, nesse contexto, para compreender algumas características da investigação policial no Brasil, debruça-se brevemente sobre esses modelos, embora haja ciência de que, conforme explica Fábio Motta Lopes⁶⁹⁶, ‘é sempre arriscado o estudo estrangeiro’. Isso porque, as variáveis científicas, as epistemologias jurídicas e culturais são próprias de cada sociedade, razão pela qual se passa à matéria, cientes dessa peculiaridade.

⁶⁹³ GARCETE, Carlos Alberto. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 231.

⁶⁹⁴ GARCETE, Carlos Alberto. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 231.

⁶⁹⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145, p. 83.

⁶⁹⁶ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

5.10.1 A investigação estatal e o lugar da defesa na Alemanha

Kai Ambos e Marcellus Polastri Lima⁶⁹⁷, antes de adentrarem propriamente no papel das polícias e do Ministério Público, como responsáveis pela atuação investigativa, rememoram as questões históricas vivenciadas pela Alemanha, a partir do Código Francês de 1808. Isso porque, a Alemanha, antes sob a égide do sistema inquisitivo, a partir do século XIX, passou a ver na sociedade a ampla defesa pelo sistema acusatório, rejeitando grandemente o processo inquisitivo que serviu de modelo à geração que antecedeu o período. Por isso, buscou-se extinguir o modelo que exercia a ‘ciência da perseguição ou caça’ e dar à pessoa o direito de defender-se, por audiência.

Segundo os autores, embora as críticas dirigidas ao modelo inquisitivo tenham sido ferrenhas, eram voltadas ao modelo inquisitivo desenvolvido especificamente nos séculos XVIII e XIX, em razão da natureza sigilosa da instrução, do uso da tortura e da absoluta autoridade e poder atribuídos ao juiz. Registra-se, no entanto, que na origem do sistema inquisitivo, estão a busca da verdade, a persecução penal igualitária e a identificação da autoria da conduta ilícita, além da participação da defesa⁶⁹⁸. Desse modo, a crítica sustentada se volta para o ‘processo inquisitivo desnaturalizado’, o ‘mero processo secreto a serviço de um Estado policial’, que culminou, no começo do século XIX, com o uso do processo para finalidades políticas, até que, em 1849 teve início um grande clamor pelo processo acusatório:

As bases institucionais do processo acusatório foram: com a aprovação da Ordenação Processual Penal da Prússia de 1846 e através da lei que regulamentou esta Ordenação, fazendo-se a criação de um Ministério Público junto ao Tribunal Superior (*Kammergericht*) de Berlim. Se bem que a criação do Ministério Público não foi motivada pelos nobres desejos de se reforçar os princípios do Estado de Direito – o objetivo principal desta lei era agilizar o processamento de um maior número de pessoas (aproximadamente 254) que tinham tomado parte do levante da Polônia de 1846 [...] ⁶⁹⁹.

Implementado o princípio acusatório, criou-se o MP. Diante disso, a partir de 1849, o princípio acusatório alemão deixou de ser um modelo privado para assumir um modelo público de atuação⁷⁰⁰. Antes mesmo da derradeira publicação, amplos debates se dedicavam a discutir

⁶⁹⁷ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27-30.

⁶⁹⁸ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 31.

⁶⁹⁹ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

⁷⁰⁰ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33.

a função do MP – não somente como ente em favor do Estado, mas com atuação similar na defesa da pessoa acusada, ou seja, sua conformação como ente de finalidade estatal, destituído de natureza política, de maneira que à polícia restaria a função atrelada à supervisão e à coordenação Ministerial⁷⁰¹.

Nesse contexto, o § 5 do Regulamento Alemão, em 1849, atribuiu definitivamente ao MPo o poder da ação penal, a despeito das contradições na legislação⁷⁰².

Aury Lopes Junior, ao explicar a definição e a natureza jurídica desse encaminhamento no país, descreve que a reforma havida na Alemanha, a partir de 1974, atribuiu ao MPa a missão de conduzir a investigação. Com o surgimento do MP, o modelo começava a permitir funções de julgamento e de acusação e, assim, controlar os arbítrios do Estado. A investigação, por sua vez, está definida

No § 160 da StPO e consiste na atividade a cargo do promotor, de averiguação das circunstâncias de fato contidas na notícia-crime, com o fim de tomar uma decisão sobre exercer ou não a ação penal pública. Nessa atividade, o promotor deverá verificar não só as circunstâncias que sirvam para demonstrar a responsabilidade penal, mas, também, aquelas que exculpem ao sujeito passivo. Ademais, deverá preocupar-se em recolher e documentar através do respectivo incidente de produção antecipada – aquelas provas sobre as quais exista risco de perda ou impossibilidade de posterior produção em juízo⁷⁰³.

Assim, no modelo alemão, o papel do MP ganha relevância, posto que poderá ouvir suspeitos/imputados e testemunhas, realizar todos os atos atinentes à investigação, como examinar documentos, acompanhar e pedir autópsia e sequestrar bens, isto é, solicitar os elementos necessários para a colheita de provas. Desde 1974, a Alemanha atribuiu ao MP a missão de conduzir a investigação. Entretanto, estes amplos poderes culminam de forma a transferir, de certo modo, o que seria somente a ‘preparação judicial’ para o ‘essencial’ do próprio processo, uma vez que legislação dá ao MP a possibilidade de decidir sobre o ‘futuro do procedimento’, como ‘guia de investigação preliminar, diretor e senhor dela’⁷⁰⁴.

A polícia, na Alemanha, recebe um duplo aspecto, ou categorias funcionais: uma, a serviço do Ministério Público, são os auxiliares do Ministério Público; outros, dos Policiais

⁷⁰¹ AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público**. 2008. Disponível em: mprj.mp.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁷⁰² AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público**. 2008. Disponível em: mprj.mp.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 33-34.

⁷⁰³ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377.

⁷⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377-380.

Ordinários, que não possuem o mesmo *status* dos auxiliares do *parquet*. As tarefas aos quais o MP pode requerer também têm função jurídica diversa para as duas polícias: àqueles realiza requisições, a estes, requerimentos. A diferença entre estas polícias diz respeito, sobretudo, ao poder exercido no cumprimento de determinadas tarefas, por exemplo, “a do perigo na demora de proceder”, conduta que só pode ser exercida pelas polícias auxiliares.

Entretanto, conforme antecipa Kai Ambos, a situação legal, cuja juridicidade se expôs, diverge da realidade do processo e da investigação, a qual, na prática jurídica, padece de outras questões especiais. É que a relação entre o MP e a polícia, na Alemanha, apresenta imprecisões que recaem sobre os atos jurídicos por questões diversas.

De um lado, a polícia, organizacionalmente, é vinculada ao Ministério do Exterior, enquanto o Ministério Público é vinculado ao Ministério da Justiça. Quanto à disciplina, os policiais ordinários são subordinados a seus superiores hierárquicos dentro da estrutura policial. Assim, o MP não tem nenhum poder disciplinar sobre aqueles, o que gera instabilidades na práxis da atuação policial.

Essas questões levam a disparidades pois, se de um lado, é facultada à polícia, desde que no ‘primeiro momento de atuação’, investigar feitos penais e realizar feitos que não possibilitem a dilação do ato (§ 163, I, primeiro inciso), mas com obrigação, por outro lado, a polícia é obrigada a oferecer cópia das “autuações sem demora ao MP (S 163 I, segundo inciso) e se submeter, de maneira geral, às ordens do MP (S 161, T)”. Essa conduta, porém, passou a ser tida como um ‘mandato policial’ outorgado pelo próprio MP, nos termos do § 161, I. A ordem processual ficou relegada a uma excepcionalidade, a ser utilizada em caso de urgência. Na prática,

Ao contrário da dita relação de regra-exceção, isto é, da submissão estrita da polícia ao *parquet*, fala-se em uma autorização ilimitada de funções, em regra, em se tratando de uma primeira intervenção, ou, em outras palavras, poderá, investigar feitos penais e adotar todas as medidas que não admitam demora para evitar que se atrapalhe ou se crie obstáculo à futura causa. Ademais, a última Lei de Reforma do Procedimento Penal Alemão (*Strafverfahrensänderungsgesetz StVÄG*) de 2 de agosto de 2000, converteu a atribuição originária de funções contida nos §§ 161, I, e 1.63, I, em uma cláusula geral de investigação. Ressalte-se que essa atribuição deve se limitar unicamente à faculdade de adotar medidas de investigação que sejam menos intensivas no que diz respeito ao ataque a direitos fundamentais, com mais atenção a medidas coercitivas individuais⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público**. 2008. Disponível em: mprj.mp.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 5.

Entretanto, como elenca o autor, a *práxis policial* culmina por ‘adotar uma verdadeira faculdade de investigação procedimental penal’, configurando uma ‘invasão’ da função ministerial na luta pela prevenção à criminalidade. A fase de coleta de elementos na investigação é um “coadjuvante secundário ou marginal” do processo, no que Kai Ambos nomina como “policialização da fase de investigação”, transmitida, inclusive, a todo processo penal⁷⁰⁶.

Na prática, ou seja, para a realidade do processo, ilícitos de menor ou média complexidade criminal são dirigidos integralmente pela polícia, quase de maneira autônoma, tão somente comunicando ao “MP– ‘sem demora’ – quando obtém resultado de investigação que está pronto para ser apresentado”. Assim, ficam sob a responsabilidade do MP os crimes capitais contra a vida e a ordem econômica. Kai Ambos reporta, ainda, às “Diretrizes sobre a nova configuração das relações entre a polícia e o Ministério Público”, aprovada em 1975, que concedeu à polícia o poder de investigar de forma autônoma, ainda que em prazo certo e prorrogável. O efeito jurídico da diretriz, explica o autor, é a realização da investigação sob as mãos da polícia, e não sob os cuidados do Ministério Público.

Kai Ambos disserta ainda sobre o particular cuidado que se deve ter ao analisar os efeitos dessa *policialização* do ato investigativo, a partir da luta contra o crime ou criminalidade organizada, sobretudo, no tipo de atuação preventiva deste tipo criminal. Isso porque, nestes, não há formalmente ‘uma vítima’, tampouco um conceito sólido de crime organizado, considerado através de numerosos indicadores, mesmo que só poucos deles sejam precisos. No fundo, grosso modo, procura-se abarcar qualquer prática punível de tipo industrial ou semicomercial desempenhada por mais de duas pessoas, ou três pessoas, seguindo indicativos internacionais.

Entretanto, conforme utilizada na Alemanha, a política criminal não tem solidez científica. Diante disso, essa ausência de parâmetros para atuar e combater o crime organizado não justifica mais uma atuação legítima de ‘um direito penal especial de segurança’, a *policialização*. Segundo o autor, não falta muito para se afirmar que “as chamadas estratégias policiais em estado prévio são necessárias porque uma *pseudo* submissão às futuras possibilidades processual-penais impediria uma eficiente luta contra a criminalidade’.

O autor alerta para os riscos relativos à justificativa dos métodos investigativos e para a ampliação da atuação policial, desprovida do acompanhamento do MP, o que seria promovido

⁷⁰⁶ AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público**. 2008. Disponível em: mprj.mp.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

pela interpretação dos mecanismos jurídicos, revertendo-se em prática policial desprovida de efetivo olhar do MP, cujas origens reportam à essência do sistema acusatório público, na Alemanha, levando a métodos não tão transparentes na investigação, a ponto de se questionar se o processo inquisitivo realizado por uma autoridade secreta e sem o formato judicial, já não esteja em realização na Alemanha.

A questão passou a ser investigada. Certo é que a realização de diligências prévias, sem o conhecimento e a participação do MP, modifica a estrutura morfológica da investigação, perde em transparência e prejudica sua utilidade para o processo, além de alimentar a possibilidade da quebra indiscriminada de direitos individuais.

Mesmo as reformas havidas em 1974, conforme descritas por Aury Lopes Junior⁷⁰⁷, são vistas em Kai Ambos não como propriamente benéficas, posto que, no campo fático, o MP só participa da investigação no momento em que as autoridades policiais requerem medidas invasivas, da intimidade, por exemplo, ou seja aquelas que não podem ser justificadas pela atuação discricionária da polícia sob ‘perigo de demora’. Para o autor, deve-se ampliar a reestruturação fático-jurídico, dando ao MP, além da capacidade de fiscalizar os atos, as de participação da investigação:

A autoridade acusatória deve participar de forma mais ampla e o mais brevemente possível das investigações para poder exercer sua função de controle sobre a polícia. Portanto, também, e, sobretudo no âmbito da luta preventiva contra a delinquência, deve ser informada sem demora das medidas de investigação em andamento, ou mesmo com anterioridade, da fixação de pontos prioritários de investigação no chamado estado prévio, e não tão-somente ser lembrada quando a polícia pretenda requerer medidas de cautela ou medidas coercitivas. Especialmente, deve o Ministério Público vir a ter acesso ilimitado a todo o efetivo dos dados policiais. Tal inicial participação não só é correta em um Estado de Direito, como também é exigível por razões de eficácia, pois incrementa a qualidade (jurídica) dos resultados da investigação e, a seu próprio interesse⁷⁰⁸.

Aury Lopes Junior, ao explicar a investigação sob o aspecto jurídico formal, observa que deve ser realizada cumprindo a estrita diretriz ministerial, o que por si, gera algumas questões peculiares quanto à investigação. Isto porque, ela deveria tão somente servir de azo à pretensão acusatória, mas passa a ser ‘parte essencial’ do processo penal. A regra é que o MP

⁷⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷⁰⁸ AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público**. 2008. Disponível em: mprj.mp.br. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 134-138.

decide os caminhos acerca do futuro do procedimento, de maneira que, na fase processual, até a oralidade estará prejudicada face ao direcionamento colhido na fase investigatória⁷⁰⁹.

Além deste ponto, Fábio Motta Lopes ressalta, por exemplo, o lugar do MP e sua dependência funcional, pois o Procurador-Geral é designado pelo Presidente da República, proposta feita pelo Ministro da Justiça, portanto, pode emitir ordens a serem cumpridas pelos promotores de justiça, no que tange, no mínimo, à política criminal⁷¹⁰.

Todos esses pontos ligados à natureza do procedimento investigativo, além da competência para exercê-la, levam ao lugar da defesa, o qual, na Alemanha, não permite ao imputado intervir nesta fase. Aury Lopes Junior esclarece que o imputado está em condição de inferioridade diante da investigação, que deverá ser conduzida pelas autoridades – e, neste caso – por autoridade também encarregada da persecução penal.

A reforma havida em 1974, que visou ampliar a atuação do MP na investigação, gerou algumas questões ainda não definidas, a exemplo da ampliação dos poderes e dos métodos investigativos da polícia; a ausência da defesa na fase preliminar, que poderia gerar efeitos benéficos sobre eventuais desfechos nesta fase, a melhoria dos atos na fase oral, e a própria ausência de controle do MP acerca das investigação cujo impulso de origem se justifica pelo ‘princípio da oportunidade’, além do encaminhamento das peças da investigação preliminar para a fase instrutória, quando do juízo oral, que tem sido admitido pela ampla jurisprudência, o que por si, retira o juízo oral do ‘centro das decisões exaradas pelo processo penal’⁷¹¹, o que culmina por ‘fulminar os direitos do acusado’.

A investigação, como nota Aury Lopes Junior⁷¹², revestida de caráter de procedimento administrativo pré-processual, conta com a figura da polícia e do promotor investigador, ainda que a *práxis* aponte para a preponderância da atuação policial e do juiz da instrução preliminar, que não se reveste do caráter de juiz da instrução, mas de juiz garante. Fábio Motta Lopes⁷¹³ explica que o feito se dá em razão de o juiz não ser investigador, figura inexistente no sistema jurídico alemão (juiz investigador).

A função do juiz garante é realizar o juízo prévio sobre a admissibilidade da acusação, na fase intermediária (é também quem analisa se os meios adotados pelo *fiscal* – e não pelo

⁷⁰⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377.

⁷¹⁰ MOTTA LOPES, 2009. Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal. P.44.

⁷¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377-378.

⁷¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380-385.

⁷¹³ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

promotor – foram revestidos de legalidade). Na qualidade de *juiz garante*, lhes são conferidas as seguintes prerrogativas: excepcionalmente, realizar atos de investigação de caráter urgente, retomando, após a urgência, a investigação ao MP; dar segurança aos meios de prova produzidos antecipadamente, a critério do pedido do MP e decidir sobre solicitações do MP relativas a medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais, como busca e apreensão, intervenção corporal, a exemplo dos exames clínicos (sangue, DNA) e da detenção, vez que a prisão, por si, deve ser dada por órgão jurisdicional, na Alemanha⁷¹⁴.

