

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
DIREITO
LAÍS GABRIELA VINAGRE

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: garantias fundamentais

Três Pontas
2022

LAÍS GABRIELA VINAGRE

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: garantias fundamentais

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas-FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Ma. Julia Domingues de Brito.

Três Pontas

2022

LAÍS GABRIELA VINAGRE

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: garantias fundamentais

Artigo Científico apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas-FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovada em: ____/____/____

Prof. Ma. Julia Domingues de Brito

Prof. Estela Cristina Vieira de Siqueira

Prof. Makvel Reis Nascimento

OBS.:

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter me sustentado a cada passo e me dado saúde e força para enfrentar todas as dificuldades. À minha mãe Ana, minha maior incentivadora e por todo apoio nas horas difíceis de desânimo e de cansaço. A meu pai Robison e minhas irmãs Laisla e Larissa, pelo amor incondicional. A minha avó Maria das Graças, pela força e por não medir esforços para a realização dos meus sonhos. A minha madrinha Isabel que mesmo de longe esteve presente em todos os momentos essenciais. A meu melhor amigo e companheiro de vida, cujo apoio foi fundamental nas etapas da minha graduação. E, principalmente a mim mesma, por todo esforço, por ter aguentado todas crises advindas, por tantas vezes ter pensado em desistir e ainda assim seguir firme.

EPÍGRAFE

“Não aceitar nada como verdadeiro sem saber
evidentemente que o é.”

Descartes

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DESENVOLVIMENTO	7
2.1 Sistemas Processuais Penais.....	7
2.1.1 Sistema inquisitorial	7
2.1.2 Sistema Acusatório.....	9
2.1.3 Sistema misto	10
2.2 Inquérito Policial.....	10
2.3 Direitos e garantias do investigado.....	12
2.3.1 Princípio da presunção da inocência	14
2.3.2 Princípio do devido processo legal.....	17
2.3.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa	18
2.3.4 Princípio da legalidade	21
2.3.5 Princípio do <i>nemotenetur se detegere</i>	22
2.3.6 Princípio da vedação das provas ilícitas	24
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	26
REFERÊNCIAS.....	28

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: garantias fundamentais

Laís Gabriela Vinagre¹

Ma. Julia Domingues de Brito²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os direitos constitucionais e garantias fundamentais assegurados ao investigado durante a investigação criminal. O tema é extremamente importante já que visa a atuação policial e direitos individuais, temas debatidos constantemente nos meios jurídico e social. Inicialmente busca-se trazer uma breve distinção entre os sistemas processuais existentes. Em momento posterior, a pesquisa traz alguns conceitos sobre o inquérito policial para por fim, trazer conceitos constitucionais de direitos e garantias expressos na Carta Magna. O trabalho busca trazer posições divergentes na doutrina sobre a in(validação) dos princípios do contraditório e ampla defesa no procedimento investigatório. O objetivo da pesquisa é demonstrar que os limites e características da investigação não podem ultrapassar a pessoa do investigado em decorrência de arbitrariedades ou até mesmo da aplicação estrita da lei. O trabalho foi realizado através de pesquisas na legislação pertinente, doutrinas e jurisprudências.

Palavras-chave: Investigação criminal. Inquérito policial. Garantias constitucionais

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho trata da investigação criminal e as garantias fundamentais do investigado durante o procedimento policial.

Inicialmente, a pesquisa aborda sobre os sistemas processuais existentes, já que refletem diretamente na investigação criminal, explicando também qual sistema é adotado pela legislação pátria.

¹Bacharelado em direito pela Faculdade de Três Pontas - FATEPS

² Mestra em Gestão e Desenvolvimento pelo Centro Universitário do Sul de Minas - UNIS. Graduada em Direito pela Faculdade Três Pontas - FATEPS, Grupo Unis (2016). Especializada em Direito Administrativo (2017) e Metodologias Ativas (2020). Atualmente é advogada do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Três Pontas - FATEPS e professora titular do curso de Bacharel em Direito da Faculdade Três Pontas - FATEPS.

Posteriormente, a fim de introduzir o assunto principal, o trabalho traz ao leitor um estudo breve sobre o inquérito policial.

Por fim, os direitos e garantias fundamentais são analisados sob o enfoque constitucional, enfatizando a dignidade da pessoa humana como princípio norteador dos demais.

Ressalte-se que algumas posições doutrinárias divergentes sobre os princípios do contraditório e ampla defesa dentro do inquérito policial são levantadas ao leitor.

O trabalho não pretende esgotar toda a amplitude do tema, mas sim de frisar as garantias constitucionais, uma vez que as mesmas compõem um meio constitucional de proteção aos bens, direitos e liberdades fundamentais.

O assunto será abordado ao leitor por meio de pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Sistemas Processuais Penais

No que pese o inquérito policial, um dos temas principais do presente trabalho, ser uma fase preparatória do processo penal, é importante mencionar introdutoriamente os principais pontos dos sistemas processuais existentes, já que refletem diretamente na investigação criminal.

Os sistemas processuais se dividem doutrinariamente em três: inquisitivo, acusatório e misto. Essa divisão será tratada brevemente nos subtópicos a seguir.

2.1.1 Sistema inquisitorial

O sistema inquisitorial foi tomado pelo direito canônico no século XIII, se propagando posteriormente por toda a Europa. O sistema continuou a ser adotado até o século XVIII pelos tribunais civis.

O sistema em comento pode ser conceituado como o sistema cuja característica principal é concentrar em uma única pessoa os verbos de acusar, defender e julgar. Assim, um único indivíduo assumia as funções de juiz inquisidor (LIMA, 2013).

