



A APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA PRIMEIRA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL: ATUAÇÃO DA AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

THE APPLICATION OF ADVERSARY PROCEEDINGS AND RIGHT TO A FAIR HEARING IN THE FIRST PHASE OF THE CRIMINAL PROSECUTION: ACTIVITY OF THE JUDICIAL POLICE AUTHORITY IN THE CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURE

Milena de Fátima Rosa⁶
Alan Pinheiro de Paula⁷

Resumo: A discussão sobre a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase que antecede a ação penal é tema atual e de especial relevância, pois interfere diretamente nas decisões da autoridade policial durante todo o processo investigativo. A escolha desse tema decorre da inquietude ante a controvérsia que a incidência desses princípios na fase investigativa ainda gera na doutrina e na jurisprudência pátria. Assim, mediante a aplicação do método hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica, o artigo questiona se esses princípios possuem aplicação apenas na fase judicial ou se estão presentes também na fase que a antecede, tornando-se necessário desenvolver estratégias para que eles não comprometam as investigações policiais. Sob enfoque da consolidação, no Brasil, de um processo penal efetivamente acusatório, a pesquisa concluiu pela segunda hipótese, contrapondo a visão tradicional do inquérito policial, revelando-o como instituto imparcial e preservador de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Polícia Judiciária; contraditório; ampla defesa; investigação policial.

Abstract: The discussion about the application of the principles of the adversary system and right to a fair hearing in the phase that precedes the criminal procedure is a current and particularly relevant topic, as it directly interferes with the decisions of the police authority throughout the investigative process. The choice of this theme resulted from the concern about the controversy that the incidence of these principles in the investigative phase still generates in the doctrine and in the national jurisprudence. Thus, through the application of the hypothetical-deductive method, based on literature search, the article questions whether

⁶Especialista em Ciências Penais e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhanguera-Underp. Especialista em Gestão de Segurança Pública e Investigação Criminal Aplicada pela Academia de Polícia Civil de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Discente da Pós-graduação lato sensu do III Curso de Especialização em Direito de Polícia Judiciária da Academia Nacional de Polícia e do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Delegada de Polícia Civil no Estado de Santa Catarina. E-mail: milena-rosa@pc.sc.gov.br.

⁷Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e da Universidade do Contestado (UNC). Professor da Pós-Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI). Delegado de Polícia Civil no Estado de Santa Catarina. E-mail: alanpinheirodepaula@gmail.com.

these principles are applied only in the judicial phase or if they are also present in the phase that precedes it, making it necessary to develop strategies so that they do not compromise police investigations. Focusing on the consolidation in Brazil of an effectively accusatory criminal procedure, the research concludes with the second hypothesis, opposing the traditional view of the police investigation, revealing it as an impartial institute and maintainer of fundamental rights.

Keywords: Judiciary Police; adversary proceedings; right to a fair hearing; police investigation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como proposta a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa na primeira fase da persecução penal e sua compatibilidade com o sigilo necessário ao êxito das investigações. Objetiva discorrer acerca da relevância da investigação e a atuação da autoridade policial na atividade de Polícia Judiciária.

Desse modo, o intuito é buscar possíveis respostas ao seguinte questionamento: como operacionalizar os princípios do contraditório e da ampla defesa na primeira fase da persecução penal, compatibilizando-os com o sigilo necessário para o êxito das investigações policiais? As possíveis respostas a esse questionamento seriam: não é necessária essa compatibilização, pois esses princípios têm incidência somente na ação penal. É necessário, porém, o desenvolvimento de estratégias para que o contraditório e a ampla defesa não comprometam o desfecho das investigações, ante a sua incidência na fase investigativa.

Na primeira seção serão abordados os princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito da Constituição Federal e do Direito Processual Penal, analisando a possibilidade de sua ocorrência na fase que antecede a ação penal.

A segunda seção tratará da investigação preliminar e suas características, demonstrando o posicionamento das doutrinas tradicional e moderna sobre os requisitos do inquérito policial. Já a terceira seção se

debruçará sobre o estudo da aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa, abordando os níveis de sigilo necessários à investigação e à preservação da intimidade do investigado, bem como a postura da autoridade de Polícia Judiciária no contexto do Estado Democrático de Direito. Por derradeiro, na última seção, serão retomados, de forma sintética, os principais aspectos abordados anteriormente.

Em termos metodológicos, trata-se de pesquisa qualitativa, de natureza basicamente bibliográfica e predominantemente explicativa. Este aspecto explicativo servirá para esclarecer os motivos que contribuem para o entendimento do que venha a ser um processo investigativo amparado nos direitos fundamentais.

2 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico ao incluir expressamente diversos princípios, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa, visando tratamento equitativo entre envolvidos em conflitos que exigem atuação estatal.

O art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal dispõe que “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” (BRASIL, 1988).