A investigação conta também com uma fase intermediária na qual se analisa a imputação, a pessoa e a viabilidade ou não do processo, resolução esta que é sempre tomada por um tribunal, o qual irá julgar e sentenciar, se admitida a ação. Nesta fase, realiza-se uma audiência e o acusado poderá apresentar provas e declarações, que servirão como resistência à pretensão acusatória.

Esta fase é admitida durante a análise de acusações de crimes mais complexos. Isto porque, há procedimentos simplificados, dada a natureza do ilícito, cuja pena não excede a um ano, submetido ao rito do ‘procedimento acelerado’. Para estes casos, o Tribunal poderá, ao analisar a requisição do promotor – que pode ser feita, inclusive, mediante pedido oral, com prazo de citação do acusado em até 24h – dar início à ação.

Há, ainda, o procedimento denominado ‘processo por ordem penal’, cuja natureza é monitória, e que acontece quando há ausência de resistência do acusado à pretensão do MP, nos casos em que o delito imputado tem pena inferior a um ano. Nestas situações, é possível aplicar pena pecuniária ou acessória à pessoa que não resistiu à pretensão do MP. A decisão é passível de recurso pela pessoa, que poderá recorrer para levar a imputação à fase processual.

Dada a condição de inferioridade do acusado, em regra, não há previsibilidade de obrigação de defesa técnica nem na investigação, nem mesmo nas ações penais de baixa e média complexidade. O imputado poderá defender-se pessoalmente, na ausência de condição econômica. O Estado só faculta defensor público quando a fase oral for realizada diante de um tribunal de justiça, se à pessoa for imputado um delito grave ou se este encontrar-se na condição de preso cautelar, excedido o prazo de três meses⁷¹⁵.

Durante a investigação, o sigilo é regra até mesmo em relação à pessoa investigada. Faculta-se a ciência a partir da fase intermediária, quando fará defesa em relação estrita à

⁷¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 385.

⁷¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 386.

pretensão trazida pelo MP. Há exceções, como a ciência do sujeito passivo e de seu defensor, se tiver constituído, de estar presente no cumprimento de determinadas diligências, examinar documentos conforme determinado pelo MP e analisar objetos de provas custodiados oficialmente⁷¹⁶.

Fábio Motta Lopes⁷¹⁷ explica ainda o ambiente defensivo e o lugar da pessoa face à inquisitividade do procedimento: diligências são secretas, o investigado e seu defensor não têm acesso a elas, salvo as excepcionalidades trazidas ao caderno investigativo; não se reconhece o direito à defesa técnica, nesta fase, e no interrogatório, ao tomar ciência da imputação. Isto não significa que o investigado tenha acesso a tudo o que foi produzido na instrução, mas que lhe é explicada a acusação, conforme formulada.

Nessa fase, o sujeito passivo pode requerer providências, que serão ou não realizadas pelo MP⁷¹⁸. O interrogatório, entretanto, só ocorre na fase final da investigação, quando poderá requerer as providências mencionadas acima ao MP, exercer o direito ao silêncio ou ter consulta com advogado. As reformas de 1964 e 1975 acrescentaram alguns direitos à pessoa no que tange à defesa:

- a) O dever das autoridades públicas de instruir o sujeito passivo, em seu primeiro interrogatório, do direito de silêncio e o de solicitar determinadas provas de descargo (S 163.a.4), b) Deve-se oferecer ao sujeito passivo a oportunidade de desfazer as suspeitas que contra ele existem, assim como alegar os fatos e as circunstâncias que lhes sejam favoráveis; c) Direito a ser assistido pelo defensor no interrogatório e caso não tenha sido indicado, poderá o Ministério Público nomear-lhe um; d) O defensor deverá ser imediatamente informado do desaparecimento das causas que tenham motivado o segredo dos autos (S 147.6). Com isso, pretende-se evitar que exista acusação, sem o prévio conhecimento do defensor do conteúdo das investigações, e) Nos casos de concurso de pessoas, o § 146 da StPO impede que um mesmo advogado possa defender mais de um sujeito passivo. Com isso, evita-se a colidência de teses defensivas⁷¹⁹.

O procedimento na Alemanha ainda revela grandes lacunas quanto aos direitos individuais, se comparados a outros modelos europeus. Por isso, Aury Lopes Junior entende que a investigação se reveste, quanto à natureza jurídica do elemento produzido, de ato

⁷¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 385.

⁷¹⁷ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

⁷¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 457.

⁷¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 458.

investigativo e não de prova, ainda que, a despeito da natureza jurídica, tenha ampla admissão, judicial, da entrada dos elementos/atos investigativos na fase oral⁷²⁰.

5.10.2 A investigação estatal e o lugar da defesa na Inglaterra

Alexandre Cesar dos Santos, ao explicar o modelo de investigação proposto pela Inglaterra e a forma pela qual a defesa pode ser admitida na investigação, adentra, inicialmente, no sistema historicamente constituído na Inglaterra, de modalidade *common law*:

O sistema jurídico conhecido como *common law* foi elaborado na Inglaterra a partir do Século XII, sendo fundamentado na jurisdição real das decisões, o que possibilitou juízes profissionais, com formação prática, e a introdução de um mecanismo de recursos a precedentes (*cases*). Além disso, a fonte de sistema jurídico era os costumes locais anglo-saxônicos, costumes das cidades e costumes dos mercadores. Diante disso, em matéria criminal, os reis tinham juízes que se reuniam nas cortes locais e julgavam os casos em pauta, que substituiu os juízos de Deus, o que conferiu unidade ao *common law*. Neste contexto, a forma de atuação dos instrumentos de resolução de litígios adotado pela Inglaterra afastou o direito inglês do modelo romano-canônico que imperava na Europa Continental⁷²¹.

Assim, a estrutura disposta pelo sistema *common law* diverge quanto à estruturação tripartida conhecida da ação, justamente porque, por ser baseado em direito consuetudinário, pratica-se a justiça em favor do Estado, que lá é representando pela *coroa*.

A investigação, conforme explica Fábio Motta Lopes, como ato do Estado, é realizada pela polícia, que detém o poder institucional de realizar a investigação. Lá, não há a figura do juiz instrutor ou do promotor investigador; a investigação é realizada pela polícia com autonomia, inclusive valorativa, quanto ao seu teor. A natureza da polícia é de ordem administrativa e seus agentes vinculados ao governo central, este responsável ‘pelo controle da organização e da operação dos serviços de investigação’.

Até 1985, a polícia podia exercer o poder de ação no processo. Entretanto, a partir deste ano, foi criado um órgão com a função de analisar e rever acusações formuladas pela polícia, e de dar início à acusação processual, o *Crown Prosecution Service*, criado pelo *Prosecution of Offences Act*. O *Crown Prosecution Service* é composto por advogados assalariados pela Coroa, responsáveis, atualmente, por formular a acusação promovida em

⁷²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 386-459.

⁷²¹ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 115-121.

juízo, em nome da rainha. Assim, mesmo na fase investigatória, há repartição entre o momento da colheita de provas e a formação da *opinio delict*.

Na Inglaterra, não existe o MP. É de qualquer pessoa do povo – os habitantes ingleses ou a pessoa ofendida – a legitimidade ativa para propor ação penal. Também na Inglaterra, o sigilo externo é regra: a imprensa se mantém alheia, inclusive, é proibida de noticiar eventos que possam gerar prejulgamento acerca de pessoas investigadas. Ademais, as investigações não são abertas à sociedade. Mesmo a pessoa posta na qualidade de suspeita depende do critério da autoridade policial para decidir a viabilidade ou não de dar ciência da imputação. Entretanto, se colocado na condição de acusado, adquire o direito de tomar conhecimento, de forma escrita e pormenorizada, ainda antes da ação judicial, sobre as provas a serem apresentadas em juízo.

Ao ser interrogada, a pessoa deve ser informada pela polícia do direito ao silêncio e da não obrigatoriedade de responder às perguntas que lhe forem feitas, em que pese o silêncio importe, para aquele sistema, prejuízo à defesa. Os interrogatórios são atos gravados. A confissão em âmbito policial, quando a pessoa estiver acompanhada de advogado, serve de arrimo à condenação. A exceção do caso de pânico, que afasta a consciência do ato. Também é facultado à polícia, no caso de confissão, implicar uma caução formal, que não servirá de precedente condenatório.

A pessoa investigada, quando houver fundados indícios de autoria do evento ilícito, pode ser colocada sob a custódia estatal, quando terá direito à assistência jurídica gratuita de advogado e de fazer uma ligação telefônica. A liberdade poderá ser afiançada em alguns crimes, ou a pessoa será levada ao juiz de paz, por ser a primeira instância do modelo inglês.

Entretanto, caso entenda por arquivar, a polícia inglesa, através do *chief officer*, poderá fazê-lo. Se houver indícios para a ação, conforme antecipado, a investigação será enviada ao *Crow Prosecution Service*⁷²².

5.10.3 A investigação estatal e o lugar da defesa na França

A França, ‘berço do modelo do juizado de instrução’⁷²³ possui um Código de Processo Penal datado de 1958, cujas características são as mesmas do Código de 1808. Em 1958, o sistema francês foi dividido em dois tipos de procedimento: a *instruction préparatoire*,

⁷²² LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60-64.

⁷²³ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55.

realizada por um juiz instrutor, cuja finalidade visa aferir o fato e comprovar a atuação do sujeito passivo (conduzida por juiz e para delitos de maior complexidade), e a *l'équête Preliminare*, para os ilícitos de menor gravidade, que ficam ao encargo do Ministério Público. Este sistema, como reporta Aury Lopes Junior, é similar ao utilizado pela Itália até 1988, quando foram unificados na *indagine preliminare*⁷²⁴.

A instrução preparatória, de caráter obrigatório em casos de crimes de maior potencial ofensivo, está sob os cuidados do juiz de instrução. Todavia, a abertura do procedimento pode ser requisitada pelo MP e se assemelha à 'instrução formal'. Aury Lopes Junior⁷²⁵ sinaliza para as dificuldades de se preservar, de qualquer modo, a presunção de inocência, vez que é realizado pelo juiz da instrução – reporte-se às origens desse meio. Já a *enquête préliminaire* é realizada pela polícia judiciária, a qual, vinculada ao MP, analisa os delitos de menor potencial ofensivo, averigua o fato e a autoria. Na França, existem outros dois procedimentos: o primeiro deles, ocorrido quando há circunstância de flagrância (*l'équête de flagrance*); o segundo, os procedimentos diferenciados para crimes de terrorismo, tráfico de entorpecentes, proxenetismo, crimes cometidos por pessoas jurídicas, e contravenções.

Desde 1990, a França estabeleceu que o sistema misto ou híbrido, é organizado por juízes instrutores ou promotores, conforme o caso, os quais possuem atribuições e poderes investigativos, embora, na maioria dos casos, os deleguem à *police judiciaire*, que investiga em nome deles⁷²⁶.

Isso porque, na França, o MP é parte do Poder Judiciário, revestido da condição de magistratura (art. 65 daquela Constituição), a qual é dividida em *magistrats du Parquet* e *magistrats du siège* e tem como órgão auxiliar a Polícia Judiciária⁷²⁷. Por isso, tanto a *enquête préliminaire* quanto a *instruction préparatoire* têm a natureza de procedimento judicial pré-processual, enquanto as realizadas pela polícia judiciária, como a *enquêtes de police* ou de *flagrance*, são de natureza administrativa pré-processual.

⁷²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 365-366.

⁷²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 367.

⁷²⁶ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55.

⁷²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 365.

Durante a instrução preliminar, a investigação é acompanhada por um juiz garante, cujas funções permitem a plena competência para determinar providências que apontem a culpabilidade (‘provas de cargo’) ou a inocência do imputado (provas de ‘desencargo’)⁷²⁸.

Por suas características, predomina a ordem do sigilo nestes procedimentos, devendo ser mantido rigorosamente pelas partes, realizado de forma escrita, preponderantemente. Seus atos são tidos por ‘atos de investigação’, ainda que, se adotadas as formalidades devidas, possam ser força dentro do conjunto probatório. A pessoa colocada sob a perquirição estatal e seu direito de defesa também são vistas sob óticas diferentes, de acordo com cada procedimento:

No que se refere à participação do sujeito passivo, devemos distinguir entre *enquête* e *instruction*. Na primeira, a participação do imputado é limitadíssima e estaria justificada pela natureza dos delitos (menor importância) e a celeridade (teórica) com que se realiza. Por isso, pode ser considerada não contraditória. Já na *instruction*, a cargo do juiz instrutor, o sujeito passivo tem direito à assistência de advogado desde a sua imputação e durante toda a fase pré-processual.

Fábio Motta Lopes⁷²⁹ esclarece que, a partir de 1 de janeiro de 2001, com a Lei da presunção de inocência, a pessoa presa acusada em procedimento, pode contar com o auxílio de advogado e, caso o MP peça a abertura da *instruction préparatoire*, o investigado poderá constituir advogado e ter direito a acesso ao ‘expediente investigativo’.

5.10.4 A investigação em Portugal e o lugar da defesa

Em Portugal, a investigação é colocada ao encargo do MP, o qual, tal qual na Itália e na França, integra o Poder judiciário e goza de autonomia funcional, ainda que adstrito à política criminal estabelecida pelo governo e pelo parlamento⁷³⁰.

Esta, enquanto fase preliminar no processo penal, é realizada por meio do *inquérito*, que visa apontar a existência do delito e seus autores, conservar as provas arrecadadas, ainda que sejam utilizadas somente para o juízo de admissibilidade da ação, pois não podem ser utilizadas em âmbito judicial nem servir à condenação.

O Código de Processo Penal Português (1987) define inquérito genericamente, como meio normal e usual de efetivar a investigação’ e é realizado pelo Ministério Público, que na

⁷²⁸ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

⁷²⁹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

⁷³⁰ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

investigação deverá colher prova tanto em favor da hipótese de origem, como em favor da pessoa investigada⁷³¹.

A polícia judiciária tem relação de dependência funcional quanto à atividade investigativa, eis que é a auxiliar do Ministério Público, e integrada a este, quanto à atividade realizada na investigação. Sua atuação independente está adstrita à estrita função de vigilância: realizar detenções, identificar suspeitos, examinar vestígios em infrações que deixam vestígios, realizar as apreensões necessárias, agir cautelarmente quanto a atos que importem a esclarecer a investigação.

A administração e a organização das polícias são vinculadas ao governo e, excepcionalmente, tem competência para investigar eventos que importem técnicas específicas de atuação policial, como estratégias e meios operacionais.

Ainda que não exista contraditório no inquérito policial, em Portugal, a pessoa pode pedir atos que importem à sua defesa. O MP, por sua vez, tem o dever de colher provas que importem à defesa da pessoa. Embora o sigilo vigore nas investigações, a pessoa investigada (denunciado) tem o direito de acessar as atas dos atos os quais chegou a participar ou que tinha o direito de participar. O *status* da pessoa investigada e da pessoa posta sob a instrução penal tem o mesmo nome ‘arguido’, o que é considerado pelo autor um prejuízo à condição de dúvida inerente ao inquérito policial, que viria em desencontro ao juízo escalonado, inerente ao processo penal⁷³².

Sob a ótica do inquérito, alguns são os benefícios do sistema português: “o arguido deve ter a ciência da condição desde a fase da investigação, por notificação formal, oral ou escrita, a ser realizada pela autoridade Policial e pelo Ministério Público”, “ter ciência, a partir de então, dos direitos e encargos da condição, sob pena de haver absoluta ‘inutilidade’ de declarações prestadas, as quais não poderão servir à condenação (seus direitos constam do art. 61 do CPPp) e “estar presente nos atos, ser ouvido pelo tribunal ou juiz da instrução, designar defensor ou pedir ao tribunal que lhe seja dado um, ser assistido por defesa em todos os atos, entre eles o inquérito policial”, além de “intervir tanto no inquérito como na instrução, oferecer provas e pedir diligências, ser informado de sua condição, dos direitos e atos que lhe competem, e recorrer de decisões desfavoráveis”. Assim, os encargos de natureza jurídica, procedimental e processual, em sentido estrito, são atribuídos à pessoa desde a primeira fase do inquérito policial.

⁷³¹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58-59.

⁷³² LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

Entre o inquérito e o processo penal, o direito português prevê uma fase instrutória, que será avaliada pelo juiz da instrução, na qual poderá requerer provas que tenha pedido anteriormente ao MP e sido negadas⁷³³.

Aliás, o juiz da instrução, durante a investigação, tem o poder-dever de garantir os direitos fundamentais da pessoa, decidindo sobre os atos ‘materialmente jurisdicionais’. É ele quem exerce o controle jurisdicional sobre a opinião formada pelo Ministério Público⁷³⁴.

Apesar das características altamente garantistas da investigação, em delitos com pena superior a três anos e eventual risco de fuga, a pessoa poderá ter sua liberdade cerceada preventivamente, pois o que se visa, neste caso, é a manutenção da ordem e da tranquilidade pública.