No sistema inquisitorial, o juiz inquisitorial possui amplos poderes, inclusive de iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar a colheita de provas no curso das investigações, independente de iniciativa da acusação ou do acusado. Pode-se afirmar que o sistema inquisitivo é rigoroso, secreto, em que considera possível a descoberta de uma verdade absoluta, e, por isso, admiti-se que os mais variados métodos para a descoberta, dentre outros a tortura (SOUZA, 2019, p. 1).

Após um breve conceito é possível perceber que as principais características do processo inquisitorial são totalmente incompatíveis com o ordenamento pátrio atual, uma vez que violam diretamente direitos e garantias processuais constitucionais.

Como veremos ao decorrer do presente trabalho, alguns doutrinadores entendem que o inquérito policial é um procedimento inquisitorial e por essa razão não são aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Importante mencionar desde já que essa corrente é criticada por parte da doutrina, tema que será explanado em capítulo oportuno.

2.1.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório se enfatizou durante a antiguidade grega e romana, também se destacando durante a Idade Média. Com o prevaecimento do sistema inquisitivo, tratado anteriormente, o sistema acusatório perdeu espaço após o século XIII (SOUZA, 2019).

As legislações modernas, atualmente, utilizam o sistema acusatório, tendo como principais pontos característicos o contraditório, a igualdade de partes, a publicidade, as funções de investigar (SOUZA, 2019).

Importante frisar que a acusação e o julgamento são realizados por pessoas diferentes. Outro ponto importante é o início da ação penal, competido ao órgão responsável pela acusação.

Nesse sentido, a doutrina: “[...] são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento” (BRASILEIRO, 2013, p. 40).

No que pesem todas essas diferenças o sistema acusatório traz alguns pontos próprios do sistema inquisitivo, tais como: a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução (SOUZA, 2019).

No Brasil foi adotado o sistema acusatório, já que o texto constitucional adota expressamente a separação de acusar, defender e julgar. Ademais, o constituinte assegura os princípios do contraditório, ampla defesa e não culpabilidade.

Como exemplo da separação, a Constituição estabelece no artigo 129, I que: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Isto posto, fica claro que a propositura da ação penal é privativamente do órgão do Ministério Público, o que impede que o juiz tome iniciativas sem a provocação do órgão acusatório, comprometendo a sua imparcialidade.

2.1.3 Sistema misto

Também chamado de sistema francês, o sistema misto altera alguns pontos do sistema inquisitorial, de modo que: “[...] há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório” (CAPEZ, 2021, p. 1).

O modelo misto se caracteriza por um sistema criado a partir dos anteriores, acusatório e inquisitorial, surgindo com o *Code d’InstructionCriminalle Francês*, de 1.808 (SOUZA, 2019).

Sobre sua denominação, complementa a doutrina:

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade (BRASILEIRO, 2013, p.5).

Antigamente, com o início da vigência do Código de Processo Penal de 1941, o entendimento predominante sustentava que o Brasil adotava o sistema misto. Essa teoria se justificava no fato de que a fase pré-processual era inquisitorial e que, posteriormente, com o início do processo, a fase passava a ser acusatória.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 chegou-se a conclusão de que o sistema adotado seria o acusatório, como já apresentado, pois todo o sistema deve ser interpretado conforme o texto constitucional.

2.2 Inquérito policial

A autoridade policial é responsável por apurar determinada e eventual infração penal. Assim para apuração é necessário levantar informações, bem como ouvir testemunhas, apreender objetos, dentre outros atos específicos ao caso concreto.

Decerto que, para a obtenção de uma verdade absoluta dentro dos limites da legalidade previsto em lei, é necessário que se faça uma investigação clamorosa, sem erros e ou vícios, não deixando dúvidas acerca do delito e da materialidade, embora esta não seja de suma relevância para a instauração da ação penal, porém acreditamos, que na busca da realidade do crime, deverá a autoridade policial funcionar em perfeita harmonia com o órgão do Ministério Público para a elucidação da verdade real, visando imputar ao infrator delinquente, dentro da legalidade de um processo justo, real e verdadeiro, a sanção penal adequada.

O Inquérito Policial é o procedimento destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. É o momento inicial da *persecutio criminis*. É o conjunto de informações, que no momento oportuno, propiciará o início da ação penal. O IP irá levar, portanto, até o Ministério Público, informes acerca da infração investigada (CASTRO JÚNIOR, 2015, p. 6).

Com fulcro no artigo 4º do Código de Processo Penal³, a autoridade policial, assim que tiver conhecimento da existência de um fato ilícito, tem como dever instaurar o inquérito policial com a finalidade de apurar os fatos e a respectiva autoria.

Quanto a natureza jurídica, conforme já foi explicado de forma breve no tópico anterior, o inquérito policial se classifica como procedimento administrativo inquisitorial:

Procedimento administrativo inquisitorial: Quanto a sua natureza jurídica, o inquérito classifica-se como procedimento administrativo inquisitorial. Não é a posição geográfica das normas nos textos legais que identifica sua natureza. As normas só são de processo penal quando efetivamente regularem a atividade processual penal. As normas reguladoras do inquérito policial contidas no CPP não normatizam o processo penal. Regem, sim, o procedimento de um órgão da administração, da polícia, uma atividade eminentemente administrativa. Daí possuírem natureza administrativa as normas do CPP que regulam o inquérito policial (MEDEIROS, 2022, p. 1).