Saad (2020, p. 188) advoga que, considerar a expressão “Acusados em geral, apenas no sentido estrito leva a que a pessoa envolvida em inquérito policial reste indefesa na etapa em que lhe é mais cara a produção de provas”. No entanto, o Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 155, dispõe que o contraditório e a ampla defesa se efetivam apenas na fase judicial:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Note-se que a expressão “elementos informativos” é utilizada exatamente para indicar que o produzido na investigação criminal não se constitui em prova, posto que não foi submetido ao contraditório e à ampla defesa, não podendo, dessa forma, a autoridade judiciária unicamente neles se pautar (PIMENTEL JÚNIOR, 2017). Isso demonstra que o tema em tela é bastante controverso. Por conseguinte, para aprofundar essa discussão, faz-se necessário compreender, inicialmente, no que consistem os citados princípios.

Segundo a doutrina, o princípio do contraditório possui duas dimensões: a primeira se revela no direito à informação sobre os atos a serem praticados. E a segunda, no direito de participar, em reação à manifestação da parte contrária (LOPES JUNIOR, 2023).

Já o princípio da ampla defesa é entendido como a possibilidade de utilização de todos os meios necessários à efetivação da defesa, impondo-se total observância das normas processuais (FERREIRA, 2011). A doutrina também costuma dividi-la em defesa técnica, realizada por profissional habilitado e em autodefesa. Consiste esta tanto no direito de presença, como no direito de audiência, sendo que esse último pode ser o direito explícito de defender-se, assim como o de permanecer em silêncio (TÁVORA; ALENCAR, 2018).

A autodefesa manifesta-se, então, no direito de audiência, a fim de que, em interrogatório, o imputado apresente sua versão dos fatos. Inclui-se aqui também o direito ao silêncio, garantia constitucional de não autoincriminação, conforme art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Face a esse direito, a

jurisprudência consolidou entendimento sobre a impossibilidade do investigado e do réu serem conduzidos coercitivamente para interrogatório⁸.

Os que defendem a presença do contraditório na fase investigativa (TUCCI, 2011; TÁVORA, 2018; MACHADO, 2018), baseiam-se na Súmula Vinculante nº 14. Esta estabelece como direito da defesa o acesso às investigações já documentadas por órgão com competência de Polícia Judiciária, reforçando o disposto no art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB, reformulado pela Lei 13.245/2016. Ou seja, vislumbram a incidência da primeira dimensão do princípio do contraditório na fase investigativa, mediante o conhecimento da existência do processo investigativo e das diligências realizadas. Com relação à segunda dimensão do contraditório, os mesmos autores entendem que ela também se faz presente na fase policial, nos termos do art. 14, do CPP⁹.

Para Sannini Neto (2013), a defesa técnica também se exterioriza na investigação preliminar com o encaminhamento de cópia integral dos autos à Defensoria Pública, em caso de prisão em flagrante de indiciado que não tenha defensor constituído¹⁰. Assim como no direito à entrevista prévia e reservada com defensor na ocasião do interrogatório¹¹ e no acesso deste às investigações já documentadas¹², podendo delas extrair cópias. Além de acompanhar

⁸ ADPFs 395 e 444. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>. Acesso em: 22 dez. 2022.

⁹ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹⁰ Art. 306, §1º, do CPP. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 22 dez. 2022.

¹¹ Art. 185, §5º, do CPP. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Art. 7º, III, da Lei 8.906/94 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹² STF. Súmula Vinculante nº 14. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em: 23 dez. 2022.

interrogatórios e depoimentos, formular questionamentos, mediante autorização da autoridade policial, e apresentar razões e quesitos¹³.

Já o Centro de Apoio à Atividade de Polícia Judiciária – CAAPJ, da Polícia Civil de Santa Catarina, na Nota Técnica n. 13/2023, se posicionou no sentido de que apenas a ampla defesa incide na fase pré-processual, restando o contraditório impossibilitado nessa fase¹⁴. Como visto, a incidência desses princípios na fase investigativa afigura-se como polêmica, requerendo uma análise mais ampla sobre a investigação criminal.

3 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E AS SUAS CARACTERÍSTICAS

A doutrina tradicional argumenta que não há contraditório, nem ampla defesa no inquérito policial (MIRABETE, 2008; NUCCI, 2017). Esse entendimento baseia-se no posicionamento, também convencional, de que ele é um mero procedimento administrativo, inquisitório, informativo e dispensável:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público (MORAES, 2009, p. 256).

Embora a primeira fase da persecução penal tenha sido, por muito tempo, a mais negligenciada nos estudos acadêmicos (FERRAJOLI, 2014), a doutrina vanguardista vem buscando interpretá-la sob o prisma constitucional. Dessa forma, o termo inquisitório tem sido substituído por apuratório, no sentido de que o inquérito policial “[...] se aproxima mais do sistema acusatório

¹³ Art. 7º, XXI, “a”, da Lei 8.906/94. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm Acesso em: 22 dez. 2022.