5.10.5 A investigação nos EUA e o lugar da defesa

Os EUA apresentam características e modelos do sistema *common law*, e guarda peculiaridades legislativas atinentes à cada Estado Federado. Assim, para analisar o direito estadunidense, toma-se por base o direito federado, a fim de conhecer a investigação, naquele país⁷³⁵. Uma das primeiras questões afetas ao direito de defesa é a singularidade do modelo *common law*, o sistema adversarial, pelo qual o julgador fica ausente da atividade probatória, que compete integralmente às partes⁷³⁶.

A investigação, nos EUA, fica ao encargo das polícias, que não possuem o impulso investigativo subordinado ao MP, como também não o são como agentes. Assim, compete às polícias a investigação, *per si*, ouvir testemunhas, colher documentos, formalizar os atos de descoberta e as atividades realizadas, além de elencar as provas obtidas e indicar testemunhos ao titular da ação penal – este sim, o Ministério Público.

Ciente do teor das investigações, o MP deverá analisar se os elementos colhidos contêm indícios razoáveis para dar azo à ação penal (*probable cause*) ou não (juízo de discricionariedade) e, se entender pela necessidade, submeter a pessoa ao *grand jury*,

⁷³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460-462.

⁷³⁴ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60.

⁷³⁵ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64.

⁷³⁶ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 154.

oportunidade na qual será julgado. Se decidir pelo arquivamento, sua decisão independe de análise judicial.

A investigação não é controlada pelo Poder Judiciário, exceto em circunstâncias nas quais forem violados direitos por lei, como ordem de prisão, quebra de sigilo, por força das emendas ou de casos em que a matéria seja decidida. Os direitos da pessoa quanto à intimidade são adstritas à legitimidade do ato. No caso da busca e apreensão, afere-se: se o ato permitirá encontrar provas necessárias e se só serão encontradas mediante a busca na residência da pessoa. O direito estadunidense não admite a defesa na investigação policial. Os elementos de defesa poderão ser apresentados apenas durante a audiência preliminar e a ação penal⁷³⁷.

Como a investigação (*pre-arrest investigation*) não possui um ato formal de imputação da pessoa, divide-se em dois momentos: no primeiro deles, a autoridade policial investiga o suposto ilícito, suas condições e existência; no segundo, averigua sua autoria (*accusatory stage*)⁷³⁸.

O sigilo é de caráter discricionário, cuja decisão compete à autoridade policial: ‘quem investiga tem o poder discricionário para informar ou não o investigado acerca dos atos praticados’. Os direitos da pessoa foram decididos no caso emblemático *Miranda v. Arizona*, no qual se estabeleceu que a pessoa custodiada deverá ser informada do direito ao silêncio, sem prejuízo, que suas declarações poderão ser usadas contra este, no tribunal, e de que poderá ter a faculdade de constituir advogado⁷³⁹. Entretanto, como explica Aury Lopes Junior⁷⁴⁰, quando a segurança pública for interesse maior, a pessoa poderá não ser cientificada destes direitos.

Interceptações devem ser autorizadas pelo juízo e a pessoa poderá constituir advogado, se tomar ciência das investigações, além de ter o direito de ser assistido em interrogatórios e de ter acesso à consulta antes do ato, embora seja uma faculdade e não uma obrigação do Estado, pois a assistência jurídica, nos EUA, surge apenas a partir da acusação formal.

Outra questão sobre o controle da sociedade acerca da atuação jurisdicional, é que os membros do MP são, preponderantemente, escolhidos por eleição e têm por fiscais advogados licenciados que integram o Departamento de Justiça do Estado⁷⁴¹.

⁷³⁷ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 64-65.

⁷³⁸ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 462.

⁷³⁹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65.

⁷⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 464.

⁷⁴¹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65-67.

Entretanto, ciente da investigação, a pessoa poderá produzir provas defensivas de tudo o que for de interesse da sua defesa, inclusive produzir documentos e realizar incursões em busca de provar sua inocência, que virá a compor os autos⁷⁴².

A questão talvez mais afeta a este direito esteja no momento de ciência da condição de pessoa investigada, pois, na ausência do indiciamento, os direitos previstos na 5ª e 6ª Emendas passam a valer para a pessoa a partir da prisão. Antes desse evento, os direitos da pessoa investigada estão adstritas à 4ª Emenda, ou seja, direitos contra buscas e mandados desproporcionais à razão e ao que se visa alcançar com a invasão do domicílio. Entretanto, os diversos *leading cases* permitem muitas variantes relacionadas aos direitos da pessoa investigada, o que relativiza o ambiente de garantias da pessoa promovido pela legislação⁷⁴³.

5.10.6 A investigação criminal defensiva nos EUA

Os EUA possuem uma organização do processo penal típica dos países de *common law*, embora tenha influência do *civil law*. Contam, inclusive, com uma Constituição escrita e uma declaração de direitos (*Bill of Rights*). Entretanto, uma vez nos EUA os estados podem legislar, esta análise inabilita um estudo ‘uniforme’ sobre a investigação criminal defensiva em cada unidade, motivo pelo qual se aborda o contexto da legislação federativa no país⁷⁴⁴.

A investigação criminal defensiva nos EUA, conforme discorre Gabriel Bulhões Nóbrega Dias, decorre da 6ª Emenda, cujo texto contém expressa previsão legal do exercício do advogado. É a tal ponto integrado naquela cultura, que entre os profissionais (criminalistas ou não) causa estranhamento falar em investigação criminal defensiva, eis que a defesa proativa é decorrência do sistema adversarial⁷⁴⁵.

Primeiramente, o modelo de gestão probatória é *adversarial*. Às partes, é permitida a produção da prova, ficando o juiz afastado desta função investigativa e de viés mais neutro. Às partes compete a formulação ativa da prova, desde que produzida lícitamente⁷⁴⁶, por meio do sistema *discovery*, pelo qual o advogado tem o dever de assistir o cliente através do uso da

⁷⁴² SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 153.

⁷⁴³ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 465.

⁷⁴⁴ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 152.

⁷⁴⁵ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 86.

⁷⁴⁶ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p.153.

investigação, com a finalidade de determinar a existência ou não de base factual para a acusação criminal⁷⁴⁷. O *duty to disclosure*, método do direito civil americano, consiste numa audiência prévia, em que as partes mostram o que foi constituído nesta fase⁷⁴⁸, constituindo-se em fixação de parâmetros para o compartilhamento das evidências⁷⁴⁹.

O *discovery* avançou sua aplicação e chegou ao processo penal, ainda que com apontamentos doutrinários acerca de eventual desvirtuação da aplicabilidade. De algum modo, às provas já produzidas pelas partes – típico do sistema adversarial – foi dada a apresentação prévia do material produzido, com vistas a não ocasionar ‘surpresas’⁷⁵⁰.

Conforme explica Gabriel Bulhões Nóbrega Dias⁷⁵¹, isso ocorre porque o modelo adversarial, por sua característica, opera tanto no âmbito cível (*lato sensu*) quanto nas demandas criminais, nas quais há atuação do Estado, fazendo surgir, inclusive, a ideia de ‘barganha’, ou de justiça penal negociada.

Segundo o modelo assumido, não há previsão legal da investigação criminal defensiva nos EUA, embora existam precedentes reconhecendo o papel da defesa e da investigação criminal defensiva como parte caracterizadora do exercício da defesa ativa. É o caso de *Strickland vs. Washigton*, por exemplo, que considerou a investigação criminal defensiva parte de uma defesa ativa⁷⁵².

Vanessa Moraes Kiss⁷⁵³ esclarece que o modelo estadunidense de investigação defensiva segue matrizes deontológicas de um documento titulado *Criminal Justice Standarts for the Defense function*, adiante denominados *standarts*, da *American Bar Association* (ABA), uma espécie de Ordem dos Advogados⁷⁵⁴, que contém diversas instruções normativas sobre o ato, diversamente do ocorrido no Brasil, até o momento. O documento contém orientações sobre os aspectos práticos da investigação criminal defensiva, quanto a suas formalidades, à atuação do advogado, ao uso de auxílio de peritos e ao partilhamento de provas, as quais devem ser

⁷⁴⁷ MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1 e v. 2. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021, p. 231.

⁷⁴⁸ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023. p. 50-52

⁷⁴⁹ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 111.

⁷⁵⁰ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 50-51.

⁷⁵¹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145, p. 92.

⁷⁵² KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 114.

⁷⁵³ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 115.

⁷⁵⁴ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145.

partilhadas, excluindo-se apenas aquelas colocadas sob qualquer tipo de sigilo, e às requisições feitas e de posse da polícia judiciária e do MP.

À defesa compete o poder-dever de requisitar as informações do acusador, o qual, por força do *duty to disclose exculpatory evidence*, tem o dever de apresentar o que tiver em seu poder que possa servir para incriminar o acusado. De outro lado, conforme relembra a autora, o acusador não pode requisitar documentos em poder da defesa, em que pese, pelo *duty to disclose*, todos tenham o dever da transparência⁷⁵⁵.

Os *standarts*, segundo Vanessa Moraes Kiss⁷⁵⁶, servem de parâmetros de inspiração da atividade, vez que lá estão contidas ‘boas práticas’, atuação e conduta dos profissionais. Eles funcionam como instrumento ético direcionador da atividade do profissional atuante na área. Nele, consta que a defesa será realizada em conjunto com a pessoa imputada, e poderá ser ajustada conforme o avanço da persecução.

Além do *criminal justice standards for the defense function*, ou “padrões para a atuação do advogado de defesa”, há o *guidelines for the appointment and performance of defense counsel in death penalty cases* (“diretrizes para a nomeação e desempenho do advogado de defesa nos casos de pena de morte”), ambas da ABA, conforme registra Gabriel Bulhões Nóbrega Dias⁷⁵⁷.

Quanto às requisições à polícia judiciária ou à ciência da investigação, lembra-se que, no modelo estadunidense a pessoa acusada só tem ciência da investigação após ser apontada a autoria na investigação criminal, e assim, apenas a partir da identificação do suposto autor, quando já se inicia a persecução criminal. Na ausência deste direito de defesa durante a investigação, a investigação criminal da defesa surge como meio, cujo dever é cumprir as regras que lhe são impostas, a fim de adquirir fiabilidade de apresentação em juízo⁷⁵⁸, e ser realizada por meio das seguintes etapas:

- 1) revisão dos materiais fornecidos pelo *Discovery* (relatórios policiais, laudos de local, laudos periciais e informações de vítimas e testemunhas); 2) entrevista inicial com o imputado; 3) exame do local do crime com registro esquemático e fotográfico; 4) coleta de informações sobre o perfil das vítimas e testemunhas; 5) confecção de relatório da investigação defensiva⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 111.

⁷⁵⁶ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 115.

⁷⁵⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 93.

⁷⁵⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p. 124-125.

⁷⁵⁹ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 54.

Da atividade defensiva exercida nos EUA, Alexandre Cesar dos Santos⁷⁶⁰ discorre que existe até mesmo preferência na realização do sistema de provas fora do juízo, para serem juntadas aos autos, documentadas, debatidas no julgamento, em razão dos custos dispendidos pelo processo norte-americano.

5.10.7 A investigação e o lugar da defesa na Itália

A Itália, até 1988, vivenciava a política criminal e o sistema estabelecido pelo Código de Rocco, de 1930. Por meio do processo inquisitivo, a fase investigativa poderia servir de azo à condenação, independentemente de contraditório, antigamente realizado por um *juiz da intrução*⁷⁶¹.

O Novo Código de Processo Penal – CPPi, em vigor desde 24 de outubro de 1989, influenciado pelas modificações produzidas na Alemanha, a partir de 1974, estabeleceu que o encargo da investigação passou a ser da competência do MP, definindo em seu art. 326 “as investigações e averiguações necessárias para o exercício da ação penal, desenvolvidas pelo MP e a polícia judicial, no âmbito de suas respectivas circunscrições”. Adiante, no art. 358, consta que o MP deverá realizar a investigação de maneira a colher também os fatos e as circunstâncias favoráveis à pessoa sob investigação preliminar.

O MP é dotado de autonomia e tem iguais garantias da magistratura. É, inclusive, integrado ao Poder Judiciário, ainda que não tenha poderes jurisdicionais, vez que a própria investigação não é vista como parte da ação, mas incumbida dos atos preparatórios, de natureza procedimental e instrumental – ou seja, a investigação preliminar, ou *indagine preliminare*.

Outra questão afeta à condição da pessoa diz respeito à situação jurídica da pessoa colocada sob a investigação. É que existem distinções dispostas no próprio Código, entre o ‘imputado’, nos termos do art. 60 do CPPi, que requer ato formal e petição ao juízo, e a pessoa colocada sob a condição de averiguação. Isso porque, a investigação conta com a figura do promotor investigador e do juiz, na qualidade de garante.

As duas figuras (MP e juiz) estão sob a mesma condição de magistrados, mas àqueles é dado a competência investigadora e postulatória, e a estes, a de julgadora. Assim, o MP está protegido pelas mesmas bases institucionais da magistratura. Ao MP, na qualidade de

⁷⁶⁰ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 153.

⁷⁶¹ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

investigador, são investidas todas as competências: interrogar o sujeito, ouvir e tomar termo de declarações testemunhais, realizar diligências de identificação pessoal, determinar careações e ordenar medidas invasivas, como buscas (pessoais ou de dados bancários), podendo, inclusive, adotar medidas afetas a direitos fundamentais, em que pese estejam sob os cuidados de um juiz garante.

Este juiz garante, não exerce funções de julgamento, mas está atrelado à investigação preliminar e afere as garantias da pessoa, quanto às medidas restritivas de direitos individuais, a exemplo de cautelares de interceptação telefônica. Mas, uma vez que não se admite mais o *juízo de instrução* da investigação, este tem somente o papel de garantir os direitos da pessoa e, muito excepcionalmente, atuar para garantir a liberdade pessoal e de comunicação da pessoa; controlar o tempo das investigações e a modalidade de ação a ser exercida pelo Ministério Público, garantir que a produção de prova realizada antecipadamente seja feita por incidente probatório e controlar o resultado da investigação preliminar, dentro da audiência preliminar. Este juiz, aliás, não poderá atuar na ação penal, por ter sua imparcialidade eivada pelo acompanhamento do ato investigativo.

A investigação na Itália tem delimitação temporal: seis meses para a propositura da ação penal, pelo Ministério Público, prazo que poderá ser prorrogado por mais seis meses, sem exceder 18 a 24 meses, a depender do caso (arts. 407, 393 e 407.2 do CPPi). Sua natureza é de ato investigativo e seu teor sequer vem a compor a instrução, para não viciá-la, só vindo a integrar o processo os atos irrepetíveis, ou seja, aqueles de produção antecipada, que estiveram sob os cuidados do *juiz garante* que, já na fase preliminar, facultou defesa à pessoa, nestes atos⁷⁶².

A pessoa colocada sob a perquirição estatal não recebe a insígnia da imputação, mas a *de persona sottoposta alle indagini preliminari*. Ela só é imputada a partir da ação penal, com evidente foco em evitar o ‘estigma da figura’. Essa condição não nasce de um ato formal, mas a partir do momento em que a investigação se volta à determinada pessoa, sobre a qual são garantidos todos os direitos do imputado (art. 61 do CPPi), como o direito de a pessoa sob o crivo da investigação receber formalmente, antes de qualquer atuação, informações por parte do MP, pelos correios e com aviso de recebimento, “a especificação das normas violadas, a data

⁷⁶² LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 370.

e o lugar em que se produziu o fato, bem como a ressalva de que, querendo, indique um defensor de confiança” (art. 369 do CPPi)⁷⁶³.

Assim, o sigilo investigativo é somente o segredo externo, aquele que, nos termos constitucionais, imperativo do art. 111, inadmite acesso de terceiros a autos investigados. A publicidade tem duplo aspecto às pessoas colocadas sob o enfoque investigativo, pois é permitida a ciência da ‘informação de garantia’, conforme descrita acima. Seu defensor poderá atuar nos atos realizados pela polícia judiciária, por exemplo, aqueles que serão utilizados na instrução penal. A polícia judiciária, por sua vez, é vinculada ao MP e cumpre a atividade por este determinada⁷⁶⁴.

Fábio Motta Lopes⁷⁶⁵ menciona uma pequena fase, a do ato investigativo, a qual, a fim de dar equilíbrio à investigação – por exemplo, em casos de interceptação – poderá contar, *a priori*, com o sigilo interno. Estes casos serão acompanhados pelo juiz de garantias.