No mesmo sentido, o autor explica sobre a natureza inquisitiva do inquérito:

O inquérito policial é procedimento administrativo tipicamente inquisitivo. Não obedece a rito determinado. Seus atos não se sucedem em sequência preordenada. É abrangente o poder discricionário do presidente do inquérito, o delegado de polícia. A defesa é limitada. Idem o contraditório. O delegado de polícia possui amplos poderes para investigar os fatos, determinando as diligências que entender necessárias. Os artigos 20 e 21 do CPP, os quais se ocupam do sigilo do inquérito e

³ 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 (BRASIL, 1941)

da incomunicabilidade do indiciado, marcam o traço inquisitivo do inquérito policial. Há aqueles que sustentam que o investigado não possui direitos, dispõe apenas de garantias, sendo essa, inclusive, embora implicitamente, a inclinação jurisprudencial. É um equívoco, como demonstraremos em comentários ao artigo 6º. O investigado possui direitos, e deve persegui-los, entre os quais o direito de fazer prova por meio de interceptação de dados e telefônica com autorização judicial e auxílio da autoridade policial. Os instrumentos de prova à disposição do administrador devem ser utilizados tanto para demonstrar a culpa quanto para provar a inocência, ou seja, se prestam para buscar a verdade (MEDEIROS, 2022, p. 1).

O inquérito policial é de grande responsabilidade e importância, já que o procedimento irá influenciar no convencimento do juízo, bem como dar um destino ao cidadão envolvido, refletindo na segurança da sociedade.

No que tange às regras de elaboração, o Código de Processo Penal elenca as regras entre os artigos 4º e 23º.

Importante mencionar que na maioria das vezes, além da instauração do procedimento, a autoridade policial deverá empregar diligências suficientes a nortear uma direção ao caso concreto. Toda a tramitação é acompanhada pelo fiscal da lei, ou seja, o Ministério Público. Nesse sentido, a doutrina:

Muitas das vezes, no ato da instauração do inquérito, não estão reunidos ainda elementos suficientes para indicar uma direção correta a ser seguida, devendo a autoridade policial determinar as diligências que deverão ser empregadas, bem como proceder à reprodução simulada dos fatos, não podendo, contudo, contrariar a moralidade ou a ordem pública, devendo toda a tramitação ser acompanhada pelo Ministério Público, para que haja uma fiscalização permanente, pois é ele o titular da Ação Penal Pública (CASTRO JÚNIOR, 2015, p. 7).

Percebe-se na legislação que não há um rito pré-definido para elaboração do inquérito ou até mesmo para o andamento das investigações policiais. Essa inexistência se deve ao rito próprio utilizado em cada caso concreto que depende das diligências específicas.

Alguns doutrinadores defendem que a acusação e a defesa se encontram no mesmo patamar (CASTRO JÚNIOR, 2015).

Insta salientar que, como se trata de procedimento investigatório, o inquérito não poderá ser anulado. O que pode ocorrer, entretanto, é a nulidade de peças devido à existência de irregularidades e vícios processuais. Para fins de elucidação, seguem exemplos:

[...] algumas peças podem ser nulas por ausência de requisitos legais, como por exemplo, a perícia realizada por peritos não oficiais se estes não forem compromissados, art. 159, §2º, do CPP. A perícia deve ser realizada por mais de um perito, pois: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que estiver funcionado anteriormente na diligência de apreensão (CASTRO JÚNIOR, 2015, p. 8).

Por fim, cabe trazer um breve estudo sobre a atuação do delegado de polícia e do representante do Ministério Público na fase investigativa, o que causa discussão doutrinária, senão vejamos.

Quanto à presidência do inquérito policial pelo delegado de polícia e a possibilidade de o Ministério público investigar crimes, existem basicamente duas correntes: uma que entende ser ilegal os membros do Parquet realizarem atos investigatórios - por não estar descrito em nenhum ordenamento jurídico tal atribuição a tão nobre instituição - e outra, que entende que o Ministério Público detém poderes para investigar, uma vez que o artigo 129, VII da CRFB/88 autoriza o MP a exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária (CASTRO JÚNIOR, 2015, p. 9).

Tal discussão doutrinária se dá justamente na literalidade do artigo 144 da Constituição Federal, que prevê a atribuição exclusiva das apurações penais às polícias judiciárias (BRASIL, 1988) e no dispositivo 129, I da CF, baseado pelo Ministério Público ao invocar a Teoria dos Poderes Implícitos.

Parte da doutrina trata como uma “invasão” do *Parquet* o ato de realizar investigações criminais, pois se trata de papel exclusivo da autoridade policial (NUCCI, 2007).

Lado outrem, alguns doutrinadores amparam a ideia de que o Ministério Público pode sim praticar atos investigatórios, uma vez que como *dominus litis* da ação penal pública, pode praticar, *de per se*, atos investigatórios (MIRABETTE, 2000).

2.3 Direitos e garantias do investigado

O caráter inquisitório do inquérito policial foi relativizado a fim de se enquadrar nos princípios elencados pela Constituição Federal, que prevê garantias e direitos fundamentais ao investigado no âmbito do processo penal.

Referidos princípios são derivados do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador dos demais na Carta Magna que se encontra no artigo 1º como fundamento do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (BRASIL, 1988, grifo nosso).

No mesmo sentido, complementa Alexandre de Moraes:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2011, p. 61).

Conforme afirma a doutrina, a dignidade da pessoa humana direciona os demais direitos fundamentais, ou seja, pode ser considerada como uma regra geral em que todos outros direitos devem subordinação, quer sejam expressos ou tácitos (AZEVEDO, 2010 *apud* OLIVEIRA, 2020).

Saliente-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem caráter compulsório, ou seja, deve ser observado em todas as esferas jurídicas.

Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis, de maneira que Direito Penal busca o alcance da paz social e o Processo Penal destina-se à proteção dos acusados da prática das mencionadas infrações, afastando todo e qualquer tipo de arbitrariedades possíveis de cometimento pelas autoridades processantes através de normas que regulamentam os processos instaurados para a apuração dos delitos (OLIVEIRA, 2020, p. 1).

Deste modo, os limites e características da investigação não podem ultrapassar a pessoa do investigado em decorrência de arbitrariedades ou até mesmo da aplicação estrita da lei.

Importante mencionar que alguns doutrinadores entendem que existem diferenças entre princípios e garantias, senão vejamos:

[...] uma coisa são os direitos, outra as garantias, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituímos direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito (BARBOSA, s.*apud* SOARES, 2020, p. 26).