¹⁴ <http://intranet.pc.sc.gov.br/portal/wp-content/uploads/2023/05/NOTA-T%C3%89CNICA-13-Participa%C3%A7%C3%A3o-de-advogados-em-oitivas-de-procedimentos-de-PJ.pdf>.

Acesso em 10 mai. 2023.

do que do inquisitorial, pois não concentra funções numa única autoridade nem ignora direitos do investigado (como integridade física, informação e defesa)” (CASTRO, 2017, p. 02).

Em que pese sua função informativa, não se pode ignorar que o inquérito policial também traz em seu bojo conteúdo probatório, haja vista que, durante a investigação, também são produzidas provas, como as cautelares e as irrepetíveis. O intuito é o de evitar que elas se percam com o tempo, como os afastamentos de sigilos telefônicos, telemáticos, bancários, fiscais, além das perícias em geral e vários outros.

Pode-se afirmar também que o inquérito policial somente é dispensável no sentido de não haver imposição legal de sua instauração para a propositura da ação penal. Na prática, verifica-se que grande parte das ações penais são precedidas de investigação policial, sendo esta a garantia de que o cidadão não será submetido a processo judicial desnecessariamente (CASTRO, 2017). Além disso, a expressão depreciativa de “mero procedimento administrativo” deve ser superada, haja vista que, “Quase a totalidade dos elementos probatórios carreados às ações penais são identificados ou produzidos no curso da investigação criminal na fase pré-processual, ou seja, no curso do inquérito” (ANSELMO ET AL, 2016, p. 63).

É questionável, ainda, o entendimento de que o inquérito policial se resume a um conjunto de diligências para dar justa causa à propositura da ação penal. Numa leitura constitucional, a função do inquérito é muito mais ampla, no sentido de desvendar como os fatos efetivamente ocorreram, angariando elementos de informação e provas que poderão contribuir tanto para o órgão de acusação como para o de defesa. Castro (2017, p. 3) corrobora afirmando que “A polícia judiciária, por ser órgão imparcial (e não parte acusadora como o Ministério Público), não tem compromisso com a acusação ou tampouco com a defesa”.

Fragelli, Medeiros e Souza (2023, p.12), na Nota Técnica n. 13/2023, referida anteriormente, contrapõem o entendimento anterior, ao afirmarem que no inquérito policial “[...] a relação que se estabelece é da Polícia Civil investigando um fato. Não há duas partes contrapostas a um ente imparcial a quem é destinada a produção probatória e que realizará um juízo de valor de forma imparcial”. Nesse sentido, compreendem que a Polícia Judiciária não seria um ente imparcial e, diante da ausência de partes, o contraditório não teria como subsistir.

Ocorre que, ante a nova sistemática trazida pela Lei 13.964/2019, denominada popularmente como Pacote Anticrime, em que pesem inúmeros dispositivos ainda estejam suspensos *sine die* pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível a análise da investigação criminal sob o enfoque da consolidação, no Brasil, de um processo penal efetivamente acusatório, inclusive na primeira parte da persecução penal. Por conseguinte, para que se estabeleça o sistema acusatório, faz-se necessário distinguir as funções de investigar, acusar e julgar, explicadas por Pereira (2019) na essência de que:

Trata-se, aqui, de efetivamente distinguir, numa divisão microfísica de poder intra-processual, não apenas o órgão oficial de acusação do órgão de julgamento, mas também do órgão oficial de investigação, bem como de um órgão oficial de defesa, como forma de assegurar uma acusatoriedade não meramente formal ao processo, instituindo assim uma igualdade efetiva de armas, com a limitação dos poderes do Ministério Público, a ser considerado como “parte (naturalmente) parcial”, enterrando em definitivo o discurso legitimador do poder punitivo que ainda insiste na ideia de uma acusação que também zela pelos direitos de defesa, ao mesmo em que é o titular da investigação criminal (PEREIRA, 2019, p. 16).

Desse modo, a investigação deve se consolidar como atribuição do órgão de investigação (Polícia Judiciária), restando ao órgão de acusação (Ministério Público) a presidência da ação penal e o controle externo da atividade policial. Isto é, a investigação policial, realizada por órgão imparcial, serve de fundamento tanto para a denúncia, como para o arquivamento, além

de subsidiar a formulação dos acordos dos institutos de justiça criminal negocial. Conclui-se, desse modo, que sua finalidade não é a de auxiliar a acusação, mas buscar pela verdade processualmente possível.

Nesse sentido, Pereira (2012) esclarece que:

A investigação criminal é pesquisa científica orientada a estabelecer a máxima aproximação possível da verdade, embora epistemicamente limitada e eticamente condicionada: limitada epistemicamente porque é impossível a ciência fornecer conhecimentos absolutos acerca dos fatos que investiga; e condicionada eticamente porque está submetida a certos antecedentes sócio-culturais (PEREIRA, 2012, p. 39).