Como rito final da investigação, realiza-se a audiência preliminar, que forma o elo entre os atos da investigação. É o momento em que o MP apresenta a pretensão acusatória e os atos da investigação, para serem analisados pelo juiz de garantia, acerca da viabilidade da ação penal ou do arquivamento da pretensão. Durante o ato investigativo, o sigilo é regra até mesmo em relação à pessoa investigada, daí facultada ciência a partir da fase intermediária, quando fará defesa em relação estrita à pretensão trazida pelo MP.

Existem exceções, como a ciência do sujeito passivo e de seu defensor, se tiver constituído, de estar presente no cumprimento de determinadas diligências, examinar documentos sob a determinação do MP, e objetos de provas custodiados oficialmente. Por essas questões, entende Aury Lopes Junior que a investigação é revestida, quanto à natureza jurídica do elemento produzido, de ato investigativo e não de prova. Apesar da natureza jurídica, Aury Lopes Junior reforça a ampla admissão judicial da entrada dos elementos/atos investigativos, na fase oral⁷⁶⁶.

Alexandre Cesar dos Santos⁷⁶⁷, sobre o papel da defesa técnica, pondera que o sistema penal italiano admite a participação da defesa a partir da imputação. Não é, portanto, ‘um

⁷⁶³ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 370.

⁷⁶⁴ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

⁷⁶⁵ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

⁷⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 386.

⁷⁶⁷ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 53.

expectador passivo’. Nesse contexto, surge a atividade de investigação criminal defensiva, ou seja, o direito a reagir, juntar documentos e elementos probatórios que irão constar, desde o juízo preliminar, para auxiliar a análise do convencimento do julgador. A defesa poderá atuar com a juntada dos elementos colhidos, seja no caderno investigativo, seja junto ao próprio juízo, o que fora estabelecido pelo art. 38 do CPPi, mas fortalecido, em razão de diversas dúvidas sobre o seu cabimento na investigação, a partir da Lei n. 33/1995, que veio a atribuir à defesa o direito de encaminhar ao magistrado da investigação os elementos colhidos pela defesa, para ser reunido aos autos da investigação preliminar.

Entretanto, conforme pondera Alexandre Cesar dos Santos,

Porém, a possibilidade de investigação paralela pela defesa técnica deve sempre observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em juízo. Com efeito, a investigação criminal defensiva, em uma situação ideal, na Itália busca a lealdade na gestão da prova, mesmo tendo o sujeito parcial, já que tem natureza privada. Assim, a defesa técnica produz o seu próprio caderno de investigação. Porém, no plano da realidade, há certa desconfiança dos juízes acerca do valor probatório, já que o imputado não tem a obrigação para produzir a verdade que possa lhe trazer prejuízos, em nome do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual é uma garantia constitucional⁷⁶⁸.

5.10.8 A investigação criminal defensiva no direito italiano

Desde 1988, a Itália deixou para trás o antigo CPP, o ‘Código de Rocco’ (1930), elaborado em pleno fascismo italiano, instrumento que, inclusive, influenciou a formulação do CPP/1941. Gabriel Bulhões Nóbrega Dias observa que o instrumento foi realizado e decretado por Benito Mussolini, cuja inspiração brasileira ao CPP/1941 consta na sua própria exposição de motivos⁷⁶⁹.

Gabriel Bulhões Nóbrega Dias⁷⁷⁰ pondera que as similaridades entre os povos e a cultura jurídica advêm do mesmo modelo adotado, o *civil law*, mas também perpassa pela aparente similaridade de eventos históricos e jurídicos, como o contexto das grandes operações.

Isso porque, no século XX, a Itália começou a travar um combate contra a criminalidade organizada, conhecida como ‘Máfia Italiana’ (posteriormente *Cosa Nostra*), que

⁷⁶⁸ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva: direito fundamental à produção da prova na persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 160.

⁷⁶⁹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, 2023, p. 87.

⁷⁷⁰ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, 2023, p. 82.

ganhou ainda mais visibilidade após a quebra do pacto de silêncio por Tommaso Buscetta, ao detalhar questões atinentes à sua organização à Giovanni Falcone, em conjunto com outros magistrados. Neste caso, a expressão ‘magistrado’ é relacionada ao promotor Giovanni Falconi, visto que, na Itália, juízes e promotores gozam da prerrogativa da magistratura. Esse movimento perdurou entre as décadas de 1980 e 1990.

Ainda em 1982, o promotor de justiça Antônio Di Pietro realizou uma operação conhecida como ‘escândalo do banco ambrosiano’ que, a um só tempo, envolvia a máfia italiana, o banco do Vaticano e uma loja maçônica chamada *Propaganda Due*. O combate ao crime organizado ganhou episódios drásticos em torno do combate à criminalidade, por exemplo, o atentado que vitimou Giovanni Falcone e seu adjunto, em um curto intervalo de dois meses, nos anos 1990, em Palermo.

Com a morte de Giovanni Falcone, Antônio Di Pietro reuniu informações e, em 1992, deflagrou a Operação Tangentopoli, ou ‘cidade do suborno’, com diversos desdobramentos diretos até 1996 (e indiretos, posteriormente), que resultaram na Operação Mãos Limpas, a qual, à época, investigou quase todos os partidos da ‘primeira república italiana’ havida nos anos 1948-1994.

Naquele período, em que pese o combate ao crime organizado, a Itália vivenciou severa crise econômica decorrente da crise política havida pela instabilidade. Começaram a despontar enormes críticas relativas ao descumprimento das normas de investigação, ‘de táticas acusatórias que não respeitavam o *fair play* (como o *overchanging*), casos comprovados de erros judiciais e condenações injustas’. Tudo isso culminou com o registro de uma onda de suicídios de pessoas acusadas, num total de “mais de 3.000 mil mandados de prisão expedidos e mais de 6.000 mil pessoas investigadas”.

A década de 1990 foi marcada, portanto, no campo da advocacia criminal, da árdua tarefa de defender os direitos e as garantias das pessoas investigadas, ainda que a custo do ceticismo social e do *sentimento* de insatisfação geral com a corrupção e o modo de ‘fazer política’ da Itália, atrelado à onda dos *maxiprocessos*⁷⁷¹.

Assim, o novo CPPi, em 1988, com entrada em vigor em 1989⁷⁷², vai na contramão do Código de Rocco (1930), que não admitia a iniciativa da defesa em âmbito investigativo,

⁷⁷¹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, 2023, p. 80-85.

⁷⁷² DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, 2023, p. 86.

através de jurisprudências bastante restritivas e rigorosas⁷⁷³, e da própria divisão bifásica do procedimento, composto, em um primeiro momento, de instrução (caráter secreto e destinado à coleta de elementos para esclarecer a verdade) e de julgamento (que impossibilitava o exercício efetivo).

O novo CPPi dá lugar a um código com a criação, como vimos, da *indagine preliminar*, sob a condução do MP – que recorde-se, tem as prerrogativas da magistratura⁷⁷⁴. Já em sua promulgação, o CPPi previa, no art. 38 a viabilidade da investigação criminal defensiva, o que por si não criou um sistema adversarial ‘puro’, o CPPi previu no art. 190 a produção de prova realizada pelo juízo, em casos específicos que necessitem da ‘busca da verdade’.

A atividade da defesa foi prevista já no CPPi, art. 38, como um ‘desdobramento do direito de prova’⁷⁷⁵. A questão foi, entretanto, jurisprudencial, no sentido de que a prova passaria pelo ‘crivo’ do MP, o que gerou críticas conhecidas como ‘teoria da canalização’, uma vez que o reconhecimento da atividade não normatizava claramente o exercício da atividade⁷⁷⁶.

A partir da Lei n. 332/1995, garantiu-se a produção defensiva e a apresentação diretamente ao juízo, sem análise do MP, além de se estabelecer a obrigação de juntada judicial de elementos defensivos nas próprias investigações preliminares.

Em 1999, foi acrescido o art. 111 à Constituição Italiana, que prevê o justo processo⁷⁷⁷. A terminologia ‘investigação pelo defensor’ foi utilizada pela primeira vez na Lei n. 479/1999 (“Lei Carotti”), conhecida por alterar o art. 415-bis do CPPi, e estabelecer a notificação da pessoa suspeita, sobre conclusão de investigação estatal, e dando condições à pessoa de, em 20 dias, realizar sua defesa – nesta incluídas peças, documentos, elementos realizados por investigação defensiva, e requerer ao MP realizar diligências, inclusive prestar suas declarações⁷⁷⁸.

Entretanto, conforme relembra Gabriel Bulhões Nóbrega Dias, a “Lei Carotti” era altamente imprecisa, mesmo conferindo garantia do exercício da atividade, era deficiente quanto à aplicabilidade, na prática. Nos anos 2000, foi estabelecida a Lei 397, intitulada

⁷⁷³ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 Out. 2023, p. 46.

⁷⁷⁴ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022, p. 96-97.

⁷⁷⁵ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023. p. 48

⁷⁷⁶ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 47.

⁷⁷⁷ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Alguns modelos de investigação criminal defensiva. In: GIACOMOLLI, José Nereu (coord.). **Da prova**. Investigação criminal pela defesa. Coimbra: Almedina, 2023, p. 87.

⁷⁷⁸ KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022. 98-99.

*Disposizioni in matéria di indagini defensive*⁷⁷⁹, que deu maior respaldo à atividade defensiva, regulou e disciplinou a atuação defensiva.

Franklyn Roger Alves Silva acrescenta que a Lei n. 397/2000 revogou o art. 38 do Código de Processo Penal Italiano e regulamentou a atividade defensiva, vinculada à parte do Código, que trata da defesa na fase pré-processual, ao direcionar um título específico de *Investigazioni Difensive* (investigação defensiva).

Gabriel Bulhões Nóbrega Dias destaca a *indagini defensive* em estrita previsão constitucional, além dos arts. 111, 2º e 24. A investigação italiana, da investigação pública à investigação defensiva, é dotada de alta carga de proteção à pessoa – ainda que esta última, segundo Alexandre Cesar dos Santos⁷⁸⁰, seja recebida com certa desconfiança quanto à sua confiabilidade.

Embora a regulamentação da atividade tenha ocorrido ao longo dos anos, nem o Código de Processo Italiano de 1988, nem a ausência de normas reguladoras impediram seu exercício, o qual foi aprimorado através do tempo⁷⁸¹.

5.11 Um retorno à realidade brasileira: as raízes culturalmente inquisitoriais da sociedade, os reflexos na investigação e as vertentes do realismo jurídico no processo penal

O Brasil, através da reinauguração da democracia, com suas características inerentes, visou, expressamente, apontar para a dignidade da pessoa em todas as esferas da aplicação da imposição do poder estatal. Entretanto, quando da análise dos elementos pelo próprio STF, a sociedade brasileira ainda observa dificuldades na prática dessas garantias, seja por questões atinentes ao campo normativo e suas múltiplas interpretações do instituto, seja por seu viés histórico. Diante disso, reporta-se ao sentido havido entre a histórica condição vivenciada entre o Estado Policial e os sistemas de investigação:

Quatro horas da madrugada [...] instante situado entre noite e aurora, minuto em que, nas instâncias superiores, as decisões foram assumidas e o que deveria ocorrer já aconteceu. Hora em que é possível salvar a própria cabeça e fugir.

⁷⁷⁹ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Alguns modelos de investigação criminal defensiva. In: GIACOMOLLI, José Nereu (coord.). **Da prova**. Investigação criminal pela defesa. Coimbra: Almedina, 2023, p. 87.

⁷⁸⁰ SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 160.

⁷⁸¹ SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023, p. 50.

Hora derradeira da opção livre. Toca o telefone, alguém bate à porta. Quem? Não sabemos. Um amigo ou o enviado pelo Grande Mecanismo?⁷⁸²

Decerto que a pergunta lembra a questão proposta por Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa, ‘quem nos livrará da bondade dos bons?’, que traz um pouco do espírito representativo do sentimento social que se passa a abordar adiante, a ‘paranoia punitivista’, assim nomeada por Ricardo Hasson Sayeg⁷⁸³. O ambiente político lembra a narrativa trazida na Itália, quando a instabilidade nacional promovida por largas operações gerou as instabilidades que promoveram as mudanças no processo penal e na defesa, ainda no campo da investigação.

Isso porque, em plena democracia, cujo sucedâneo é o valor da pessoa, não pode haver espaço para a insegurança jurídica, como o clássico poema publicado em 1940, de Carlos Drummond de Andrade, “cantaremos o medo dos ditadores/o medo dos democratas”⁷⁸⁴.

O preço social, como vivenciado pela Itália, no período de antecedeu ao novo CPP de 1998, é também o custo da economia. A investigação não é, de forma alguma, o óbice ao cumprimento do Estado Democrático de Direito e, de outro lado, os direitos humanos equalizados quanticamente ao processo não são ‘arcabouço do crime’, como pondera Ricardo Hasson Sayeg⁷⁸⁵.

Pelo contrário. Dotada do viés humano inerente aos estados democráticos, a investigação se reveste de instrumento de garantia da pessoa de não ser processada indevidamente, conforme se viu ao analisar a função constitucional do inquérito e dos direitos correspondentes até aqui conquistados. Ainda, Ricardo Hasson Sayeg, ao tratar do direito quântico, relembra o papel do realismo jurídico como elo para se ver o direito no campo da realidade: a efetividade. Ao analisar a efetividade, Norberto Bobbio⁷⁸⁶ a entende como uma

⁷⁸² ROMANO, Roberto. Estado policial. **Jornal da Unicamp**. 2018, p. 1. Disponível em:

<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/roberto-romano/estado-policial>. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 1.

⁷⁸³ LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Conjur**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁷⁸⁴ “Provisoriamente não cantaremos o amor/ que se refugiou mais abaixo dos subterrâneos. Cantaremos o medo/ que esteriliza os braços/ não cantaremos o ódio, porque este não existe/ Existe apenas o medo/ Nosso pai e nosso companheiro. O medo grande dos sertões, dos mares, dos desertos, o medo dos soldados, o medo das mães/ o medo das igrejas/ cantaremos o medo dos Ditadores/ o medo dos Democratas/ Cantaremos o medo da morte e o medo de depois da morte/ depois morreremos de medo/e sobre nossos túmulos nascerão flores amarelas e medrosas”. Carlos Drummond de Andrade.

⁷⁸⁵ SAYEG, Ricardo. O crime: o verdadeiro inimigo dos brasileiros. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267057/o-crime---verdadeiro-inimigo-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 nov. 2023, p. 1.

⁷⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

questão que ultrapassa a positivação, para concluir que uma coisa é a proclamação destes direitos, outra, é ‘desfrutá-los efetivamente’.

João Pedro Gebran Neto⁷⁸⁷, sobre a efetividade, aborda as garantias individuais da pessoa, ao ponderar que, sob a ótica da justiça social, os direitos e garantias preconizados pelo art. 5º da CF/1988 devem ser a fonte para a extração da maior efetividade. O princípio da efetividade, segundo o autor, se destaca “quando se tem norma constitucional de conteúdo indeterminado ou com pouca densidade normativa, que dá ao intérprete menos efeito à matéria a falsa impressão de pouca ou nenhuma força normativa”.

Tendo em vista que uma norma precisa ser analisada quanto à sua existência, validade e eficácia, daí resulta da necessidade natural de adequá-la aos efeitos os quais produz. Sua eficácia deve se dar em âmbito jurídico, o qual só pode ser produzido através de uma eficácia social, ou seja, da aptidão para modificar a realidade de fato.

Retoma-se, assim, a efetividade como elemento relacionado à ‘juridicização da constituição’, ou seja, à sua força normativa no conjunto. A efetividade, portanto, é a realização concreta, no mundo dos comandos abstratos contidos na norma, afirma Luís Roberto Barroso⁷⁸⁸. E prossegue: “a efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função [...] Simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.

A efetividade, a ‘juridicização da constituição’, ou seja, a sua força normativa no conjunto (ou realismo jurídico) liga-se diretamente ao capitalismo em sua versão humanizada, ou capitalismo humanista. Isto porque, não é possível alcançar verdadeira prosperidade e paz social onde o ‘vigilantismo’ e o ‘punitivismo’ estatal se instalam, mesmo porque essas circunstâncias colocam pessoas que estão sob a égide de um mesmo pacto na situação de ‘inimigos’, ou de desconfiança pré-concebida, matrizes sob as quais é impossível se instalar a paz social⁷⁸⁹. A efetividade está ligada ao controle do Pacto, este como o detentor do tipo de poder socialmente estabelecido, posto que ‘Estado’ e ‘política’ o têm em comum (e é inclusive a razão de sua intercambialidade ao fenômeno do poder [...])⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. Curitiba: RT, 2001, p. 24.

⁷⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 79.

⁷⁸⁹ SAYEG, Ricardo. Brasil vive uma verdadeira era de paranoia punitiva. **Conjur**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

⁷⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 2007, p. 10.