Nesse sentido, conclui-se que as garantias fundamentais apresentam uma função de segurança, com caráter instrumental cuja finalidade é assegurar que direitos sejam aplicados.

Em outras palavras, as garantias também são direitos fundamentais, pois compõe um meio constitucional de proteção aos bens, direitos e liberdades fundamentais (MOSSIN, 2014).

2.3.1 Princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, está expresso no texto constitucional e é um dos direitos fundamentais do indiciado.

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

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O princípio em comento objetiva proteção, ou seja, tem a finalidade de não cercear a liberdade de um indivíduo sob mera suspeita, não aplicando penalidades, em regra, antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória.

O trâmite processual deve preservar a garantia da presunção de inocência de forma que a constatação do delito e a sanção penal ocorram somente após um processo legal e prolação de sentença irrecorrível.

Corroborando o assunto, prevê a doutrina:

Consiste, assim, o referido princípio no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (BRASILEIRO, 2013 *apud* OLIVEIRA, 2020, p. 1).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais prevê reiteradamente em suas decisões sobre a garantia da presunção da inocência, inclusive na fase investigatória, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS SEGURAS DE AUTORIA - REDUÇÃO DA PENA - FRAÇÃO MÁXIMA DA CAUSA DE AUMENTO - POSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL - DECOTE DO PRIVILÉGIO - NÃO CABIMENTO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. Comprovada a materialidade e a autoria delitiva e inexistindo causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, necessária manutenção da condenação dos apelantes pela prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. **Preenchidos os requisitos do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, não há que se falar em decote do privilégio com base em inquéritos em andamento, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.** Conforme entendimento do STJ, a quantidade de drogas apreendidas, por si, não pode ser utilizada para definir a fração que incide na pena. Não sendo apreendida quantidade expressiva ou variedade de drogas, é possível aplicação do privilégio em sua fração máxima de 2/3 (MINAS GERAIS.

TJMG - Apelação Criminal 1.0000.22.187161-9/001, Relator(a): Des.(a) Bruno Terra Dias , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/11/2022, publicação da súmula em 09/11/2022, grifo nosso)

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - PROMOÇÃO AO POSTO DE CABO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - EXISTÊNCIA DE PROCESSO PENAL EM CURSO - **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA** PRECEDENTE DO STF (RE 560900/DF) - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONSECUTÓRIOS LEGAIS - CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - TAXA SELIC.

1. **A mera existência de inquéritos policiais ou processos penais em curso não implica impedimento à progressão funcional no serviço público**, salvo situações excepcionais, verificáveis no caso concreto, consoante entendimento firmado no julgamento do RE 560.900-DF pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral.

2. Nas condenações da Fazenda Pública, após 09/12/2021, independentemente de sua natureza, deverão incidir correção monetária e juros de mora com base na taxa Selic, conforme estabelecido pela EC nº 113/21. (MINAS GERAIS. TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.21.277062-2/003, Relator(a): Des.(a) Carlos Henrique Perpétuo Braga , 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/11/2022, publicação da súmula em 09/11/2022, grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO, MUNIÇÕES E ACESSÓRIOS - APELO MINISTERIAL - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA A CONDENAÇÃO DE CINCO DOS AGENTES - ABSOLVIÇÕES MANTIDAS - RECURSO DEFENSIVO (ÚNICO RÉU CONDENADO) - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES - ACESSÓRIO DE ARMA CALIBRE 9MM A .45 - ADVENTO DE NORMA AMPLIANDO A CLASSIFICAÇÃO DE ARMAS DE USO PERMITIDO - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA, DE OFÍCIO - SANÇÕES - VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AGRAVAR A PENA-BASE - REANÁLISE DA CONDUTA SOCIAL - NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - BENESSE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº. 11.343/2006 - INAPLICABILIDADE - ACUSADO QUE CLARAMENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

- **É necessária prova escorreita e segura da existência e da autoria do fato delituoso para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida; isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte a Dignidade do homem, princípio matriz de nossa Constituição.**

- Com a superveniência de Decreto Presidencial ampliando o rol de armas e munições de uso permitido, alcançando aquelas cujo acessório era ilegalmente possuído pelo acusado, necessária a desclassificação de sua conduta - inicialmente capitulada no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento -, para aquela prevista no artigo 12 da Lei n. 10.826/03.

- **"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"** (Súmula 444 do STJ)

- O acusado que confessa a prática do crime, contribuindo de forma significativa para a elucidação do caso, faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

- Inviável a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 quando constatado nos autos que o condenado se dedica a atividades criminosas (MINAS GERAIS. TJMG - Apelação Criminal 1.0051.21.000678-2/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/10/2022, publicação da súmula em 21/10/2022, grifo nosso).

Por fim, importante mencionar que a presunção de inocência também está prevista em diplomas internacionais:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XI, 1, dispõe: “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”. A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, e a Constituição Federal (CF) no inciso LVII do artigo 5º diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, portanto vemos que a CF trouxe uma garantia ainda maior ao direito da não culpabilidade, pois o garante até o trânsito em julgado da sentença penal, e não apenas até quando se comprove a culpa do acusado, como posto na Declaração Universal e no Pacto de San José da Costa Rica (NOVO, 2018, p. 1).

Em suma, o princípio garante proteção ao investigado e subsunção da sua inocência até que, eventualmente, a culpabilidade seja de fato comprovada além de meras dúvidas, ou seja, com o esgotamento de todas as vias recursais que possuem o condão de questionar uma decisão condenatória.

Assim, o indivíduo não pode ser considerado ou tratado como culpado de uma infração penal, em todas as fases processuais, sem o devido trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Noutro giro, cabe uma ressalva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal⁴, que legaliza a decretação da prisão preventiva quando se, além da presença de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, houver risco para a ordem pública, ordem econômica, aplicação da lei penal, conveniência da instrução criminal e/ou aplicação da lei penal.