Pereira e Dezan (2013, p. 22) vão mais além, ao reconhecerem o inquérito policial não como procedimento, mas como verdadeiro processo administrativo. Argumentam que o processo não é uma categoria exclusiva da atividade jurisdicional, sendo possível admitir, inclusive, a existência de um “processo penal administrativo”. Os autores assentam que o processo penal se desenvolve em duas fases, sendo a primeira processual investigativa e, a segunda, processual em contraditório.

Nesse sentido, percebe-se que a autoridade policial pratica atos processuais quando realiza a análise jurídica dos fatos, decidindo pela privação de liberdade, arbitramento de fiança e apreensão de bens nos casos de flagrante delito, por exemplo. É certo que essas decisões não possuem caráter definitivo, pois dependem de decisão judicial que as confirme, mas elas devem ser regidas pelo princípio da juridicidade, que requer atuação tanto conforme a lei, quanto conforme o direito (BRESSAN, 2019).

Vale frisar, ainda, que ao enfatizarem o contraditório na segunda fase processual, Pereira e Dezan não o excluem da primeira, apenas destacam que naquela há essencialmente o contraditório, assim como a ampla defesa.

4 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL

De acordo com o raciocínio desenvolvido na seção anterior, a doutrina moderna prega que negar a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa antes da instauração do processo penal condenatório, seria dar ao Estado, “[...] um poder absurdo de surpreender o réu com provas obtidas ao sabor e nas sombras da inquisitorialidade” (TOVO, 2008, *apud* SOUZA, 2017, p.84-85).

Souza (2017) realça que:

Uma investigação que se volta somente para a obtenção de elementos de cognição favoráveis à acusação, ou seja, que só se importa em reunir indícios contrários aos investigados, preterindo a defesa, certamente originará um processo manco, com uma hipertrofia acusatória que persistirá ao longo de todo processo, “como uma doença perpétua” (SOUZA, 2017, p. 46).

Assim, a proporcionalidade no processo penal precisa ser garantida desde o início da persecução penal, tendo em vista tanto a punição dos culpados, quanto a proteção dos inocentes, não podendo a investigação suplantar a presunção de inocência (PEREIRA, 2019). Essa discussão adquire ainda maior relevância com o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o mencionado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Essa lei ampliou consideravelmente o rol de infrações penais passíveis de aplicação dos mecanismos de justiça negocial criminal, posto que incidem nas infrações cometidas sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, mediante as condições dispostas no art. 28-A da citada lei.

O novo instituto relativiza o princípio da obrigatoriedade, posto que, cumpridas as condições legais e homologado o acordo, a denúncia não será proposta. Diante disso, toda a base para esse acordo será extraída do que for

produzido na primeira fase da persecução penal, que, nas palavras de Rosa (2020, p. 293), transformou-se no “novo palco da culpa”.

Nesse novo cenário, ainda temos o incremento da atuação da defesa com a chamada investigação defensiva, prevista no Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Este tema foi igualmente ventilado no projeto de reforma do CPP, autorizando a defesa técnica a ouvir testemunhas, realizar investigação particular, buscar por documentos em órgãos públicos e particulares, apresentar laudos técnicos, entre outros.

A investigação defensiva também encontra amparo na legislação referente ao acesso à informação e a que regulamenta a profissão de detetive particular¹⁵. Nesse contexto, em que a fase investigativa ganha muito mais espaço e a atuação da defesa especial relevância, compatibilizar a aplicação do contraditório e a ampla defesa com o sigilo necessário ao êxito da investigação é tarefa que se impõe.

Souza (2017) ensina que o sigilo nas investigações tem como funções, além de “preservar a imagem do investigado contra juízos apressados de culpa e conseqüente estigmatização social”, garantir também “a eficácia da investigação” (SOUZA, 2017, p. 57). Ou seja, essa discricão, além de salutar para uma investigação eficiente, preserva a dignidade do investigado.

Por sua vez, o art. 20 do CPP determina que a autoridade policial deve assegurar no inquérito policial o sigilo necessário, tanto ao esclarecimento dos fatos criminosos como no interesse da sociedade. Assim, na fase processual investigativa, em que pese a necessidade de se garantir contraditório e ampla defesa, em determinados atos eles deverão ser postergados ou mitigados.

Moraes e Pimentel (2020) apontam três níveis de sigilo para acesso aos inquéritos policiais, quais sejam: “[...] publicidade externa, publicidade interna

¹⁵ Lei 12.527/2011 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

e Lei 13.432/2017 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13432.htm

Acessos em: 28 dez 2022.

ou sigilo externo e sigilo interno”. A regra geral é a “publicidade externa”, com amparo no art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB, no qual a defesa tem o direito de “[...] examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, findo ou em andamento”.

A “publicidade interna ou sigilo externo” corresponde ao comumente chamado “segredo de justiça” e encontra respaldo no art. 7º, § 10, onde consta “[...] nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV”. Restringe-se, assim, o acesso aos diretamente interessados, tanto para preservar o direito à intimidade dos envolvidos, como para preservar as investigações.