O ambiente acadêmico é, então, o campo propício para a análise do objeto e da realidade social que o vincula – o encontro entre o ontológico e o deontológico. Nesta etapa do trabalho, propõe-se uma análise de conformação entre a legislação posta e os direitos da pessoa investigada no fase pré-processual em âmbito policial. Busca-se não um diagnóstico – no âmbito clínico da palavra – mas uma análise sobre a segurança jurídica dos direitos hoje tutelados às pessoas investigadas, “o diagnóstico dá medo e sua formulação é indecorosa: certamente, o mundo pode dar medo, e de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa”⁷⁹¹.

Daniel Sarmento, ao refletir sobre a dignidade, alude Carlos Drummond de Andrade, ao analisar as necessidades humanas: “Os homens pedem carne/Fogo/Sapatos/As leis não bastam/Os lírios não nascem das leis”⁷⁹². Tal é a verdade encontrada no poema que, ao analisar os históricos direitos trazidos no contexto das grandes revoluções, Norberto Bobbio traz como contraponto às condições jurídicas reconhecidas o problema da efetividade.

Partindo do preceito de que direito é também cultura⁷⁹³, esta fase da análise aqui proposta é relevante para se perquirir os caminhos atuais do cumprimento – e/ou não cumprimento dos direitos de defesa estabelecidos, em âmbito de inquérito policial – ou investigação preliminar policial, conforme trazido por Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá:

Um vínculo jurídico, quando se pretende que concorra não só conceitualmente, senão na realidade, há de constituir a configuração social; não basta o mero postulado de que tal constituição deve ser. Quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige as pessoas, carece de realidade social⁷⁹⁴.

Ricardo Hasson Sayeg e Josimary Rocha de Vilhena apontam como necessário enfrentamento às questões sociais e políticas dos quais o processo se reveste, dois importantes diagnósticos: a ‘resposta penal vingativa ou rancorosa’ e a ‘paranoia punitivista’ os quais se passa a abordar.

⁷⁹¹ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 6. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 10.

⁷⁹² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021, p. 20.

⁷⁹³ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 162.

⁷⁹⁴ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 6. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9.

5.12 A ‘resposta penal vingativa ou rancorosa’ e a ‘paranoia punitivista’, em Rocha de Vilhena e Sayeg – questões socioeconômicas e culturais

O acender das luzes do iluminismo quântico para o inquérito policial no Brasil tem seu começo com a promulgação da CF/1988, que nos estritos termos da acepção, atribui ao investigado o *status* de pessoa – posto que ‘todos são iguais em dignidade’, reconhecida através do art. 5º da CF/1988 e toda legislação que a sucedeu.

Entretanto, conforme rememora Josimary Rocha de Vilhena⁷⁹⁵, “de tempos em tempos, o Estado busca fomentar a identificação de inimigos como forma de direcionar a atenção para outros fatores que não são os reais causadores de determinadas distorções sociais”. Seu pensamento está arrimado às lições de Eugenio Raúl Zafarroni, que indica a reação da existência da figura do ‘inimigo’, caracterizado, na teoria de Günther Jacobs, desde 1985 (“direito penal do inimigo”), cujas características são a ‘antecipação da punição’, pela ‘desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e pela ‘criação de leis severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social’”.

Josimary Rocha de Vilhena⁷⁹⁶ reporta ao sentimento de decepção nas estruturas sociais pelos indivíduos do grupo social, que cria o ambiente psicológico para se exigir do direito penal uma reafirmação, por meio do método do inimigo, para sanear ou conformar a expectativa de manutenção do ambiente social (a essa necessidade – chama de ‘ódio’ ou ‘rancor’), o ambiente da sociedade vingativa ou rancorosa. Os históricos julgamentos havidos na última década – ‘Mensalão’, ‘Lava-Jato’ – demonstram que, nos últimos anos, há uma atenção especial dedicada aos crimes nomeados ‘colarinho branco’, ou de natureza administrativa, cujo vítima seja indeterminada, ou o próprio bem público.

Esse ambiente, que em Ricardo Hasson Sayeg é denominado ‘paranoia punitivista’, encontra na sociedade um momento, como alerta, de fragilização de direitos, em prol de um sentimento de extrema vértice punitivista, sobretudo na esfera dos ‘crimes de colarinho branco’, uma vez que a cólera:

Não pode ser um veneno capaz de levar o nosso país a uma paranoia revanchista contra as pessoas que lideram os setores produtivos e financeiros. Muitas vezes, a diferença entre o remédio e o veneno está apenas na dose.

⁷⁹⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 178.

⁷⁹⁶ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 179-210.

Atualmente, observamos que não há segurança nos direitos humanos, no devido processo legal, com ampla defesa e presunção de inocência⁷⁹⁷.

Ao tratar da ideia de vingança, Rogério Greco⁷⁹⁸ rememora que a vingança já foi a primeira modalidade de aplicação de pena privada, anterior à própria ideia da Lei de Talião – ou a lei de retribuição, que aliás, é apontada como a primeira lei a, de algum modo, falar de *proporcionalidade*, ainda que revestida da ideia de retributividade, posto que o ‘olho por olho’ trazia um conceito próprio de justiça, mesmo que vinculado à perspectiva da vingança privada.

Mauro Cardoso Simões⁷⁹⁹ ao analisar o conceito de vingança, discorre sobre ela como instituto histórico, incluída no Antigo Testamento, em Êxodo, 21:24-25⁸⁰⁰. No direito, é facilmente encontrada em sistemas de justiça vindicatória, como a Lei de Talião, que em essência, não tinha por finalidade incentivar a desordem, mas pacificar anseios pessoais e garantir a ordem social, adquirindo, neste aspecto, o componente político. É ainda Mauro Cardoso Simões⁸⁰¹ que recorda a palavra vingança vir do latim *vindicare*, ou ‘reivindicar justiça’.

Assim, o ‘vingador’ não age nos limites da ordem social, mas sob o *status* da excepcionalidade, mesmo porque, a vingança na contemporaneidade não integra os ordenamentos jurídicos. A face perigosa é, justamente, por não integrar o processo legítimo da gestão do poder estatal – pois substituído o sistema de ‘vingança cerimonial’ pelo de ‘justiça procedimental’, o que, por si, dá à vingança “a forma de compensação pessoal” – culmina por liberar a ‘violência individual’, a qual resulta, no campo social, em ‘reciprocidade violenta’⁸⁰².

O revanchismo social produzido por uma sociedade acometida por sintomas de vingança e rancor, no campo de investigação policial – quando, sobre a pessoa investigada recai a dúvida estatal – pode gerar discursos jurídicos extremistas e promover o fetichismo da objetificação da pessoa, em âmbito investigativo. Note-se que fetichismo, aqui utilizado, reporta aos conceitos de Willis Santiago Guerra Filho⁸⁰³ ao refletir sobre o sistema de criação

⁷⁹⁷ SAYEG, Ricardo. Brasil vive uma verdadeira era de paranoia punitiva. **Conjur**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

⁷⁹⁸ GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 6. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 84.

⁷⁹⁹ SIMÕES, Mauro Cardoso. **Discursos de ódio e vingança nas fronteiras da democracia**. São Paulo: Ideias e Letras, 2021, p. 113.

⁸⁰⁰ BÍBLIA SAGRADA. **Êxodo, 21:24-25**: Olho por olho, dente por dente, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

⁸⁰¹ SIMÕES, Mauro Cardoso. **Discursos de ódio e vingança nas fronteiras da democracia**. São Paulo: Ideias e Letras, 2021, p. 34.

⁸⁰² SIMÕES, Mauro Cardoso. **Discursos de ódio e vingança nas fronteiras da democracia**. São Paulo: Ideias e Letras, 2021, p. 26-37.

⁸⁰³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dimensão psicopolítica da religião**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21622>. Acesso em: 03 nov. 2023.

irreal de condições ou fatos (que nomeia como *fake*), com o intuito de caracterizar a substituição de algo por um objeto ou pelo processo de ‘objetificação’ – ou perversão.

Essa relação, base para a busca do ‘eficientismo penal’ – ou seja, para se aplicar métodos de excepcionalidade na política criminal – no processo, quando vinculada às autoridades responsáveis pela prática da segurança, pode ser convertida em vigilantismo, que podem alcançar resultados antidemocráticos promovidos pelas ditaduras, conforme alerta Eugenio Raúl Zaffaroni⁸⁰⁴.

E é justamente por meio da aplicação da excepcionalidade (“direito penal do inimigo”), que se justificam práticas antidemocráticas. Alexandre Moraes da Rosa⁸⁰⁵ relembra Luigi Ferrajoli ao mencionar exemplos deste estado de emergência na Itália, em fases diversas – ou excepcionais – as quais, como vimos, é base da vingança.

Nesse contexto, mencionam-se o direito especial de polícia (de 1974 a 1978), uma reação ao crescimento exponencial da criminalidade, o direito penal político especial (1979), quando a magistratura ganha o viés de responder à luta contra o ‘terrorismo’, o direito penal diferenciado, que evidencia práticas com justificativas antiterroristas, promovendo direitos dessa natureza, cujo teor fazia diferenciação, por tipo de autor e por tipo de ilícito, a permitir uma ‘generalização de especialidades’.

O sentimento de rancor e a fragilidade dos instrumentos são reportados por muitos fenômenos intrinsecamente ligados ao inquérito policial, conforme se observa da literatura citada. O Brasil, em plena democracia, vivencia uma homeopatização dos direitos humanos diante da espetacularização de operações policiais e da prática de atribuição de nomes aos atos de investigação realizados mediante ordens de busca e apreensão. Esse contexto tem sido analisado pela doutrina, sobretudo à luz da dignidade humana.

Anita Gonçalves Hofmann e Luis Mauro Sá Martino⁸⁰⁶, quando da espetacularização da ‘Operação Lava Jato’ e do uso de atribuição de nomes às operações policiais, faz observar que a “narrativa midiática do fato sugere a construção de um enredo, com cenários, tramas e reviravoltas – prisões, delações premiadas, solturas, investigações, envolvimento de figuras públicas conhecidas – terreno nos quais heróis, mocinhos e bandidos emergiram”. Também os

⁸⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Disponível em: <https://dokumen.tips/documents/la-globalizacion-y-las-actuales-orientaciones-de-politica-criminal-zaffaroni.html?page=2>. Acesso em: 04 nov. 202, p. 76-77; 90.

⁸⁰⁵ MORAES, Alexandre Rocha de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016, p. 1.

⁸⁰⁶ HOFMANN, Anita Gonçalves; MARTINO, Luis Mauro Sá. Os nomes da Operação Lava Jato: aproximações e apropriações do entretenimento no campo político. **Revista Comunicação Midiática**, 2017. Disponível em: <https://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/CM/article/view/34>. Acesso em: 03 nov. 2023.

autores, ao analisarem 41 fases da extensa investigação, abordaram a dimensão psicológica dos nomes atribuídos, alertando para o fato de que alguns, evidentemente, faziam alusão a ‘um fim esperado’.

Não se descarta que, o sentido simbólico promovido pela linguagem, em uma sociedade “vingativa ou rancorosa” na qual se instaura a ‘paranoia punitivista’, vem do próprio sentido do discurso de ódio, trazido por Mauro Cardoso Simões⁸⁰⁷ como “um discurso que inflige dano emocional e que contém comentários inflamatórios, destinados a despertar em outros indivíduos ataques públicos que causem dano social grave”.

A lógica do sofrimento é justamente o espaço em que a ‘aceitabilidade’ da tortura – ou o debate sobre o que seria tortura e sua ‘funcionalidade’ – ganha espaço nos espaços de exercício de poder. Mauro Cardoso Simões⁸⁰⁸ observa, ainda, que a tortura pode ser “qualquer ato pelo qual dor ou sofrimento grave, seja físico ou mental, é intencionalmente infligido a uma pessoa”, seja para obter a confissão, ou a informação que importe ao ato do Estado, em relação a terceiros.

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano⁸⁰⁹, ao abordar a influência do aspecto midiático na relevância do debate democrático como método de ponderação dos valores sociais, pergunta: “dissociar a funcionalidade da tortura como método investigativo do juízo moral a seu respeito é uma conduta lúcida e saudável? Ou é manifestação de uma sociedade psicopática? O tema da funcionalidade da tortura é apto a ingressar no ambiente público de uma sociedade democrática?”

Luís Roberto Barroso⁸¹⁰, responde que a preocupação da reprimenda à criminalidade jamais pode ser realizada com base em intransigências, vez que “deve ser efetivada com presteza, seriedade e rigor. Mas, há limites muito nítidos. Qualquer transigência, aqui, é o sacrifício do direito no altar das circunstâncias”.

A dimensão psicológica gerada pela investigação também é objeto de estudo de Alexandre Morais da Rosa, ao abordar a reprimenda pela espetacularização como reforço socialmente reprovável, cuja finalidade não pode ser outra, senão julgar e condenar, “afinal, o

⁸⁰⁷ SIMÕES, Mauro Cardoso. **Discursos de ódio e vingança nas fronteiras da democracia**. São Paulo: Ideias e Letras, 2021, p. 42.

⁸⁰⁸ SIMÕES, Mauro Cardoso. **Discursos de ódio e vingança nas fronteiras da democracia**. São Paulo: Ideias e Letras, 2021, p. 64.

⁸⁰⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A justiça na sociedade do espetáculo**. São Paulo: Alameda, 2015, p. 123.

⁸¹⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004. Disponível em: acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0-2004_Alexandre_Rosa_4.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023, p. 158.

patrocinador não pode ter sua moral prejudicada. A ‘moral vedete’ surge nos discursos ‘moralizantes’ e ‘normatizadores’, enunciados pelos ‘juízes midiáticos’, nos quais as garantias penais e processuais penais são francamente vilipendiadas, reportam ao tempo romano e à política ‘do pão e do circo’.

O autor menciona ainda o simbolismo e a estereotipação da pessoa – a tarja de ‘criminoso’, ao apontar que, quando vinda da ‘linguagem encrática’, ou seja, aquela produzida e partilhada sob o manto do uso do poder, leva à linguagem da ‘repetição’, capaz de produzir o ‘estereótipo’ o qual Alexandre Morais da Rosa nomeia ‘figura linguística simbólica e eficaz, a serviço do poder dominante, como se percebe na figura do crime, criminoso e bem jurídico’⁸¹¹. A própria imposição de nomes às operações policiais segue a mesma lógica.

Rogério Greco⁸¹² rememora caso emblemático em que a força do inquérito policial, por reforço midiático, culminou com acusação de abuso sexual pelos proprietários de uma escola particular em São Paulo, cujo efeito foi a conclusão policial por indiciar pessoas e a consequente ação penal – acompanhado de todo o prejuízo histórico às suas reputações. Isso porque, posteriormente, no processo, foram comprovadamente declarados inocentes. Entretanto, o caso se reveste de especial importância dada a cobertura midiática, a indução às conclusões e o efeito provocado na vida das pessoas, posto que “a escola foi destruída e fechada por populares. Seus proprietários ficaram sem condições de sustentar suas famílias, não podendo, inclusive, conviver em sociedade”.

Desse modo, claramente, é possível discernir que a paranoia e a resposta social vingativa, por vezes, são iniciadas na perquirição. Josimary Rocha de Vilhena aponta importantes debates surgidos em torno de vultosas operações policiais que culminaram com ações penais de alta carga midiática nacional, como as Operações ‘Lava-Jato’ e ‘Mensalão’, cujo aporte também contém grande influência para a análise de ADCs nas quais foram debatidas a prisão em segunda instância, com base nos limites da presunção de inocência, sobre o qual, apesar da oscilação temporal, prevalece o direito à presunção de inocência até a última fase

⁸¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004. Disponível em: [acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0-2004 Alexandre Rosa 4.pdf](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0-2004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf). Acesso em: 03 nov. 2023, p. 245.

⁸¹² GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 84-85.

recursal⁸¹³. Estas operações, inclusive, foram claramente inspiradas no direito italiano⁸¹⁴, com a inauguração de *maxiprocessos* no país.

Notadamente, tal como aponta Josimary Rocha de Vilhena⁸¹⁵, as questões da efetividade trazidas acerca dos direitos humanos – inquietações que permeiam a presente – de que os direitos humanos não podem ser vistos como ‘arcabouço do crime’. Pelo contrário: “os direitos humanos são elos de transformação social e conformam todas as frentes, sejam as vítimas, sejam os ofensores, e sobretudo, a própria preservação e o fortalecimento do meio social”.

Não é possível concluir sem ressaltar a importância da polícia para o Brasil e para própria democracia, como agentes do Estado cuja responsabilidade constitucional é a segurança e a incolumidade das pessoas:

Os agentes policiais e serviços responsáveis pela aplicação da lei, que respeitam os direitos humanos, colhem pois, benefícios que servem aos próprios objetivos da aplicação da lei, ao mesmo tempo que constroem uma estrutura de aplicação da lei que não se baseia no medo ou na força bruta, mas antes, na honra, no profissionalismo e na dignidade⁸¹⁶.