Complementando a exceção sistemática, diz a jurisprudência:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CABIMENTO. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA NECESSIDADE. CONSIDERÁVEL LAPSO TEMPORAL DECORRIDO DESDE A RESTITUIÇÃO DA LIBERDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. **A prisão preventiva, espécie de medida cautelar, é exceção na sistemática processual, dando, o quanto possível, promoção efetiva ao princípio constitucional da não-culpabilidade.** 2. O Código de Processo Penal prevê de forma expressa o princípio da proporcionalidade, composto por dois outros, quais sejam: adequação e necessidade. 3. O fato de ter sido atribuída à recorrida a prática do delito

⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (BRASIL, 1941)

de tráfico ilícito de drogas não é argumento suficiente, por si só, para justificar a decretação da prisão cautelar, **mostrando-se imprescindível, em face do princípio da presunção de inocência, a demonstração dos requisitos da preventiva, bem como da existência dos elementos objetivos, com base em fatos concretos.** 4. A contemporaneidade dos fatos delituosos supostamente perpetrados trata-se, juntamente com os demais requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, de condição necessária para justificar a constrição cautelar do agente. 5. Negado provimento ao recurso (MINAS GERAIS. TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.22.154646-8/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/11/2022, publicação da súmula em 23/11/2022, grifo nosso).

A decretação e manutenção da prisão provisória não é contrária ao princípio do estado da inocência, desde que o caso concreto apresente os requisitos dos artigos 312 e 313⁵ do Código de Processo Penal.

2.3.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está expresso na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LIV - **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal** [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O princípio em comento se desdobra em vários dispositivos que especificam garantias necessárias em certificar e garantir o direito de um processo justo e legal. Nesse sentido, ensina a doutrina que a garantia do devido processo legal é constituída de uma complexa conjugação de normas, bem como de princípios, regras e proibições (SOARES, 2020).

⁵ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (BRASIL, 1941).

O devido processo legal, em sua natureza, nada mais é do que uma tutela ao direito principal, tendo como resultados a ampla defesa e o contraditório aos litigantes durante todo o processo administrativo e judicial.

No que diz respeito diretamente ao inquérito policial, o devido processo legal é extremamente necessário, pois está enraizado desde os procedimentos iniciais até a elaboração do relatório final.

Destacada a importância da investigação preliminar levada a efeito pelo inquérito policial e sua imediata correlação com o princípio do devido processo legal, devemos mencionar a realização das diversas diligências para elucidação do fato, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, até que chega o momento de encerrar o feito e a autoridade policial elaborar o relatório final para remessa ao juízo (MARTINS, 2022, p. 1).

Conforme já abordado nos capítulos anteriores, o inquérito policial é responsável por um procedimento preparatório da ação penal, momento em que são realizadas diversas diligências a fim de reconstruir o fato pretérito e buscar uma verdade possível, construída dentro dos parâmetros legais no contexto do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, é fundamental que se aplique o devido processo legal nas investigações preliminares (MARTINS, 2022).

2.3.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são questionados pela jurisprudência e aplicadores do Direito em relação à aplicabilidade no inquérito policial, apresentando interpretações diferentes.

A Carta Magna prevê em seu artigo 5º:

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

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Como já mencionado na pesquisa, o inquérito é entendido como um procedimento administrativo de investigação criminal, momento em que inexistente processo e

consequentemente acusados, que só irão existir, eventualmente, na segunda fase de persecução penal (SOARES, 2020).

Ressalte-se que o direito de defesa não interessa apenas ao acusado ou investigado, mas sim a toda coletividade.

No que pese a previsão legal do contraditório, uma parcela da doutrina entende que não existe tal direito:

O Inquérito Policial, assim, não passa de mero expediente administrativo, que visa apurar a prática de uma infração penal com a delimitação da autoria e as circunstâncias em que a mesma ocorrerá, sem o escopo de infligir pena a quem seja objeto desta investigação. Assim, o caráter inquisitorial afasta, do Inquérito Policial, o princípio do contraditório (RANGEL, 2010 *apud* SOARES, 2020, p. 28).

A posição de Paulo Rangel (2010) é criticada pelo doutrinador Aury Lopes Júnior:

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV da CF, que não pode ser objeto de leitura restritiva. 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, até porque o próprio legislador cometeu o mesmo erro ao tratar ‘Do Processo Comum’, quando na verdade deveria dizer do ‘procedimento’. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 338).

Considerando que a fase do inquérito policial é uma fase que se busca informação e que o contraditório apresenta duas fases, quais sejam: o direito à informação e a possibilidade de informação (MENDES, 1973), é inquestionável que o contraditório seja essencial para garantir o direito à informação de fatos e alegações contrárias ao interesse da parte.

Ademais, o contraditório está apto a permitir o direito de reação e oportunidade igualitária de resposta à parte na mesma proporção utilizada pela autoridade policial (PACELLI, 2020).

Sobre a ampla defesa é possível dizer que sua plenitude está ligada diretamente ao contraditório “[...] porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação), que brota o exercício da defesa; mas é esta, que garante o contraditório” (SOARES, 2020, p. 28).

A defesa se manifesta, juntamente com o contraditório, no acesso ao inquérito policial, na garantia da informação, na defesa técnica, no princípio da não autoincriminação, na proibição do cerceamento de defesa, entre outros momentos anteriores e durante a fase processual.

Insta salientar, que os princípios em comento podem não ser absolutos em alguns casos concretos, que exigem estado de sigilo.

O doutrinador Sérgio Hamilton entende que não se pode ignorar que o sigilo é a essência do Inquérito Policial, afirmando que é um grave equívoco que ignorem “um dado elementar a respeito da natureza jurídica do Inquérito Policial, qual seja o de sigilo é da essência daquela peça investigação (MENDRONI, 2013 apud SOARES, 2020, p. 29).