Por fim, o “sigilo interno”, indicado no art. 7º, §11 do citado estatuto, limita o acesso da defesa “[...] aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”. Ou seja, mesmo a defesa com procuração nos autos não terá acesso a diligências cautelares, “durante prazo demarcado sob permanente controle judicial” (MORAES; PIMENTEL, 2020).

Assim sendo, o acesso da defesa técnica limitar-se-á às diligências já concluídas, dentro de um contexto próprio de cada investigação. Por exemplo, não deve ser juntado aos autos de inquérito policial laudo pericial que revele êxito na extração de dados de aparelho celular de determinado alvo, se isso puder frustrar iminente cumprimento de busca e apreensão ou de prisão dele ou de outros envolvidos.

Valadão Lopes (2020) esclarece que os dados obtidos de afastamento de sigilos autorizados judicialmente são dados brutos, que ainda se constituem em diligências em andamento, ou seja, só serão devidamente concluídas com o relatório de investigação. Esse relatório é que fará a contraposição desses dados com outros elementos de informações e provas, trazendo uma narrativa

lógica sobre o que possa ter de fato ocorrido. Desse modo, não deve ser permitido à defesa, por exemplo, o acesso imediato a informações bancárias, extratos telefônicos, gravações de interceptações telefônicas, pois são meras etapas de investigação em andamento.

Fragelli, Medeiros e Souza (2023, p. 17), na já citada Nota Técnica n. 13/2023, entendem também que “[...] oitivas de vítima e testemunhas são diligências em andamento e, portanto, não acessíveis, naquele momento de produção, ao defensor.” Dessa forma, negam a possibilidade do acompanhamento de advogados, em especial os do investigado, nos depoimentos de testemunhas, franqueando o acesso somente após sua conclusão e juntada nos autos. Esse posicionamento também tem “em vista a impossibilidade estrutural de contraditório” na fase pré-processual (FRAGELLI; MEDEIROS; SOUZA, 2023, p. 20).

Embora grande parte da doutrina (TUCCI, 2011, TÁVORA; ALENCAR, 2018; MACHADO, 2018) tenha entendimento diverso, no sentido de que há contraditório no inquérito policial e de que é prerrogativa da defesa acompanhar oitivas, promover questionamentos, indicar testemunhas e requerer diligências, postula-se que essa prerrogativa dependerá da concordância da autoridade policial, que pode negá-la em decisão fundamentada. Desse modo, nos termos do art. 14 do CPP, a autoridade policial analisará se o pedido da defesa é relevante para a descoberta sobre a existência do crime e a respeito de sua autoria ou se configura pleito meramente protelatório.

A autoridade policial poderá também indeferir o pedido da defesa, se entender que testemunhas poderão se sentir intimidadas. Do mesmo modo, se a participação no interrogatório do investigado, que não for cliente do procurador, puder comprometer eventual confissão ou se esse interrogatório tiver potencial de ensejar colaboração premiada, entre outros.

Nesses casos, o contraditório não deixará de existir, será apenas mitigado, posto que a defesa terá acesso aos depoimentos escritos ou gravados em equipamentos de audiovisual, assim que concluídos. Poderá, ainda, peticionar de forma antecipada, indicando as perguntas que deseja que sejam respondidas, as quais serão submetidas ao crivo da autoridade policial. No intuito de garantir a atuação da defesa e, ao mesmo tempo, evitar que o seu acesso a determinados elementos de informação prejudique a busca da verdade, entendida aqui como a processualmente possível, a autoridade de Polícia Judiciária deve desenvolver, nas palavras de Bermudez Pereira (2021, p. 154):

[...] uma análise estratégica (voltada aos objetivos da organização como um todo), tática (destinada a gerenciar os recursos empregados para realizar o planejamento estratégico ou ações específicas) e operacional (empregada para gerenciar execuções de ações específicas e etapas do plano estratégico).

Assim, para as investigações mais complexas, deve ser realizado um planejamento estratégico, tático e operacional a ser utilizado em todas as diligências. Inclui-se a realização de interrogatórios e oitivas, a fim de angariar elementos de informação mais robustos, antever as ações da defesa e evitar que provas sejam ocultadas ou destruídas.

A metodologia anteriormente descrita, definida por Bermudez Pereira (2021) como “Teoria dos Jogos aplicada à investigação policial”, tem se mostrado uma forma eficaz de equacionar o sucesso de investigações com a garantia dos princípios constitucionais em pauta. O autor argumenta que a investigação policial é atividade científica, que exige da autoridade policial perspicácia na adoção estratégica de metodologias que envolvam os demais jogadores, ou seja, Judiciário, Ministério Público, Defesa, entre outros (BERMUDEZ PEREIRA, 2021).

Nesse aspecto, a atuação dos membros da equipe de investigação também não é isolada, ou seja, a integração é fundamental para a troca de

informações e a tomada de decisões sobre os próximos passos da investigação, evitando que uma ação comprometa a outra. No intuito de auxiliar a autoridade policial na decisão sobre a sequência mais adequada de providências, Bermudez Pereira (2021) destaca que a análise SWOT¹⁶ se apresenta como ferramenta capaz de definir os fatores positivos e negativos, bem como internos e externos para decidir entre as diversas diligências cabíveis. O autor sugere, ainda, a análise VUCA¹⁷ também como alternativa para auxiliar na decisão sobre as diligências que devem ser priorizadas de acordo com a gravidade, a urgência e a tendência.

Na coleta de depoimentos, a Polícia Civil de Santa Catarina tem adotado o protocolo P.E.A.C.E,¹⁸ cujo resultado se evidencia ainda mais nas oitivas realizadas pelo sistema de registro audiovisual, produzindo informações em maior quantidade e confiabilidade, pois essa técnica evita a indução ou contaminação do testemunho pelo entrevistador.

Esses são alguns exemplos de métodos eficazes de investigação capazes de driblar a visão de túnel que tende a embaraçar o processo investigativo. Percebe-se, dessa forma, que é possível propiciar o contraditório e a ampla defesa, além de ampliar os horizontes da investigação mediante planejamento adequado a cada caso concreto. Inclusive, valendo-se da atuação ativa dos procuradores de investigados e de vítimas, por meio de postura dialética da autoridade policial e, ao mesmo tempo, garantir o sigilo.

¹⁶Matriz SWOT é um método de planejamento estratégico que engloba a análise de cenários para tomada de decisões, mediante quatro fatores: forças, oportunidades, fraquezas e ameaças. <https://www.euax.com.br/2020/03/matriz-swot/>. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹⁷ VUCA é acrônimo que significa volatilidade (volatility), incerteza (uncertainty), complexidade (complexity) e ambiguidade (ambiguity). <https://www.rheis.com.br/post/o-que-%C3%A9-o-mundo-vuca>. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹⁸ Protocolo PEACE refere-se a um passo a passo para a realização de entrevistas investigativas que envolve cinco fases: planejamento e preparação, engajamento e explicação, relato livre e detalhamento, fechamento e avaliação da entrevista. Foi implementado em 1992 nas agências policiais da Inglaterra e do País de Gales. <https://plataformadeevidencias.iadb.org/pt-br/casos-avaliados/programa-de-treinamento-para-interrogatorio-no-modelo-peace>. Acesso em: 05 jan. 2023.

A Lei 12.830/2013¹⁹ evidenciou o papel de autoridades policiais das Polícias Cíveis e Federal na gerência da investigação criminal, cabendo-lhes a coordenação de todas as ações que visem à obtenção de provas e de elementos de informação para o esclarecimento dos fatos (ao menos em tese) delituosos que chegam ao seu conhecimento. Para esse mister, a autoridade de Polícia Judiciária necessita também se dedicar à gestão da unidade policial, administrando os poucos recursos materiais e a organização do reduzido efetivo para o cumprimento de atividades administrativas, cartorárias e de investigação.

Além da adoção dessa postura gerencial, cabe à autoridade policial atuar como estrategista da investigação criminal, conforme reforça Sannini Neto (2020, p. 171), ao afirmar que o cargo de autoridade policial “[...] não se restringe aos aspectos operacionais da função, mas, sobretudo, ao domínio de técnicas investigativas que viabilizem a identificação de fontes de provas aptas ao esclarecimento do delito”.

De acordo com o art. 6º do CPP, a atuação da autoridade policial inicia-se no momento em que toma ciência da ocorrência da prática criminosa, de forma a garantir a integridade e a idoneidade das provas até a chegada da Polícia Científica. Além disso, deve assegurar que todas as provas e elementos de informação para o devido esclarecimento dos fatos sejam preservados, como levantamento de testemunhas e de imagens, dentre outros. É também atribuição da autoridade de Polícia Judiciária zelar pelos direitos constitucionais, tanto dos investigados como das vítimas, durante toda a instrução do processo investigativo, assim como preservar a identidade de

¹⁹Art. 2º §1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

testemunhas sigilosas e garantir que crianças e adolescentes sejam ouvidas nos termos da Lei 13.431/2017²⁰.

De Paula e Bermudez Pereira (2017, p. 31) enfatizam que “A investigação não se resume à conduta de desvendar versões, mas sim ao dever de proceder de acordo com os princípios constitucionais, em especial, o princípio da dignidade humana”. Nesse sentido, a autoridade de Polícia Judiciária precisa zelar para que o que for produzido na fase extrajudicial não contenha vícios insanáveis, tanto para não macular a ação penal, como para garantir a lisura das informações que subsidiarão Acordos de Não Persecução Penal.

Nas palavras de Rosa (2020, p. 295):

A arena da culpa se dá antes do processo penal. Daí que o risco sobre o conteúdo probatório deve ser considerado e, assim, mesmo uma prova tendencialmente ilícita deve ser levada em conta pelos jogadores na contabilidade da barganha. O palco principal deixa de ser a instrução judicial e se transfere para a investigação preliminar.

O art. 27, da Lei 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, exige um lastro mínimo de comprovação da prática criminosa que justifique a instauração de processos investigativos. Assim, incumbe à autoridade policial inserir nas portarias inaugurais os dispositivos legais e os argumentos que fundamentem a instauração de inquéritos policiais, podendo, ainda, incluir súmulas e doutrinas, caso entenda necessário.

As decisões sobre a não instauração de processos investigativos, por ausência de justa causa, também devem ser fundamentadas, assim como a não lavratura de autos de prisão em flagrante, em face da aplicação do

²⁰A Lei 13.431/2017 estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dentre os procedimentos dispostos em seu art. 12, determina que será assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 05 jan. 2023.

princípio da insignificância e de excludente de culpabilidade, por exemplo. Esse entendimento encontra coro nas súmulas aprovadas no I Seminário Integrado de Polícia Judiciária da União e do Estado São Paulo, em setembro de 2013²¹, dentre as quais se destacam as de número 7 e 8:

Súmula nº 7 - Configura poder-dever do Delegado de Polícia, ao término da lavratura do auto flagrancial, tornar insubsistente a prisão em flagrante delito e determinar a imediata soltura do indivíduo preso, nas hipóteses de carência de elementos seguros de autoria e materialidade da infração penal, bem como da presença de indícios suficientes de eventuais circunstâncias acarretadoras da atipicidade, da exclusão da antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.

Súmula nº 8 - Constitui poder-dever do Delegado de Polícia reconhecer eventual causa de exclusão de ilicitude e, fundamentadamente, abster-se de elaborar auto de prisão em flagrante delito em desfavor do indivíduo autor do fato meramente típico, sem prejuízo da imediata instauração de inquérito policial.

Além disso, faz-se necessário que a autoridade policial, como garantidora dos direitos fundamentais, conforme disposto no art. 2º, §6º da citada Lei 12.830/2013, também fundamente suas decisões ao indicar autoria, materialidade e circunstâncias ensejadoras do indiciamento. Ainda que o indiciamento não vincule o titular da ação penal, ele revela a sua importância ao expor o entendimento jurídico da autoridade policial, do qual o representante ministerial não pode se esquivar. O *parquet*, por sua vez, deve se manifestar sobre todos os seus aspectos, ante a proibição de arquivamento implícito no processo penal pátrio (DE PAULA e BERMUDEZ PEREIRA, 2017).

Por conseguinte, nesse cenário, a autoridade policial será a garantidora da licitude da obtenção da prova, da preservação da cadeia de custódia e dos direitos fundamentais do investigado, assim como da garantia de que vítimas não sejam revitimizadas e que testemunhas também tenham seus direitos respeitados.

²¹ http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079. Acesso em: 05 abr. 2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo analisou-se, na primeira seção, os princípios do contraditório e da ampla defesa no ordenamento jurídico brasileiro e as divergências sobre a possibilidade de suas incidências na primeira fase da persecução penal. Na segunda seção, foram trazidos os entendimentos da doutrina tradicional e da vanguardista sobre a investigação preliminar. Constatando que o processo investigativo é o ambiente onde elementos informativos e a maioria das provas são produzidas, subsidiando a propositura da ação penal, como também servindo de fundamento para o arquivamento e de base para a discussão dos acordos da justiça negocial criminal.

Dada a relevância da fase investigativa, na terceira seção constatou-se que a defesa deve ter presença ativa, assim como o órgão de acusação, a fim de que nela sejam observados os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, os princípios do contraditório e a ampla defesa são contemplados, e podem ser mitigados, para garantir o sigilo necessário à obtenção de determinadas provas e elementos de informação, os quais serão posteriormente acessíveis à defesa.

O estudo ainda discutiu que, com o desenvolvimento de pesquisas e de técnicas de investigação criminal, não é mais possível se pensar numa Polícia Judiciária que atue de forma experimental, pelo método de tentativa e erro. Os mais variados e avançados métodos de investigação são capazes de produzir informações precisas e confiáveis, culminando em processos investigativos de qualidade, de forma a contribuir para efetiva promoção da Justiça. Nesse contexto, evidenciou-se que a autoridade de Polícia Judiciária possui papel fundamental como estrategista da investigação policial, visando ao maior êxito nas diligências e como garantidora dos direitos fundamentais, preservando a licitude das provas e dos elementos de informação.

Constatou-se, por fim, que a hipótese inicial da pesquisa se confirmou no sentido de que o contraditório e a ampla defesa na fase processual investigativa se fazem presentes, mesmo que de forma mitigada. Contribuem, assim, para a busca da verdade processual e para o equilíbrio entre os órgãos de acusação e defesa.

As abordagens e reflexões aqui realizadas não possuem o condão de esgotar o assunto. Pelo contrário, dada a limitação da proposta, buscam apenas clarificar temas relevantes e atuais de Polícia Judiciária que merecem aprofundamento. Podem ser trabalhados com maior profundidade em dissertações de mestrado e/ou teses de doutorado, levando para a academia a necessidade de aprimorar os estudos sobre a fase processual investigativa.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Marcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; GOMES, Rodrigo Carneiro; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BERMUDEZ PEREIRA, André Luiz. **A investigação criminal orientada pela teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12. nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 05 abril. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei N. 3.689, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 05 abril. 2022.



BRASIL. **Decreto-Lei N. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **LEI N. 8.906** de 04 de julho de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **LEI N. 12.527** de 18 de novembro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **LEI N. 12.830** de 20 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **LEI N. 13.432** de 11 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13432.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **LEI N. 13.869** de 05 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **LEI N. 13.964** de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em 30 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395**. Brasília, 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444**. Brasília, 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em 12 dez. 2022.

BRESSAN, Adilson José. **O indiciamento como ato decisional do delegado de polícia no inquérito policial**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70965/o-indiciamento-como-ato-decisional-do-delegado-de-policia-no-inquerito-policial>. Acesso em 16 jan. 2023.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada**. Disponível



em:<https://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em 20 dez.2022.

DE PAULA, Allan Pinheiro; BERMUDEZ PEREIRA, André Luis. As diligências de investigação no Estado Democrático de Direito. In: GOSTINSK, Aline; SOUZA, David Tarciso Queiroz de. **Investigação Preliminar e Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FRAGELLI, Angelo Moreno Cintra Fragelli; MEDEIROS, Diogo Bastos; SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Nota técnica nº 13/2023. **Participação de advogados em oitivas de procedimentos de Polícia Judiciária**. Disponível em: <http://intranet.pc.sc.gov.br/portal/wp-content/uploads/2023/05/NOTA-T%C3%89CNICA-13-Participa%C3%A7%C3%A3o-de-advogados-em-oitivas-de-procedimentos-de-PJ.pdf>. Acesso em 10 de mai. 2023.

FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA, Barbosa Marinho Ruy. **Comentários a Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1 ed. São Paulo: Edijur, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O Inquérito Policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada>. Acesso em 27 mar. 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR. Jaime. **Investigação sobre Moro e Bolsonaro evidencia publicidade do inquérito policial**. Disponível em:<https://www.adpesp.org.br/investigacao-sobre-moro-e-bolsonaro-evidencia-publicidade-do-inquerito-policial>. Acesso em 27 mar. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14 ed. São Paulo: RT, 2017.



PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lúcio. **Investigação criminal:** conduzida por delegado de polícia - comentários à Lei 12.830/2013. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Introdução do Direito de Polícia Judiciária.** 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. **Atos Probatórios no Inquérito Policial:** elementos informativos, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Disponível em: <file:///D:/Downloads/gilsondiana,+01+-+Artigo+1+-+Jaime.pdf>. Acesso em 27 mar. 2023.

Provimento de Nº 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB. Disponível em:

<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em 28 dez. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. O controle de nulidades na investigação preliminar com justiça negocial. In: PEREIRA, Eliomar; ANSELMO, Márcio Adriano. **Direito Processual de Polícia Judiciária I:** o procedimento de inquérito policial. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SAAD, Marta. A defesa no Inquérito Policial. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; ANSELMO, Márcio Adriano. **Direito Processual de Polícia Judiciária I:** o procedimento de inquérito policial. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANNINI NETO, Francisco. **Contradizendo a ausência de contraditório no Inquérito Policial:** Garantismo na investigação criminal. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937803/contradizendo-a-ausencia-de-contraditorio-no-inquerito-policial-o-garantismo-na-investigacao-criminal>. Acesso em 02. abr. 2023.

SANNINI NETO, Francisco. O delegado de polícia e sua capacidade postulatória. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; ANSELMO, Márcio Adriano. **Direito Processual de Polícia Judiciária I:** o procedimento de inquérito policial. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Seminário Integrado: **Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo.** Disponível em: http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079. Acesso em 28 dez. 2022.



SOUZA, David Tarciso Queiroz de. **A Permeabilidade do Processo Penal**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 14**. Tribunal Pleno. Rel. Menezes Direito. DJ 02.02.2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso em 12 jan.2023

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Editora juspodivm, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2011.

VALADÃO LOPES. Henrique de Sá. **A diferença entre texto e norma na Súmula Vinculante nº 14 ou quando o investigado pode ter acesso à investigação sigilosa**. Disponível em: https://www.academia.edu/40539588/A_DIFEREN%C3%87A_ENTRE_TEXTO_E_NORMA_NA_SC3%9AMULA_VINCULANTE_N_14_OU_QUANDO_O_INVESTIGADO_PODE_TER_ACESSO_%C3%80_INVESTIGA%C3%87%C3%83O_SIGILOSA. Acesso em 28 jan. 2023.