Entretanto, do estudo comparado, necessário relacionar esse sentimento de *apreciação* da atividade policial havido, ainda com maior rigor nos nomeados crimes de ‘colarinho branco’ no país, com os fatores sociais que ampliaram a atuação das políticas na Alemanha, e as críticas ao engrandecimento do procedimento policial na prática. Neste sentido, observa-se que a defesa não deve ser – assim como o próprio procedimento – vista senão como *reação à imputação*, respeitando-se os meios e as formas conformados pela dignidade, elo desta pesquisa entre a dimensão da pessoa e do processo, e para onde se retoma a questão. Os sintomas também se assemelham à realidade italiana, no tempo que antecedeu a substituição do CPP de Rocco.

⁸¹³ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 162-170.

⁸¹⁴ DIAS, Gabriel Bulhões de Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 81-87.

⁸¹⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 200.

⁸¹⁶ GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 18.

5.13 O giro quântico da dignidade: a fraternidade como elo dos direitos da pessoa desde a investigação

Willis Santiago Guerra Filho⁸¹⁷, em mais de uma oportunidade, menciona o direito como fenômeno autopoietico, ou seja, capaz de transformar-se, através da conjunção de fatores, como a norma e os sistemas sociais: ou seja, a realidade ontológica interage com as transformações do deontológico.

Nesse cenário, Zygmunt Baumann⁸¹⁸ analisa um viés duplo do medo. Para o filósofo, o medo em alta escala produzido pela pós-modernidade e o individualismo baseado na falta de confiança no estado de segurança social, produz o que ele nomeia ‘estado de proteção pessoal’, ou antidemocráticos, sucedâneos do sentimento. De outro lado, entende que pode ser funcional para se reciclar a profecia e a realização do Estado de Direito, nomeado pelo autor como aquele que busca sua legitimação na defesa da lei, transformando-se em uma ‘profecia autorrealizadora’.

Segundo Ricardo Hasson Sayeg⁸¹⁹, a doutrina conhecida como fraternidade vem de Jesus Cristo, que proclama o valor da pessoa (a dignidade) e a condição de, mais que iguais, irmãos. Daí humanismo cristão, filosofia que, embora transmutada de sua virtuosa condição na inquisição, ganha uma nova reação ao fundamentalismo proposto pela idade medieval, e convida a uma nova racionalidade, fundada no valor da pessoa. Observa⁸²⁰, ainda, que a fraternidade como princípio, instrumentalizado pelo humanismo integral de visão teocêntrica não tem por intuito desrespeitar o Estado laico, mas reconhecer a independência do Estado da religião, e propor a exclusão do humanismo antropocêntrico burguês vivenciado antes do iluminismo a ressaltar ou formular um humanismo ‘inclusivo, evolucionista’ e emancipador, por isso antropofílico – ou, que vê o outro como irmão. Eis a base reivindicatória dos direitos humanos.

⁸¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre a migração de Cortes Constitucionais do sistema jurídico para o sistema político**. Disponível em:

https://www.academia.edu/37567652/Sobre_a_Migra%C3%A7%C3%A3o_das_Cortes_Constitucionais_do_Sistema_Jur%C3%ADdico_para_o_Sistema_Pol%C3%ADtico. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁸¹⁸ BAUMAN, Zigmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 201-202.

⁸¹⁹ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 144-148.

⁸²⁰ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 159.

Josimary Rocha de Vilhena⁸²¹, ao abordar a fraternidade, parte da máxima de que “o direito penal há de ser fraterno”, com fundamento nas palavras do Papa Francisco, registradas na Encíclica papal *Fratelli Tutti*, de 4 de outubro de 2020:

Desejo ardentemente que, neste tempo que nos cabe viver, reconhecendo a dignidade de cada pessoa humana, possamos fazer renascer, entre todos, um anseio mundial de fraternidade. Entre todos: Aqui está um ótimo segredo para sonhar e tornar a nossa vida uma bela aventura. Ninguém pode enfrentar a vida isoladamente [...] precisamos duma comunidade que nos apoie, que nos auxilie dentro da qual nos ajudemos mutuamente a olhar para a frente. Como é importante sonhar juntos! [...] Sozinhos, corre o risco de ter miragens, vendo o que não existe [...]

Assim, mesmo na Encíclica, reforça-se a fraternidade como categoria jurídica, e novamente, a importância de sua efetivação na vivência em comunidade e na prática do direito, para se efetivar os direitos humanos da pessoa, em qualquer âmbito, quando diante do Estado.

A cosmovisão do homem no exercício da fraternidade e sua implementação fática, exercitada pela prática do amor, é explicada por Ricardo Hasson Sayeg⁸²²: a complexidade que envolve o campo da efetividade de tão importantes conceitos é diretamente vinculada ao sentido de democracia, pensamento o qual Willis Santiago Guerra Filho⁸²³ complementa: “o estado democrático de direito representa, então, uma forma de superação dialética da antítese entre os diversos modelos de estados.

Sob outro viés, Antonio Carlos da Ponte e Pedro Henrique Demercian alertam para que esses instrumentos não sejam utilizados sem racionalidade e sem juízo de proporcionalidade, para a consecução dos fins do Estado, sob o argumento de se proteger direitos e afastar os riscos da vingança privada pelo sentimento de não prestação estatal⁸²⁴.

A ponderação, a reflexão e os papéis democráticos na investigação têm sido ampliados e transformados em estudos próprios, aspectos os quais este trabalho vem alcançar apenas para fincar balizas constitucionais. Observa-se que a devida atuação e a manutenção dos papéis das polícias e do MP na manutenção da segurança jurídica representam, portanto, vieses próprios da própria efetividade.

⁸²¹ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 213.

⁸²² SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista: a dimensão econômica de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 148-149.

⁸²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade Humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 307.

⁸²⁴ PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual**. 2019. Disponível em: Dialnet (unirioja.es) 66636-Texto_del_articulo-4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023.

A visão constitucional dos direitos das pessoas, por serem estes fundamentos do Estado, sob as luzes da dignidade humana, evita a todo custo aquilo que Alexandre Morais da Rosa⁸²⁵ chama de ‘processo penal baunilha’, ‘desprovido das extravagâncias humanas’, pois “estudar o ‘processo penal baunilha’ enjoa, e pode confortar apenas quem não está no lugar do acusado”.

As polícias, por sua vez, estão dispostas no Título III da CF/1988, alocadas como elementos da segurança pública:

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: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI – polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 104, de 2019).

A investigação policial está atribuída à polícia federal e às polícias civis (função de ‘polícia judiciária’):

Art. 144 [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

~~III – exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;~~

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 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.

Às polícias judiciárias compete a investigação policial, como explica Aury Lopes Junior⁸²⁶: “todas as informações sobre os delitos públicos são canalizados para a polícia, que decidirá e estabelecerá qual será a linha de investigação a ser seguida”. Desta forma, ainda que as polícias não tenham sua atuação especificada pela CF/1988, têm suas funções e finalidades

⁸²⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 55-56.

⁸²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 125.

relacionadas à efetividade da segurança, conforme preceitua Rogério Greco⁸²⁷, além de possuírem balizas internacionais de atuação, dispostas no Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais:

A investigação do crime constitui a primeira etapa fundamental da administração da justiça. Trata-se do meio pelo qual aqueles que são acusados de um crime podem ser levados a comparecer perante a justiça, a fim de determinar a sua culpabilidade ou inocência. É também essencial para o bem-estar da sociedade, pois o crime causa sofrimento entre a população e compromete o desenvolvimento econômico e social. Por essas razões, a condução das investigações criminais de forma eficaz e em conformidade com a lei e com os princípios éticos, é um aspecto extremamente importante da atividade policial.

Assim, tem-se como primeiro norte as condições valorativas dispostas no Título I da CF/1988. Isso porque, tendo em vista a lógica do ‘jogo’, e partindo da condição da dignidade, por conseguinte, da necessária segurança jurídica do pacto, os direitos relativos à defesa são condição irretirável da pessoa investigada no âmbito da investigação policial. Daí a necessidade, conforme como pondera Rogério Schietti Cruz⁸²⁸, “avançar para a concretização do discurso acadêmico. E a iniciativa para a devida conformidade dessa prova ao modelo legal deve partir também das próprias polícias (civil e federal)”.

As questões socioculturais trazidas correspondem a práticas que devem ser retiradas do contexto da investigação policial, visto que a democracia conta com outro importante elo na investigação: o MP como fiscalizador:

Até que essas mudanças não ocorram voluntariamente no âmbito das próprias polícias, cumpre ao Ministério Público exercer efetivamente a função de controle externo da atividade policial, dada sua ínsita função de *custos iuris*, a qual deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II)⁸²⁹.

⁸²⁷ GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 84.

⁸²⁸ SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio-ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁸²⁹ SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio-ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>. Acesso em: 11 nov. 2023.

Na citação do *decisum* do Habeas Corpus n. 712.781 (Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 15-3-2022, DJe 22-3-2022), que aborda a regularidade da atuação policial como garantia do Estado de Direito, Rogério Schietti Cruz finaliza:

Essa nova linha jurisprudencial implica, certamente, desconstituição de decisões e anulação de processos, com possível incremento do número de culpados beneficiados [...] Mas implica, em direção contrária, a soltura e a absolvição de pessoas injustamente processadas, porque inocentes, e a evitação de novos erros judiciais, minimizando, assim, o percentual de casos de condenações injustas e ilegais. É a opção pela diretriz de que nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso implique a não punição de alguns culpados⁸³⁰.

Para Rogério Greco⁸³¹, além dos instrumentos que dispõem sobre a atuação policial em âmbito interno, a atividade policial também é regulada por instrumentos e por aparato regulativo ou de caráter de diretriz, a exemplo do Manual de Formação em Direitos Humanos para as forças Policiais.

Em âmbito interno, Rogério Schietti Cruz ressalta como norte da atuação policial os direitos e as garantias concedidos à pessoa, partindo da dignidade humana, que devem ser iniciados por seu tratamento:

o investigado ou acusado [deve ser] tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Mais ainda, o estado de inocência assegura ao investigado ou réu a “lealdade do procedimento penal”, desde seu nascedouro. Assim, todos os que de algum modo intervêm no inquérito e no processo (juízes, membros do Ministério Público, policiais, servidores) se obrigam a ter uma “correção de comportamento”, vinculados aos limites e à forma da lei, relativamente ao sujeito passivo da persecução penal, de sorte a impedir o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário (HC n. 115.613, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 25-6-2013, DJe-155, 13-8-2014)⁸³².

O autor pondera sobre as dificuldades de se impor regras de tratamento e empregar meios lícitos, sobretudo no que tange à polícias surgidas dentro de regimes autoritários ou que por eles transitaram, pela própria amplitude histórica e cultural. A segurança pública, sob a

⁸³⁰ SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio-ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>. Acesso em: 11 nov. 2023.

⁸³¹ GRECO, Rogério. **Atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021, p. 83.

⁸³² CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 590.

ótica democrática, requer o aprimoramento dos ideais do Estado, para se garantir a regra de tratamento e reafirmar a segurança da ordem jurídica – missão da qual as polícias, no âmbito da investigação estatal, são a porta de entrada, por atentarem à franca mudança do papel da segurança pública em plena democracia:

Quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito⁸³³.

A ausência deste tratamento e da adoção de procedimentos eficientes, além de implicar prejuízo à pessoa, apresentam também um viés estatal que Alexandre Morais da Rosa⁸³⁴ chama de “tragédia dos comuns”, isto é, a utilização indistinta do aparelho estatal eleva custos, gera insegurança e multiplica ações estatais ineficientes – o que em nada interessa às instituições que promovem justamente a segurança à sociedade.

É impossível esquecer outro relevante aspecto da CF/1988, disposto em seu art. 144. No campo normativo constitucional, as polícias constam como função de garante da incolumidade das pessoas: integram o núcleo objetivo do art. 144 da CF/1988. A defesa, portanto, deve ser garantida pela própria autoridade e a esta importa diretamente, pois a pessoa e sua segurança – sua integridade – são parte do núcleo da garantia da ordem e da paz social, revertendo-se em importante elo da fraternidade.

Isso porque, como argumenta Josimary Rocha de Vilhena⁸³⁵, não é possível haver flexibilização de garantias sem que haja a perversão do que nomeia de ‘sentido normativo’ do ‘conjunto’ e responde que, decerto não, daí porque a existência das cláusulas pétreas. A autora remonta, ainda, à fraternidade como medida de cooperação com o todo, na própria percepção da organização do conjunto normativo. Assim, o giro quântico da dignidade alcança a dimensão paradigmática da defesa na investigação, seja pela reação (ou réplica à imputação), seja pela atuação normativa.

O constituinte, ao avaliar os desafios que seriam enfrentados pela CF/1988, profetizou que a Constituição seria a luz, sob a qual o Estado Democrático seguiria e construiria seu

⁸³³ CRUZ, Rogério Schietti. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio-ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>. Acesso em: 12 nov. 2023, p. 588.

⁸³⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020, p. 69.

⁸³⁵ VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 203-204.

caminho. E assim, a trajetória da humanidade, com a proposta do exercício da fraternidade e da proporcionalidade na aplicação do direito, com ênfase no valor da pessoa, tem reforçado o estado de segurança jurídica pelo pacto, cumprindo-se, no dizer de Ricardo Hasson Sayeg⁸³⁶, “a missão do homem e do universo”.

⁸³⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CAPH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 147.

6 CONCLUSÃO

O direito à defesa no inquérito policial, a partir da lógica quântica da dignidade, conformada pela Súmula Vinculante n. 14/2009 e pelo Provimento n. 188/2018, não poderia ser questão mais complexa. Estudá-lo, sob a ótica da trajetória pela qual os sistemas foram revestidos requer investigar os vernizes normativos da investigação, caminhar pela trajetória dos direitos humanos e por sua incidência sobre as políticas do Estado.

A história revela que o instituto da investigação viajou séculos para ser conformado em diversas sociedades, em seus respectivos sistemas, e que a defesa sempre esteve atrelada a maneira pela qual o Estado equaliza o uso de suas forças em relação à pessoa. O poder de perquirir a conduta através do Estado surgiu ainda em Roma, quando se percebeu os benefícios da substituição das acusações e das justiças privadas e, antes disso, do uso da vingança como meio de conformação entre as pessoas, além da própria Ordália, ou juízo divino de imputação da culpa.

Na Idade Média, o sistema inquisitivo, de onde o inquérito foi perfilhado, se fortaleceu como meio de exercício e manutenção de poder e de autodefesa da ordem estabelecida, e veio a ser revisto a partir do surgimento das grandes revoluções e do Iluminismo, período no qual o sistema acusatório ressurgiu a partir de uma nova lógica, a da racionalidade. O constitucionalismo ampliou essa vertente; ademais, o processo de codificação entre os Estados foi intenso, embora o sistema inquisitivo não tenha sido abolido e comumente adotado uma modalidade ‘mista’, um sistema híbrido, com o uso dos dois sistemas no âmbito do processo penal.

A dignidade, que já caminhava por seus próprios passos, entrou no campo do direito naquele período, como ‘condição’ decorrente da evolução dos direitos humanos, e incidiu quanticamente sobre tudo o que veio a ser o processo do constitucionalismo e do sistema de codificação dos direitos, adentrando no cenário jurídico como a ‘condição’ da pessoa e, sobre esta, dando a capacidade de vida ativa.

No Brasil, o instituto ganhou particular enfoque pois, em um curto período de tempo, o Brasil viveu a Idade Média como colônia de outra nação, e teve sua história marcada, a partir da colonização, pelo direito português. Este último, por sua vez, sob influência romana e germânica, conta com poucos institutos: o processo penal, longe do direito constitucional ou mesmo de outras codificações, teve apenas dois Códigos de Processo Penal. A questão importa para fins da política penal estabelecida pelos Estados, que é logicamente ligada às suas constituições estabelecidas.

O atual instrumento, o inquérito policial, nascido sob muita dúvida acerca de sua manutenção, surgiu em pleno Estado Novo, sob o manto de uma forte política protetiva estatal e da doutrina de segurança nacional. Sua conformação se justifica nas próprias razões do Código, e foi mantido, primordialmente, sob o fundamento do melhor interesse econômico do Estado, que não poderia suportar o modelo proposto pelo Código Vicente Raó, da criação de Juizados – este, mais humano, sob a lógica do acusado.

Não obstante, o inquérito caminhou. Passou da Constituição do Estado Novo (1937), de onde nasceu, para a experiência extremamente democrática da Constituição de 1946. Lá, foi colocado em seu lugar: ato informativo do Estado, conformador do juízo cognitivo da viabilidade ou não da acusação ao MP. Todavia, tendo em vista os aspectos socioculturais do período, a defesa fora colocada como ‘convidada de pedra’, isto é, apenas para garantir o que poderia violar a liberdade da pessoa. De outro lado, o inquérito não tinha maior valor que de mero ato informativo.