No que pese a necessidade de sigilo, com fulcro na Súmula Vinculante nº. 14 do Supremo Tribunal Federal é garantido ao defensor do representado ter acesso amplo aos elementos de prova documentados no procedimento investigatório.

Súmula Vinculante 14:

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

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais investigados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito a seu constituinte (BRASIL. STF, 2006 HC 88.190, voto do rel. min. **Cezar Peluso**, 2ª T, j. 29-8-2006, *DJ* de 6-10-2006).

Diante o exposto é possível uma harmonização entre o sigilo do inquérito e os direitos dos advogados, uma vez que a presença destes profissionais no inquérito e, sobretudo, no flagrante, tem caráter profissional, efetivo e não meramente simbólico (SOARES, 2020). Ressalte-se no caso de sigilo decretado, o instrumento procuratório pode viabilizar a vista do procedimento investigatório.

Complementando, alguns pontos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 7º São direitos do advogado:
[...]

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

[...]

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado 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.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (BRASIL, 1994).

Por fim, resta dizer que os princípios do contraditório e ampla defesa são instrumentos fundamentais do processo penal, uma vez que garantem a proteção do cidadão na persecução penal e garantem um ponto positivo ao interesse público, já que um procedimento investigatório justo e um processo legal levam às finalidades do direito penal, quais sejam a punição e prevenção.

2.3.4 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no texto constitucional, *in verbis*:

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

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A legalidade é uma das principais garantias aos direitos individuais, uma vez que o legislador ao mesmo tempo que define os direitos, estabelece limites à atuação do Estado.

Assim nos ensina o doutrinador CAPEZ:

Os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito. No caso de infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio *minima non curat praetor*, pois este decorre do princípio da oportunidade, estranho ao processo penal. Assim, a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares, e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia, desde que se verifique um fato aparentemente delituoso (CAPEZ, 2012, p. 113).

Com fulcro na lei, o investigado no inquérito policial apenas pode ser submetido às diligências previstas no ordenamento jurídico. Saliente-se que qualquer outro método usado pela autoridade policial não é admitido com fulcro no princípio da legalidade.

2.3.5 Princípio do *nemotenetur se detegere*

O princípio do *nemotenetur se detegere* ou princípio da não auto-incriminação garante que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja: “Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente” (GOMES, 2010, p. 7).

Conforme garante a Carta Magna no artigo 5º, inciso LXIII: “[...] “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

O dispositivo acima, que garante o direito ao silêncio é um dos desdobramentos do princípio da não auto-incriminação.

O professor Luiz Gustavo Gomes ainda complementa:

[...] não existe pena sem comprovação da responsabilidade (culpabilidade) do agente; não existe comprovação da culpabilidade sem processo (sem o devido processo); não existe o devido processo criminal sem garantias. Dentre todas as garantias do devido processo criminal está a ampla defesa. Da ampla defesa fazem parte: (a) a autodefesa e a (b) defesa técnica. Pertencem à primeira (autodefesa) (a) o direito de ser ouvido, (b) o direito a intérprete, (c) o direito de presença e, dentre tantos outros, o direito de não auto-incriminação. O direito de não auto-incriminação, como se vê, integra a autodefesa, que faz parte da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo criminal (GOMES, 2010, p. 1).

O princípio aqui estudado não busca proteger somente quem está custódia, mas também aqueles aos indivíduos soltos que estão sob investigação ou imputação de um ato ilícito⁶.

Corroborando o assunto, posição de outro doutrinador:

O direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo

⁶ Não importando se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade (SOARES, 2020).

em juízo, como também impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse (PACELLI, 2020, p.72).

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que fala sobre o direito ao silêncio e a anulação de atos que não respeitem essa garantia:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - RÉU CONDENADO POR CRIMES DE ROUBO ARMADO, LATROCÍNIO E USO DE DROGAS - PRELIMINAR - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO INTERROGATÓRIO NO INQUÉRITO - DIREITO AO SILÊNCIO NÃO ASSEGURADO - NECESSIDADE DE REPETIÇÃO DO ATO EM JUÍZO E CONFRONTO COM O RESTANTE DA PROVA - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS - MATÉRIA NÃO ALEGADA EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS - PRECLUSÃO - REJEITA-SE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE USO DE DROGAS - REEXAME DE PROVA - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS RATIFICADAS EM JUÍZO QUE COMPROVAM A AUTORIA - RECONHECIMENTO DO RÉU PELAS VÍTIMAS - TESE DEFENSIVA NÃO DEMONSTRADA - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA - PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO - DOSIMETRIA - CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE MESMA ESPÉCIE - ADEQUAÇÃO.
- Eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio na fase inquisitorial é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo, ausente na espécie, tendo em vista a imposição de repetição do ato em juízo e a necessidade de confronto do conteúdo com o restante da prova.
 - Se a defesa não alegou, por ocasião das alegações finais, a ocorrência de cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências, resta preclusa a alegação, devendo o magistrado julgar os fatos de acordo com a prova existente nos autos (MINAS GERAIS. TJMG - Apelação Criminal 1.0313.18.018506-5/001, Relator(a): Des.(a) Bruno Terra Dias, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/06/2022, publicação da súmula em 01/07/2022, grifo nosso).

A garantia do silêncio autoriza o investigado a recusar-se a participar da conhecida reconstituição do crime, em razão do constrangimento, à execração pública, como se efetiva e antecipadamente culpado fosse (PACELLI, 2020).

2.3.6 Princípio da vedação das provas ilícitas

O princípio da vedação das provas ilícitas foi previsto na Constituição de 1988. Anteriormente o ordenamento jurídico falava no assunto apenas no artigo 223 do Código de Processo Penal.

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário (BRASIL, 1941).

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

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

Posteriormente, com redação dada pela Lei nº. 11.690 de 2008, o Código de Processo Penal também dispõe em seu artigo 157 sobre a proibição de provas ilícitas, *in verbis*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Nesse sentido a jurisprudência afirma que a norma que assegura a inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, e também a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo (PACELLI, 2020).

Noutro giro, no que tange aos direitos individuais, o princípio da vedação da utilização de provas ilícitas protege a proteção de outros direitos, como o da intimidade, privacidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, dentre outros (PACELLI, 2020).

A prova Ilícita pode ser entendida como toda evidência que não pode ser admitida e muito menos valorada no âmbito processual (CAPEZ, 2012).

Em relação ao inquérito policial, caso seja reconhecida a ilicitude das provas, devem ser declaradas nulas. Em caso semelhante, segue jurisprudência recente:

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS - PRELIMINARES - NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS - DENÚNCIA ANÔNIMA - VALIDADE COMO NOTITIA CRIMINIS - BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR - OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS ESTABELECIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - AFASTAMENTO DO SIGILO DOS DADOS TELEFÔNICOS - DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA - DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS - JUNTADA DE DOCUMENTOS PELA ACUSAÇÃO - AMPLO ACESSO AOS ADVOGADOS DURANTE A INSTRUÇÃO - CONVALIDAÇÃO DO VÍCIO - ILEGALIDADE NA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL - LEITURA DOS DEPOIMENTOS CONSTANTES DO INQUÉRITO - INSUBSISTÊNCIA - NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NÃO CABIMENTO - ILICITUDE DE PARTE DAS PROVAS RECONHECIDA - DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - TRÁFICO DE DROGAS - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO NECESSÁRIA - MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - MAJORANTE DO ARTIGO 40, INCISO VI, DA ALUDIDA LEI - PERMANÊNCIA - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - AUSÊNCIA DE PROVAS DO ANIMUS ASSOCIATIVO - ABSOLVIÇÃO IMPERATIVA - PENA - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - VIABILIDADE.

[...]

- Reconhecida a ilicitude das provas angariadas nos aparelhos celulares dos acusados, remanescem somente indícios da prática do crime de associação para

o tráfico, pois a prova do vínculo associativo (MINAS GERAIS. TJMG - Apelação Criminal 1.0144.19.002013-7/002, Relator(a): Des.(a) Maurício Pinto Ferreira , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/10/2022, publicação da súmula em 04/11/2022, grifo nosso).

Insta mencionar que a doutrina faz uma pequena diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, sendo que estas infringem as normas de direito processual enquanto aquelas violam normas de direito material (CAPEZ, 2012).

Considerando que a Constituição Federal prevê de forma genérica a proibição de provas obtidas por meios ilícitos, impede tanto a utilização de provas ilícitas como de provas ilegítimas (CAPEZ, 2012).

Por fim, importante também mencionar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada⁷:

A Doutrina dos frutos da árvore envenenada "fruitsofthepoisonoustree" foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso SilverthorneLumberCov. United States (1920), em que a empresa SilverthorneLumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo (CABRAL, 2009, p.1).

Não. Na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultando uma violação indevida daqueles valores (PACELLI, 2020, p. 438).

Conforme o entendimento jurisprudencial exposto, também é vedado nas fases processuais e investigatórias as provas ilícitas por derivação, que são provas lícitas advindas de outras provas produzidas ilicitamente.

Sobre o assunto, o legislador cuidou em mencionar na lei processual penal:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende (BRASIL, 1941).

Para fins de elucidação, Eugênio Pacelli exemplifica:

⁷FruitsofthePoisonousTree, ou seja, uma teoria norte-americana, surgida a partir de uma decisão proferida em 1920 pela Suprema Corte, no caso SilverthorneLumber Co. x United States, em 1920 (SOARES, 2020)

É o que ocorre, por exemplo, em relação ao sigilo da correspondência, cuja inviolabilidade é até prevista como crime, conforme o disposto no art. 40 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978. Desde que presente autorização judicial, poderá haver quebra do mencionado sigilo (da correspondência), porque devidamente prevista em lei (art. 240, § 1º, f, CPP), justificada por necessidade cautelar, no curso de investigação ou instrução criminal, tal como ocorre em relação às comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF) (PACELLI, 2020, p. 448).

Diante todo o exposto é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro considera, para efeitos criminais, ilícita toda prova conseguida através de violação de norma constitucional e/ou infraconstitucional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual adotado no Brasil, identificado após a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 é o sistema acusatório, uma vez que é expressamente previsto a separação de acusar, defender e julgar, além de assegurar princípios básicos como o contraditório, ampla defesa e não culpabilidade.

No que tange o inquérito policial, de natureza inquisitorial, a autoridade policial é responsável por apurar uma possível infração penal, sendo necessário levantar informações, bem como ouvir testemunhas, apreender objetos, dentre outros atos específicos ao caso concreto.

O inquérito policial é de grande responsabilidade e importância, já que o procedimento administrativo irá influenciar o convencimento do juízo, bem como dar um destino ao cidadão envolvido, refletindo na segurança da sociedade.

O caráter inquisitório do inquérito policial foi relativizado a fim de se enquadrar nos princípios elencados pela Constituição Federal, prevendo garantias e direitos fundamentais ao investigado no âmbito do processo penal.

O princípio norteador previsto na Carta Magna e pilar dos demais princípios é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com caráter compulsório, devendo ser observado em todas as esferas jurídicas.

Através da presente pesquisa foi possível identificar direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional, como a presunção da inocência, o devido processo legal, a legalidade, a não auto-incriminação e a vedação das provas ilícitas.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa também foram estudados, demonstrando aos leitores correntes favoráveis e desfavoráveis à aplicação dos mesmos no

inquérito policial. Importante mencionar que a autora se manifesta favoravelmente ao cumprimento dos princípios em comento na investigação, uma vez que garantem a proteção do cidadão na persecução penal e garantem um ponto positivo ao interesse público, já que um procedimento investigatório justo e um processo legal levam às finalidades do direito penal, quais sejam a punição e prevenção.

CRIMINAL INVESTIGATION: fundamental guarantees

ABSTRACT

The present work aims to analyze the constitutional rights and fundamental guarantees assured to the investigated during the criminal investigation. The issue is extremely important as it focuses on police action and individual rights, issues that are constantly debated in the legal and social circles. Initially, it seeks to bring a brief distinction between the existing procedural systems. At a later moment, the research brings some concepts about the police investigation to finally bring constitutional concepts of rights and guarantees expressed in the Magna Carta. The work seeks to bring divergent positions in the doctrine on the in(validation) of the principles of the contradictory and ample defense in the investigative procedure. The objective of the research is to demonstrate that the limits and characteristics of the investigation cannot exceed the investigated person due to arbitrariness or even the strict application of the law. The work was carried out through research in the relevant legislation, doctrines and jurisprudence.

Keywords: Criminal investigation. Police inquiry. constitutional guarantees

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17.nov.2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21.nov.2022.

_____. **Lei 8.906 de 04 de julho de 1994.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 21.nov.2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n° 14. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>>. Acesso em: 21.nov.2022.

CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas-ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro>>. Acesso em: 21.nov.2022.

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

_____. **Sistema acusatório e garantias do processo penal**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal#_ftn1>. Acesso em: 26.nov.2022.

CASTRO JÚNIOR, Cesar Augusto Pereira. **O Inquérito Policial e a Atribuição Constitucional para a Investigação Penal**. 2015. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/CesarAugustoPdeCastroJr.pdf>. Acesso em: 25.nov.2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia#:~:text=Significado%3A%20o%20privil%C3%A9gio%20ou%20princ%C3%ADpio,nem%20o%20acusado%2C%20nem%20a>>. Acesso em: 23.nov.2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Criminal 1.0000.22.187161-9/001, Relator: Des. Bruno Terra Dias. 6ª Câmara Criminal. Julgamento em 08/11/2022. Publicação da súmula em 09/11/2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=PRESUN%C7%C3O+INOC%CANCIA+INQU%C9RITO&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 22.nov.2022.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.21.277062-2/003. Relator: Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga. 19ª Câmara Cível. Julgamento em 03/11/2022. Publicação da súmula em 09/11/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=898&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=PRESUN%C7%>>

C3O%20INOC%20CANCIA%20INQU%20C9RITO&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 22.nov.2022.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Apelação Criminal 1.0051.21.000678-2/001. Relator: Des. Cássio Salomé. 7ª Câmara Criminal. Julgamento em 19/10/2022. Publicação da súmula em 21/10/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=898&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=PRESUN%20C7%20C3O%20INOC%20CANCIA%20INQU%20C9RITO&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 22.nov.2022.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Rec em Sentido Estrito 1.0000.22.154646-8/001. Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos. 7ª Câmara Criminal. Julgamento em 23/11/2022. Publicação da súmula em 23/11/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=4610&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=decreta%20E7%20E3o%20pris%20E3o%20preventiva%20inoc%20EAncia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 25.nov.2022.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Apelação Criminal 1.0313.18.018506-5/001. Relator(a): Des.(a) Bruno Terra Dias. 6ª Câmara Criminal. Julgamento em 28/06/2022. Publicação da súmula em 01/07/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=74&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=inquerito%20direito%20sil%20EAncio&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 24.nov.2022.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Apelação Criminal 1.0144.19.002013-7/002. Relator(a): Des.(a) Maurício Pinto Ferreira. 8ª Câmara Criminal. Julgamento em 27/10/2022. Publicação da súmula em 04/11/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=385&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=inquerito%20prova%20il%20EDcita&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em 22.nov.2022.

MARTINS, Felipe Gonçalves. **O relatório final do inquérito policial como promoção do devido processo legal.** 2022. Disponível em: <<https://www.adepolpr.org/artigos/o-relatorio-final-do-inquerito-policial-como-promocao-do-devido-processo-legal#:~:text=O%20preceito%20constitucional%20que%20se,tratando%20como%20sujeito%20de%20direitos>>. Acesso em: 22.nov.2022.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Artigo 4º CPP: Inquérito Policial. Histórico, natureza, finalidade, princípios, valor probatório, relações com o MP.** 2022. Disponível em: <<https://flaviomeirellesmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/1402178009/artigo-4-cpp-inquerito>>

policial-historico-natureza-finalidade-principios-valor-probatorio-relacoes-com-o-mp>. Acesso em: 24.nov.2022.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRABETE, JulioFabrini. **Código de Direito Penal Interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOSSIN, Antonio Heráclito. **As garantias fundamentais da área criminal**. São Paulo: Manole, 2014.

NOVO, Benigno Nuñez. O princípio da presunção da inocência. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-principio-da-presuncao-da-inocencia/>>. Acesso em: 19.nov.2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007

OLIVEIRA, Lhuana da Silva. **Direitos e garantias fundamentais do investigado durante a investigação criminal**. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55384/direitos-e-garantias-fundamentais-do-investigado-durante-a-investigao-criminal>>. Acesso em: 21.nov 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SOARES, Keila do Amarante. **Investigação Criminal: garantias fundamentais do investigado**. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2855/1/Keila%20Soares.pdf>> Acesso em: 20.nov.2022.

SOUZA, Lázara Cristina Gonçalves Tavares de. **A investigação criminal e os direitos garantias do investigado**. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53970/a-investigao-criminal-e-os-direitos-garantias-do-investigado>>. Acesso em: 21.nov.2022.