O golpe militar de 1964 abriu um novo cenário, com ações históricas estabelecidas a critério do regime, dentre elas, a investigação ‘de exceção’, com admissão de tortura, garantido o segredo absoluto. Aqui, registra-se historicamente a expressão ‘Operação’, para atos de investigação estatal, com o surgimento da já nomeada Operação Bandeirantes, que originou os dois, vinculados aos CODIS, nos quais o regime realizava investigações típicas do Estado Policial que assolava o país e que se estendeu por longos anos, até a redemocratização.

A redemocratização, por sua vez, como feixe de luz sobre tempos autoritários, abriu espaço para o necessário debate sobre os direitos e as garantias da pessoa. Reconhece-se a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito na CF/1988, junto ao art. 1º, III. Os direitos e as garantias individuais foram ampliados e a Constituição alocou sua condição sobre os princípios do processo: a condição de inocência da pessoa, o devido processo legal, como meio de segurança jurídica, e o direito à defesa em processos de âmbito penal e administrativo, tudo pelo art. 5º da CF/1988. A defesa ganhou seu local no direito constitucional como direito fundamental da pessoa.

Um novo capítulo surgiu para o inquérito policial e para os direitos de defesa. Isso porque, recepcionado pela CF/1988, o CPP/1988 foi mantido e, por consequência, o instrumento de perseguição estatal, o inquérito policial. A partir do art. 5º, viu-se a doutrina se dividir entre os que argumentavam em prol da defesa em âmbito estatal e aqueles que seguiam em sentido contrário, embora todos sob o mesmo argumento: a redação dada pela cláusula constitucional. O dispositivo foi analisado às minúcias.

Diante disso, a questão bateu às portas dos Tribunais Superiores, sobretudo do STF, provocado por diversas vezes. As decisões, no período, não tinham uniformidade legislativa, até a EC n. 45, que permitiu as Súmulas Vinculantes. O projeto sobre os direitos da defesa no inquérito policial foi a proposição da 1ª edição de Súmula. No entanto, seu caminho foi longo, assim como o da Súmula Vinculante n. 14. Nela, grande parte das questões foram debatidas minuciosamente, inclusive o caráter sigiloso do inquérito e as funções do Estado Democrático de Direito.

Algumas respostas começaram a surgir, que levaram a novas perguntas. Diante disso, novos instrumentos normativos, como a alteração do Estatuto da OAB, que ampliou as prerrogativas da advocacia até a chegada do Provimento n. 188/2018 – esse recentíssimo instrumento de defesa ativa em qualquer etapa do *jus persecuendi* e que representa uma verdadeira mudança de paradigma. É atribuído ao advogado a missão de conformar as vezes do delegado de polícia, na investigação estatal, e promover o próprio rol probatório defensivo, por procedimento próprio, que poderá servir tanto ao inquérito policial, quanto à própria ação.

Aliás, nada impede que o instrumento seja meio de contraprodução ao caderno investigativo policial, ainda que conte com algumas imprecisões normativas, sejam elas pelo direito de acesso aos elementos já concluídos no inquérito policial, seja pelo tempo conferido à defesa quanto ao direito de informação sobre a existência de investigação. Viu-se que a legislação brasileira não prevê a possibilidade de que o acesso aos elementos constituídos, como conferido pela Súmula Vinculante n. 14, tenha mais meios de cumprimento e efetividade regulatória.

Até aqui, tem-se o caminho percorrido por este estudo, até a chegada das percepções apuradas sobre o objeto estudado. Primeiramente, quanto à natureza jurídica do inquérito policial: perfilha-se o entendimento de que é método afeto ao Estado, em âmbito administrativo, na fase persecutória – dividida em dois momentos – e que ganha dimensão processual, ao integrar a denúncia, pela alocação do art. 155, que dá ao juiz a faculdade de usá-lo para formar sua convicção, ainda que não *exclusivamente*. Segundo, pela alocação encontrada no CPP/1941, Livro I – Dos Processos.

Tendo em vista os direitos e a condição de pessoa acrescentados ao recente direito de se realizar ativa defesa, embora mitigada pelo interesse público de origem – o ato investigativo em andamento, o inquérito ganha suas vertentes mais historicamente democráticas, ainda que com todas as dificuldades inerentes a algumas imprecisões.

Isso porque, o que parece bastante controvertido não é, particularmente, a forma pela qual a defesa entra no procedimento ou no processo penal, visto ser algo novo no cenário brasileiro. A investigação criminal defensiva representa um enorme passo e a conformação legislativa seria suficiente não fossem as imbricadas questões políticas relacionadas ao instituto: socioculturais, pobreza, meios de comunicação expansivos e uma sociedade cada vez mais carente do sentido de justiça, que criou um ambiente chamado por Ricardo Hasson Sayeg de “paranoia punitivista”. O inquérito e o sistema processual continuam sendo, segundo José Frederico Marques, um problema político do processo penal, pois representa uma mentalidade a ser trabalhada.

O Provimento n. 188/2018 parece resolver a entrada no inquérito policial, sob o ponto de vista lógico-formal. A defesa pode constituir seus próprios documentos e integrar ou não o inquérito, conforme decisão da defesa. Todavia, a defesa – ainda que não ‘ampla defesa’, conforme trazido na Constituição – é coligada à capacidade de influenciar sobre a decisão, o contraditório real. Este, portanto, parece ser o cerne do direito de defesa, ainda em crise, no inquérito policial.

De um lado, é possível afirmar que esse problema, aparentemente, não geraria grandes prejuízos à pessoa, uma vez que o Estado poderia dirimir o imbróglio por meio da ação penal. Entretanto, as questões sociais e as implicações sobre a antecipação do juízo de valor da conduta imputada integram o problema político do processo penal, o qual, no Brasil, com os meios de comunicação cada vez mais ampliados pela globalização, gera um ‘tribunal de exceção da coletividade de pensamento inquisitivo’, culminando com a “paranoia punitivista” e com a judicialização excessiva das investigações. Todo esse conjunto resulta no que Alexandre Moraes da Rosa chama de “tragédia dos comuns”, resultando em vultosos custos para o Estado, longas ações penais acerca de inquéritos midiáticos ou alongados demasiadamente no tempo.

O prejuízo não é apenas da pessoa – embora aqui tenha se partido desta, pela finalidade constitucional do Estado – mas também da coletividade e da economia. A defesa surge, então, não como um ponto que interessa também ao Estado. O exercício do contraditório, mitigado ou postergado, importa ao Estado, ou seja, a capacidade de influenciar a investigação policial e de defesa da pessoa diz respeito tanto à coletividade quanto à pessoa.

Finda-se este estudo totalmente em defesa do valor meramente informativo do inquérito, ou de peça que sirva ao juízo de probabilidade para se propor a ação penal ou arquivar a investigação. Acredita-se que a defesa – no sentido de reação/réplica, ou ativa, pelo Provimento n. 188/2018 – como possibilidade de influenciar no ato investigativo e relatório policial e da própria avaliação do *parquet* acerca da necessidade ou não da ação, é importantíssima ao

próprio Estado Democrático de Direito. Primeiramente, por sua dimensão processual, já trazida desde o CPP/1941. O procedimento está alocado no Livro I do CPP/1941 nomeado ‘Do processo’. O legislador já deu a resposta acerca do local do inquérito, se servível ao processo e do contraditório postergado. Até mesmo, da defesa promovida pela investigação criminal defensiva.

Ainda assim, importa à defesa a capacidade de contradizer, como possibilidade efetiva de reagir à imputação e esclarecer fatos, por meio de sua fala (interrogatório) ou por documentos e participação da gestão da prova colhida em fase preliminar, conforme, inclusive, permite a própria investigação criminal defensiva.

De todos os lados, a defesa, ainda que mitigada pelo momento, importa ao Estado e é medida a ser fortalecida pelo Estado Democrático Brasileiro. Seu avanço parece ganhar novos capítulos, com a previsão do juízo de garantias, um juízo que permita assegurar os direitos da pessoa. A dignidade constitucional parece ter sido a resposta constante da ordem jurídica atual e solidifica sua qualidade de gestão probatória pelo Provimento n. 188/2018.

Ainda assim, são apontadas imbricadas questões socioculturais como o maior problema político da investigação e do direito de perquirir do Estado, conforme demonstra a história desde o personalíssimo direito de D. Pedro I em Portugal, ao Estado Policial do período ditatorial. Ainda hoje, o mais complexo e a maior crise para os valores constitucionais, vez que, desde o começo deste estudo, ressalta-se o valor da cultura e da realidade da sociedade como parte da equação para o conceito de direito, conforme leciona Ricardo Hasson Sayeg, na doutrina do capitalismo humanista, com a qual se filia neste estudo: o direito é quântico.

Daí o tema e sua coligação ao capitalismo humanista parece ser respondido por si: uma sociedade economicamente desigual promove respostas desniveladas sobre instrumentos codificados. A resposta social influencia diretamente o direito positivo e a crise entre os instrumentos e a realidade social já foi palco de respostas perigosas.

Nenhuma matéria foge ao capitalismo humanista, pois o desenvolvimento como liberdade dota a pessoa de autonomia, amplia sua cultura e bem-estar. Nestas condições, ânimos são dirimidos, e a confiança nas instituições se fortalecem para que o processo seja de fato o que precisa ser: meio para aplicar a justiça, esta, estabelecida por seus instrumentos jurídicos. E assim, o procedimento seja o que é: ato estatal para aferir a necessidade ou não do ‘meio’.

Nesta pesquisa, tem-se a ciência de que a defesa no inquérito não pode se alargar a ponto de dotar o procedimento de ambiguidades tais que dariam à autoridade policial a capacidade de julgar, pois isso relegaria ao retorno às sociedades primitivas, onde tudo era feito por uma sociedade que dava a uma única pessoa essa capacidade. Essa ampliação poderia ser, decerto,

também perigosa à vinda dos Estados policiais: confiança excessiva nos aparelhos de repressão do Estado.

Mas a questão também já está equalizada pelo STF tendo em vista que a relevância foi concedida pela Súmula Vinculante n. 14/2009. À autoridade policial, como a todos os agentes do Estado, é atribuído o papel de cumprir a legislação conformada, para a manutenção do exercício do papel constitucional das polícias. Surge aqui o papel das polícias de garantir o exercício, mitigado – ou seja, parcial e ponderado – pela autoridade policial, por isso, trazido como última parte deste trabalho. Aponta-se a dignidade como método conformador a possibilitar um sonho: recontar alguns clássicos que serviram como reforço de linguagem à introdução ao tema.

E assim, parte-se do sentido de que a Constituição é o lume para se concluir sob a mesma lógica: o ‘ponto arquimediano’ do Estado, conforme rege a CF/1988, é a dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito. Esta, por si, foi uma longa trajetória: perceber a dignidade como condição inata e bem juridicamente tutelado, até que, no Brasil, se torne fundamento do Estado Democrático de Direito. A colocação da dignidade como ‘ponto’ de partida, por si, responde à questão de origem: neste trabalho, é impossível pensar em imputação sem resposta, pois a imputação é uma agressão à condição de inocência, que deve ser respondida. Contradizer a imputação é medida humana e procedimental, através do procedimento justo, que garante a segurança jurídica.

Aliás, a segurança é mais um dos vértices das múltiplas dimensões da dignidade. Por si, a própria segurança tem muitos elos, um deles, a segurança social, cujo papel de defesa é da autoridade policial, que tem o poder-dever constitucional de proteger a sociedade em total estado de confiança, e não de insegurança, pois a pessoa não pode ficar alheia, em nome da paz. Afinal, já disse o poeta, ‘paz sem voz, não é paz, é medo’.

O medo esteve representado neste trabalho através das questões atinentes à efetividade, a qual, por esforço pragmático, se exemplifica, como a resposta penal vingativa ou rancorosa, a sociedade do espetáculo que se reproduz nas volumosas operações policiais, que criam por meio da imprensa verdadeiras ‘novelas’, acompanhadas pela plateia faminta de justiça, digna da “paranoia punitivista”, em Ricardo Hasson Sayeg, e de algumas questões no campo normativo, pós e sucedâneo da democracia. Sabe-se que as fragilidades apontadas pela doutrina, acerca dos instrumentos normativos posteriores ao direito de defesa como sucedâneo da dignidade, no inquérito policial, demonstram que estamos longes de ‘responder’ a todas as questões, mas cujo ímpeto maior, o de contribuir com o debate acadêmico, espera-se ter sido cumprido.

Viu-se, também, que do incômodo surgem iniciativas positivas, como o esforço da doutrina e das legislações que sobrevieram, no sentido de ampliar garantias e de fidelizar o campo normativo externo à irretirável e gravitacional condição de dignidade inaugurada pela CF/1988.

Antecipa-se que foi muito presente neste trabalho o conceito de que a investigação é um fim em si, isto é, serve à avaliação estatal pela necessidade ou desnecessidade da ação, a qual deve ser sempre a última via, por se tratar de um ato de autoridade em desfavor da liberdade e de outros direitos da pessoa humana. Resta, assim, que, toda investigação retirada deste contexto e sem a prática do devido processo legal, com o inerente direito à ampla defesa e ao contraditório, compõe uma violência ‘legitimada’ contra o indivíduo. A violência é, por si, a natureza da guerra, jamais compatível com a segurança jurídica e com a paz.

É com base nesse sentimento que se propôs nesta dissertação a breve ousadia da digressão de recontar clássicos da literatura distópica logo no início deste estudo e repetidamente mencionados: retira-se de condição de literatura do absurdo a investigação policial.

Sim, um dia, o Sr. K foi chamado a depor em uma delegacia de polícia, notificado previamente, para comparecer munido de toda documentação que pudesse, pertinente a um evento X, que precisava ser esclarecido. O evento X, narrado na intimação, era descrito contendo: hipotético fato/ hipotética autoria/ elementos ensejadores da dúvida razoável para abrir as investigações. Ao comparecer, explicou tratar-se de um enorme equívoco, e sua postura de cidadão, profissional com atuação em ambiente conhecido e certo, que tinha sua família constituída naquela cidade na qual sempre vivera, foi para casa, responder em liberdade, à perseguição investigativa estatal. Foi-lhe permitido esclarecer, juntar documentos, requerer diligências e acompanhar os elementos colhidos pelo Estado. Muitas são as possibilidades, a partir daí.

Se, na ausência dos indícios, em um Estado justo, foi arquivado o inquérito, K. seguiu justamente sua vida, cumprindo o Estado o papel de perquirir e de garantir sua cidadania digna. Ouvi dizer que ele virou prefeito de uma pequena cidade e lá coloca todo o amor que não perdeu pela vida e pelas pessoas.

Se em um outro conto, o Estado, dotado de elementos indiciários, achou por bem chamá-lo à ação penal e se, sobrevivendo o devido processo penal em todas as esferas, nelas assegurados o direito de que os elementos colhidos na investigação necessitavam do crivo do duplo grau da jurisdição, foi considerado culpado, foi-lhe aplicado pena justa. Ao sair, reconstruiu sua vida, pois o cumprimento da pena, em si, redime a culpa. Ouvi dizer que K. já ajudou muitas pessoas

a progredirem de pena, pois tomou como missão ajudar o Estado no processo e segue uma vida feliz. Ouvi dizer que palestra sobre ‘redenção’. Penso também em outra possibilidade. Se na ação penal, K. foi inocentado, conseguiu reerguer-se, confiante no Estado, que lhe garantiu armas justas de defesa, e depois disso, teve uma vida feliz e próspera. E se apaixonou pelo ‘processo’, por isso, se tornou advogado.

Revisitando outro clássico, imagina-se que o elefante branco de Helmes foi enxergado no museu (conto). Percebeu-se que, elemento vivo que é, jamais poderia ter sido corporificado e colocado em um museu – o espaço das coisas passadas. E assim, como algo vivo e em movimento, foi colocado em seu *habitat* natural, de onde pôde adquirir seu real tamanho e finalmente fruir da majestade de sua natureza.

Em um outro caso curioso, um dia, o Sr. Helmes (Manual do Inquisidor), o primeiro inquisidor a registrar um livro, um dia, recebeu de um viajante do tempo passado, de nome Paulo, que lhe deu um lindo livro, finalmente lido, chamado de ‘Verdadeiro testamento’. O texto continha todos os manuscritos das palestras de um grande sábio em uma doutrina chamada ‘fraternidade’, de um jovem promissor, o Dr. Jesus de Nazaré. E, assim, percebeu que não precisava criar uma máquina teórica de táticas de eliminação.

Por isso, ninguém queimou as bruxas. Elas seguem, com suas magias lindas, na feirinha maluca de uma pequena cidade chamada “Macapá”. Hoje são chamadas de ‘benzedadeiras’, mulheres que rezam a Deus pela cura das pessoas. O direito, como fenômeno humano, não pode alcançar a perfeição de contos como estes, recontados para que a arte nos ajude a imaginar a potência da beleza. Todos cheios de perfeição e imperfeição. Mas é necessário retomar, sempre.

O direito lida, a cada instante, com a complexidade humana, quanticamente entrelaçada, o realismo jurídico. A Constituição Federal, por sua vez, promove o encontro real com a proporcionalidade. É um poema, sob a lógica etimológica, pois poema vem de *poiein*, ‘fazer compor’. A sociedade fraterna é extremamente poética, pois é ‘fazer compor’ a CF/1988 nas práticas sociais: Da Súmula Vinculante n. 14 ao Provimento n. 188/2018, a defesa compõe sua trajetória.

Sabe-se que a proposta não pode alcançar dimensões tais que cativem a sociedade, a ponto de dar maior poder ao inquérito policial, que veio historicamente como representação, mas sim, de equalizar uma balança social que já vêm sendo pendida.

A defesa no inquérito policial, como reação ou réplica, ativa pela produção e instrução probatória defensiva, longe de atribuir às esferas policiais o poder de julgador ou de admitir o contraditório amplo, parte do princípio de que a defesa é ampla, o contraditório é postergado, e todos os elementos servem ao MP, este sim, juridicamente imbuído do derradeiro julgamento

sobre a necessidade da *persecutio criminis* – tudo como representação do grande avanço que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos da pessoa, do qual o MP, desde então, é garantidor, e da segurança jurídica dos direitos da pessoa. A dignidade, portanto, é bem inalienável, e todos são parâmetros pelos quais o capitalismo humanista finca suas bandeiras, em qualquer esfera do campo gravitacional do direito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Cândido Lustosa Bittencourt de. **O sigilo no inquérito policial e o direito à ampla defesa**. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Direitos Humanos e Aplicação da Lei**. Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais das Nações Unidas. Genebra: ONU. Disponível em: dhnet.org.br. Acesso em: 14 ago. 2023.

ALVIM, Arruda Eduardo. **Tratado de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMBOS, Kai. Controle da polícia pelo Ministério Público *versus* domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha. **Revista do Ministério Público**. 2008. Disponível em: mprj.mp.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

AMPERJ. **Lira cria novo grupo de trabalho para reforma do CPP e mantém relator criticado**. 29 out. 2023. Disponível em: <https://www.amperj.org/blog/2021/06/11/grupo-de-trabalho-vai-elaborar-anteprojeto-de-reforma-do-cpp/>. Acesso em: 16 out. 2023.

ANDRADA, Lafayette de. **Autos de devassa da Inconfidência Mineira**. t. 11. Disponível em: almg.gov.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Sentimento do mundo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Trad. Denise Bottman; posfácio Celso Lafer. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva ou do direito de defender-se provando. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. v. 6. 9. ed. São Paulo: RT, 2016.

BALDAN, Édson Luís. **Inquérito policial e investigação preliminar**: princípios, sujeitos e finalidades. In: JORGE, Higor Vinicius Nogueira; CORVINO JÚNIOR, Waldir Antonio. (coord.). **Tratado de inquérito policial**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

BALERA, Wagner. **A paz é possível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BALERA, Wagner. **Inquérito policial: efetividade à luz do princípio da dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2021.

BALZ, Christiano Celmer. **O tribunal de segurança nacional: aspectos legais e doutrinários de um tribunal de Era Vargas (1936-1945)**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Leonardo. A polícia política em tempos de Ditadura Militar (1964-1985): a atuação da Delegacia de Ordem Política e Social no Espírito Santo. **PerCursos**, Florianópolis, v. 21, n.46, p.217 -243, maio-ago. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

BARRETO, José Menna. **Deixa eu falar**. São Bernardo dos Campos, São Paulo: Summus, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: DANTAS, Bruno (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 91-113, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a constituição de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 7. ed. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BASTOS, Marcelo Lessa. Processo penal e gestão da prova – os novos arts. 155 e 156 do Código Reformado (Lei n. 11.690/2008). **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPJR, 28. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2727414/Marcelo_Lessa_Bastos.pdf. Acesso em: 17 out. 2023.

BATALHA, Sérgio Fedato; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **Reflexos aplicativos entre a Súmula Vinculante n. 14 e a nova redação do art. 155 do CPP**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2592/2289>. Acesso em: 03 nov. 2023.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos de uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BAUMAN, Zigmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELCHIOR. **Conheço o meu lugar**. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/belchior/44452/>. Acesso em: 26 maio 2023.

BETTAMIO, Rafaella Lúcia de Azevedo Ferreira. **O DOI-CODI carioca: memória e cotidiano no “Castelo do Terror”**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: www.fgv.br. Acesso em: 03 nov. 2023.

BÍBLIA SAGRADA. Bíblia de estudo da mulher. **Antigo Testamento: Êxodo**, 21:24-25. Trad. João Ferreira de Almeida. Belo Horizonte: Atos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1986.

BRASIL. DOC. **Estrutura do CODI-Doi**. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/2-orgaos-de-informacao-e-repressao-da-ditadura/2-5-codi-doi/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Macapá, AP: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro-RJ. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Decreto n. 91.450 de 18 de julho de 1985**. Brasília-DF. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D91450.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. DF. Senado Federal, 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. **Suplemento Especial ao n. 185**. Diário Oficial. República Federativa do Brasil. 26 set. 1986. Disponível em: senado.leg.br/publicações/anais/constituente/afonsoarinos.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Regimento Interno do STF. Da dignidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=611723&pgI=226&pgF=230>. Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 4.824 de 22 de novembro de 1871**. Brasília-DF. 1871. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11294045/artigo-42-do-decreto-n-4824-de-22-de-novembro-de-1871>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Exposição de Motivos do CPP**. Ministério de Justiça e Negócios interiores. 1941. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, p. 14. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569703/codigo_de_processo_penal_3ed.pdf. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Ato institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968**. Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Resumo da Comissão Especial (55ª Legislatura). Projeto de Lei n. 8.045/2010. Código de Processo Penal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (revoga o Decreto-Lei n. 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei n. 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis n. 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006). Apensado – PL n. 80.451.

BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

BUARQUE, Chico. **Anos de chumbo e outros contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Claudia Paiva. **Presidencialismo e democracia no Brasil (1946-1956): sistema de governo, legalidade e crise política**. 2019. Repositório Institucional da UnB. Brasília: UNB, 2019.

CASORETTI, Anna Maria. **Pico Della Mirandola: o esoterismo como categoria filosófica**. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2020.

CASTALHATO, Camila. **Liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASTRO, Matheus Felipe; VIEIRA, Roberta Christina. **Investigação defensiva: ampliando horizontes do direito fundamental à paridade de armas no processo penal**, v. 6, n. 14, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45255/28845>. Acesso em: 07 nov. 2023.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 16 ago. 2023.

COMISSÃO DA VERDADE. **Igreja e a PUC**. Disponível em: <https://www.pucsp.br/comissaodaverdade/igreja-e-a-puc-puc-e-d-paulo.html>. Acesso em: 05 jun. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 12 set. 2023.

CRETELLA JUNIOR, José. **Dicionário latino-português**. 7. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 1953.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CRUZ, Rogerio Schietti. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 2, p. 567-600, maio-ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; COSTA, João Carlos Faria. **Investigação defensiva: a evolução do tema e os problemas de sua aplicabilidade**. São Paulo, v. 20, n. 2, 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 06 dez. 2021.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva**. Florianópolis: Emais, 2019.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Alguns modelos de investigação criminal defensiva. In: GIACOMOLLI, José Nereu (coord.). **Da prova**. Investigação criminal pela defesa. Coimbra: Almedina, 2023.

DIAS, Gabriel Bulhões de Nóbrega. Advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS 2023. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/acusar/>. Acesso em: 9 jun. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

FACHIN, Melina Girardi. Utopia quixotesca dos direitos humanos. **Anamorphosis**, Revista Internacional de Direito e Literatura. v. 3, n. 1, p. 2, jan.-jun. 2017.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e debaixo: todos os sentidos da dignidade nos discursos dos direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Curitiba. v. 2, n. 2 p. 78-94, jul.-dez. 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Edusp, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. 2. ed. Madrid: Editora Trotta S.A., 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2021.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. Curitiba: RT, 2001.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no inquérito policial. **Polícia Jurídica**, Brasília, ano 2, n. 4, p. 59-83, 2018.

GONZÁLEZ, Leonel. **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago-Chile: Ceja, 2017.

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

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 6. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasil: Gazeta Jurídica, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição**. Brasília, ano 35, n. 137, jan.-mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/327/r137-02.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 8 mar. 2023.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Proposta de teoria fundamental da Constituição (com uma inflexão processual). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Disponível em: sdc.com.br. Acesso em: 04 nov. 2023.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dimensão psicopolítica da religião**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21622>. Acesso em: 03 nov. 2023.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 1999.

GUIMARÃES, Ulisses. **Sessão solene de promulgação da CF/88**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: discurso-de-05101988. Acesso em: 03 nov. 2023.

GUIMARÃES, Ulisses. **Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 10, out.-dez. 1988.

GUIMARÃES ROSA, João. **Grande sertão: veredas**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Trad. Mirian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70: 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**. Trad. Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOFMANN, Anita Gonçalves; MARTINO, Luis Mauro Sá. Os nomes da Operação Lava Jato: aproximações e apropriações do entretenimento no campo político. **Revista Comunicação Midiática**, 2017. Disponível em: <https://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/CM/article/view/34>. Acesso em: 03 nov. 2023.

IBCCRIM. Reflexão do Estudante. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 2023. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7346/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 6. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JOFFILY, Mariana. **No centro da engrenagem: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI em São Paulo (1969-1975)**. Tese (Doutorado em História). Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

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

KAFKA, Franz. **O castelo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

KANT, Immanuel. **A religião nos limites da simples razão**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: La Fonte, 2017.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Revista de Ciências Sociais, v. 10, n. 2, maio-ago. 2010, p. 293-308. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, Brasil, 2010. KISS, Vanessa Moraes. **A investigação defensiva no processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2022.

KISS, Vanessa Moraes. **A valorização como prova dos atos praticados no inquérito policial, à luz da Lei n. 13.964/2019**. Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/50507/37746>. Acesso em: 20 set. 2023.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

LE GOFF, Jacques. **O homem medieval**. Trad. Maria Jorge Vitar de Figueiredo. Lisboa, 1989.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, direitos humanos e educação**. São Paulo: Almedina, 2019.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/166559>. Acesso em: 03 jul. 2023.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Conjur**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 03 nov. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Código de Processo Penal comentado**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de Processo Penal**. v. 1 e v. 2. São Paulo: Thomson Reutes/RT, 2021.

MAPA. **Acaider-mor**. 2021. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/129-alcaide-mor>. Acesso em: 31 maio 2023.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1961.

MASCARENHAS, Sergio. **Os olhares de Janus**. Brasília: Embrapa Formação Tecnológica, 2009.

MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/post/s/arquivos/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_reflexao.pdf. Acesso em: 12 jun. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima**, 2008. Disponível em: www.unibrasil.com.br. Acesso em: 04 nov. 2023.

MELLO, Cleyson Moraes. **Dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MELLO, Luiz Gonzaga. **Antropologia cultural**: iniciação, teorias e temas. 20. ed. São Paulo: Vozes, 2011.

MENDES, André Augusto. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 52.

MORAES, Alexandre Rocha de. **A terceira velocidade do direito penal**: o direito penal do inimigo. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais/Livraria Jurídica Player, 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004. Disponível em: acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0-2004 Alexandre Rosa 4.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: https://www.unicef.org/1798. Acesso em: 15 ago. 2023.

OST, François. **Raconter la loi**. Paris: Odile Jacob, 2004.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de direito internacional público**. Coimbra: Imprensa, 1993.

PEREIRA, Lizandro Mello. **Sigilo no inquérito policial**: o interesse da investigação *versus* a prerrogativa da função do advogado. 2007. Disponível em: mppa.mp.br. Acesso em: 04 nov. 2023.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru-SP: Jalovi, 1983.

PIOVESAN, Flávia. **Segurança jurídica e os direitos humanos**: Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O Ministério Público brasileiro e a justiça consensual**. 2019. Disponível em: Dialnet (unirioja.es) 66636-Texto_del_articulo-4564456595557-1-10-20200921-libre.pdf. Acesso em: 04 nov. 2023.

PONTE, Antonio Carlos da. Apontamentos sobre os movimentos de recodificação e de consolidação do direito penal brasileiro. **Revista Multidisciplinar**. v. 13, p. 99-120, Minas Gerais: Finom, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROMANO, Roberto. Estado policial. **Jornal da Unicamp**. 2018, p. 1. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/roberto-romano/estado-policial>. Acesso em: 04 nov. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. 2002. Disponível em: dominiopublico.gov.br. Acesso em: 06 jun. 2023.

SAAD, Marta. Vista do editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal”. **Investigação preliminar: desafios e perspectivas. Revista Brasileira**. 2020, p. 29. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 04 nov. 2023.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANCHES, Wagner Lopes; PASSOS, João Décio. **Apresentação da Coleção Marco Conciliar** – a religiosidade popular à luz do Concílio Vaticano II. São Paulo: Paulus, 2015.

SANTOS, Célio Jacinto. **Teoria da investigação criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

SANTOS, Célio Jacinto. A gênese das grandes operações investigativas da polícia federal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, Brasil, v. 8, n. 2, p. 11-68, 2018. Disponível em: <http://periodicos-https-periodicos-prod.apps.ocpprod.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/526>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SANTOS, Alexandre Cesar dos. **Investigação criminal defensiva**: direito fundamental à produção da prova na persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SANTOS, Alexandre Cesar. O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva. **Revista de Seção Judiciária**, Rio de Janeiro, v. 27, ed. 58, 2023.

SANTOS, Anderson Pereira dos; MACHADO, Eduardo Schneider; GOMES, Adalmir de Oliveira. A construção da memória organizacional: uma narrativa histórica sobre os cargos da Polícia Federal. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. Brasília, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, p. 11. São Paulo: RT, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CApH capitalismo humanista**: a dimensão econômica de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019.

SAYEG, Ricardo Hasson. Direito quântico. Tomo: **Teoria geral e filosofia do direito**. Maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/139/edicao-1/direito-quantico>. Acesso em: 11 jul. 2023.

SAYEG, Ricardo. Brasil vive uma verdadeira era de paranoia punitiva. **Conjur**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

SAYEG, Ricardo. **O crime: o verdadeiro inimigo dos brasileiros**. Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267057/o-crime---verdadeiro-inimigo-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 nov. 2023.

SENADO FEDERAL. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, do Senado federal, que trata do Código de Processo Penal (revoga o decreto-lei n. 3.689, de 1941. Altera os decretos-lei n. 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis n. 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados ao projeto de lei n. 8.045, de 2010.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A justiça na sociedade do espetáculo**. São Paulo: Alameda, 2015.

SILVA, Franklyn Alves. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre/RS, v. 6, ed. 01, mar. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/12/18>. Acesso em: 3 out. 2023.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Márcio Seligmann. **Um afogado sonhando com salvação**: a doutrina das portas em Franz Kafka. Rio de Janeiro: Terceira Margem, 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **Discursos de ódio e vingança nas fronteiras da democracia**. São Paulo: Ideias e Letras, 2021.

SOUZA, Beatriz Lopes de. **Modos de desaparecer e estratégias de esquecimento da ditadura civil militar brasileira**: uma política de terror anunciado. Monografia de conclusão de curso. 12 maio 2023. Universidade Federal de Sergipe, Laranjeiras. 2023.

SOUZA, Ricardo Luiz de. A mitologia bandeirante: construção e sentidos. **História Social**, n. 13, p. 151-171, 2007.

SUPIONI JUNIOR, Claudimir. **A dispensa por justa causa e as garantias do contraditório e da ampla defesa**. São Paulo: Ltr, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Carta aos brasileiros 1977**: manifesto de repúdio da ditadura e de exaltação do “estado de direito já”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (*ebook*).

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: o fundamento da ordem jurídica. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições do processo penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

VILHENA, Josimary Rocha de. **Direito à oportunidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VILHENA, Josimary Rocha de. **A dimensão fraterna do direito penal e sua aplicabilidade nos delitos de colarinho branco no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. Disponível em: <https://dokumen.tips/documents/la-globalizacion-y-las-actuales-orientaciones-de-politica-criminal-zaffaroni.html?page=2>. Acesso em: 04 nov. 2023.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 10520: 2023 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e revisão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação