

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAROLINA BASSANI LOCATELLI

**INQUÉRITO POLICIAL: A APLICABILIDADE OU NÃO DOS
PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

**VITÓRIA
2022**

CAROLINA BASSANI LOCATELLI

**INQUÉRITO POLICIAL: A APLICABILIDADE OU NÃO DOS
PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

Trabalho Científico apresentado ao curso de
Graduação em Direito da Faculdade de Direito de
Vitória – FDV, como requisito para aprovação na
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso.
Orientador: Prof. Dr. Anderson Burke Gomes.

VITÓRIA
2022

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar se deve haver a aplicabilidade do direito fundamental ao contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88) no inquérito policial, sob a ótica da legislação brasileira vigente, mais especificamente a Constituição Federal e Código de Processo Penal, juntamente com o fundamento em doutrinadores renomados no âmbito jurídico penal brasileiro. Visto que no Judiciário brasileiro o inquérito policial vem sendo entendido por parte majoritária da doutrina como uma peça meramente informativa preparatória para a ação penal, a corrente majoritária defende que não há a necessidade e nem a possibilidade de aplicação do direito à ampla defesa e contraditório disposto no artigo supracitado. Já outra parte, minoritária, defende que o inquérito é um instrumento que deve garantir os princípios constitucionais do cidadão, devendo sim haver o direito do contraditório.

Palavras-chaves: princípios - ampla defesa - contraditório - direitos fundamentais - inquérito policial - processo penal.

SUMÁRIO

RESUMO	02
INTRODUÇÃO	04
1 INQUÉRITO POLICIAL E SUA FINALIDADE	06
1.1 ORIGEM E CONCEITO	06
1.2 FINALIDADE	10
1.3 NATUREZA JURÍDICA	11
1.4 SISTEMAS PROCESSUAIS	13
1.5 SISTEMA BRASILEIRO	15
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL	17
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL	19
2.3 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL	20
2.4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	21
2.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO E SEUS LIMITES	22
3 A APLICABILIDADE OU NÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL ...	25
3.1 CORRENTES FAVORÁVEIS	25
3.2 CORRENTES CONTRÁRIAS	28
4 AS CONSEQUÊNCIAS DA OBSERVÂNCIA OU INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O tema acerca da aplicabilidade do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 88 - direito fundamental à ampla defesa e contraditório - no inquérito policial é de suma importância para a sociedade, pois trata-se de uma garantia à um direito fundamental na investigação criminal pré-processual.

O intuito deste artigo é utilizar a legislação brasileira e o conhecimento doutrinário existente, trazendo à luz a discussão e procurando analisar as correntes favoráveis e contrárias a aplicabilidade do direito ao contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

Ao decorrer do primeiro capítulo é proposto apresentar o contexto histórico que está inserido o inquérito policial, além de trazer conceitos gerais, finalidade e natureza jurídica, demonstrando como o assunto está disposto na constituição e código processual penal, para que assim se tenha uma boa base para começar a estudar mais aprofundadamente o tema.

Ademais, também neste tópico será explicado sobre os três tipos de Sistemas Processuais Penais, sendo eles: inquisitivo, acusatório e misto, e especificar qual o adoto no Brasil. O assunto é de suma importância para o presente trabalho, pois, como sabe-se, o inquérito policial é tido como inquisitivo, o que pode trazer dúvidas sobre sua validade em nosso sistema atual.

Após essa base inicial, o segundo capítulo é inteiramente destinado aos princípios do Processo Penal. Para tanto, foi escolhido princípios que possuem relevância e aplicação no inquérito, como o princípio da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, verdade real e o princípio da presunção de inocência.

Após a análise dos conceitos e aplicação no inquérito policial dos princípios ditos, será necessária dar ênfase e um aprofundamento maior sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório, e quais os seus limites, para que, assim, no próximo capítulo entre em discussão o tema central que este trabalho se propõe.

A partir desta base, será disposto no capítulo três tanto as correntes favoráveis e contrárias à aplicação do contraditório no inquérito policial, contando com a ajuda de renomados doutrinadores do cenário brasileiro, além de uma análise precisa do ordenamento jurídico.

Tal discussão se mostra necessária no cenário brasileiro atual, pois está sendo debatido a aplicabilidade de princípios constitucionais dentro de um procedimento que pode ou não acarretar o início de uma ação penal. A Constituição Federal e os direitos fundamentais, instituídos no art. 5º, garantem a proteção da dignidade da pessoa humana. O direito deve limitar e disciplinar o poder do Estado, para garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados. Neste sentido, o Direito Penal ou direito criminal é a disciplina de direito público que regula o exercício do poder punitivo do Estado, tendo por pressuposto de ação delitos e como consequência as penas sancionados em lei, o que garante a proteção do ser humano contra possíveis arbitrariedades do Estado. Com a inobservância das leis e ocorrendo fato delituoso, surge para o Estado o poder de punir.

Sabe-se que é assegurado pela Carta Magna, entre vários outros, dois direitos fundamentais de suma importância, quais sejam o da ampla defesa e do contraditório. Visto isso, no terceiro capítulo tem-se a finalidade demonstrar as correntes existentes sobre o tema, contando com a ajuda da análise do ordenamento jurídico pátrio, além de grandes nomes da doutrina brasileira.

Neste ponto deve-se analisar a controvérsia acerca do caráter inquisitivo do inquérito policial, que vem sendo pauta de grande discussão entre a doutrina brasileira, qual seja: a ausência de direito à ampla defesa e contraditório nesta etapa pré-processual. Para tanto, deverá ser observado o artigo 5º, LV, CF/88, dispõe sobre a igualdade perante a lei, e a proteção do contraditório e ampla defesa aos acusados em geral nos processos judiciais e administrativos.

Será demonstrado que no cenário brasileiro o inquérito policial vem sendo entendido por parte majoritária da doutrina como uma peça meramente informativa preparatória para a ação penal, essa corrente defende que não há a necessidade e

nem a possibilidade de aplicação do direito à ampla defesa e contraditório disposto no artigo supracitado.

Já por outro lado, uma parte minoritária dos juristas defendem que o inquérito é um instrumento que deve garantir os princípios constitucionais do cidadão, devendo sim haver o direito do contraditório e ampla defesa nesta etapa pré-processual, com uma interpretação garantista do que está disposto no artigo 5º, LV da CF.

Por fim, o quarto e último capítulo está dedicado a expor as consequências da aplicação e da não aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

Portanto, o presente artigo tem como finalidade analisar sobre haver a aplicabilidade do direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88) no inquérito policial, com o fim de solucionar a questão sob a ótica da legislação brasileira vigente, mais especificamente a Constituição Federal e Código de Processo Penal, juntamente com o fundamento em doutrinadores renomados no âmbito jurídico penal brasileiro, para no final dispor sobre o posicionamento crítico acerca da aplicabilidade ou não dos princípios dispostos.

1 INQUÉRITO POLICIAL E SUA FINALIDADE

1.1 ORIGEM E CONCEITO

Anteriormente à Independência do Brasil não havia ordenamento jurídico próprio no país, visto ser colônia de Portugal se utilizava a sua ordem jurídica. Após a independência, ainda no Brasil Imperial, o primeiro documento de relevância para o futuro inquérito policial foi criado em 1827, uma lei que criaria a figura do Juiz de Paz, representante eleito que exercia diversas funções como o de reunir provas em caso de crimes, além de “formar corpo de delito, e de, indiciado o delinquente, conduzi-los à sua presença, para interrogá-lo” (MEHMERI, 1992, p.372).

Ademais, diante essa necessidade de averiguar os fatos para a instauração da ação penal, no ano de 1841 foi criado o órgão com a função de investigar o possível delito e colher os meios probatórios necessários, sendo ela a Polícia Judiciária (ou Polícia Civil), disposta atualmente no art. 144, §4, da Lei Maior (BRASIL, 1988).

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Neste sentido, segundo Silva a segurança pública consiste em:

Como se nota, a segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento daquela convivência social (ordem pública), da incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado, de modo a permitir que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites do gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses (SILVA, 2012, p.111)

Sendo assim, a segurança pública é um dever do Estado e possui como finalidade a preservação da ordem pública e da incolumidade da pessoa e de seu patrimônio. O meio de garantir a segurança pública é pelo poder de polícia, segundo Mirabete: “A Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual. (MIRABETE,2006, p.56).

Desta forma, deve-se afirmar que o estado democrático de direito é peça fundamental para a garantias, afirma Presoti e Santiago:

A marca fundamental da democracia é a participação, calcada, sobretudo, na garantia dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito se constituirá no momento em que for assegurado a todos seus integrantes o acesso à participação em sua construção, de modo igual e sem discriminações ou preconceitos. Contudo, a participação deve se dar de forma organizada, para que seja assegurada a real participação de cada indivíduo. Aí nasce a importância do processo democrático. (PRESOTI e SANTIAGO, 2014, p. 295)

Sendo assim, o estado democrático de direito protege o cidadão contra abusos estatais, bem como é uma condição essencial para preservar direito e deveres dos cidadãos, assim como o direito fundamental à segurança pública.

Logo no ano seguinte da criação da polícia civil, em 1842, pela primeira vez o termo delegado de polícia aparece no ordenamento jurídico pátrio, assim como apresenta André Rovegno (ROVEGNO, 2005, p.80):

Em 1841, com a Lei nº 261, de 3 de dezembro, o Código foi reformado. Esse documento, bem como seu Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842), além de restringir a um mínimo as atribuições dos Juizes de Paz, criou uma estrutura policial hierarquizada, falando, pela primeira vez em nossa história, na figura do delegado de polícia.

Visto a relevância da tarefa de investigação do crime para o processo penal, ocorre a criação do Inquérito Policial em si. Sendo assim, anteriormente à Constituição Federal de 1988, como visto, a figura do inquérito policial já existia em nosso ordenamento jurídico, foi com o advento da lei nº 2.033 de 1871 que surgiu o seu primeiro conceito: "... consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.", contudo o termo "inquérito policial" surgiu por meio do Decreto Regulamentar nº4.824, de 22 de novembro de 1871.

Neste sentido, cabe demonstrar que a divisão da polícia divide-se em 2 ramos, sendo administrativa e judiciária. Távora, acerca da polícia judiciária, dispõe: "De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para a apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. Neste aspecto, destacamos o papel da Polícia Civil.". (TÁVORA, 2014, p.108). Já quanto a polícia administrativa: "A Polícia Administrativa ou de segurança de caráter eminentemente preventivo, visa, com o seu papel ostensivo de atuação, impedir a ocorrência de infrações. Ex. a Polícia Militar dos Estados-membros.". (TÁVORA, 2014, p. 108)"

Possuindo como base que a polícia judiciária é a que atua majoritariamente nas investigações no Brasil, após um suposto crime ocorrer, tem-se a notícia-crime,

iniciando-se o inquérito policial, um procedimento administrativo, feito pela Polícia Judiciária. Visto isso, para que se inicie o processo criminal em si, deve haver um lastro probatório mínimo em que constem indícios de autoria e prova da materialidade. Acerca este assunto, Aury Lopes JR explica:

É o modelo adotado pelo Direito brasileiro, que atribui à polícia a tarefa de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime. Essa atribuição é normativa e a autoridade policial atua como verdadeiro titular da investigação preliminar. No modelo agora analisado, a polícia não é mero auxiliar, senão o titular, com autonomia para decidir sobre as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que exista uma subordinação e relação aos juízes e promotores. (LOPES, 2008, p 220).

A investigação preliminar é o exercício desempenhado por alguns órgãos estatais, sendo um deles, como demonstrado, a polícia judiciária, que em um primeiro momento impulsiona a persecução penal, iniciando as formas de investigação, geralmente conduzidas por meio do inquérito policial. Inquérito policial nas palavras de Mirabete:

Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc (2003, p. 76, grifo do autor).

Sendo assim, a polícia judiciária descrita possui caráter repressivo e é tida como investigativa. Ademais, em nosso sistema penal é utilizado o tipo acusatório, onde cabe ao Ministério Público a acusação e, excepcionalmente, o ofendido pode iniciar o processo (apenas nas hipóteses previstas em lei). Ressalta-se que o poder legislativo faz a seleção dos bens jurídicos que irão ser tutelados, diante disso leis são criadas onde possuem as definições dos ilícitos e as consequências para quem pratique esses atos delituosos.

O Estado é o titular exclusivo do direito de punir, Jus Puniendi, sendo assim, após a prática de um delito surge ao Estado a pretensão punitiva, contudo, sua punição só será aplicada corretamente ao passar pelo processo penal regular, seguindo todo o disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

Por ser o titular do direito de punir, o Estado tem o dever de, visando concretizar o seu direito, procurar as provas de materialidade e indícios mínimos de autoria do fato delituoso para que assim possa realizar a propositura da ação penal. Acerca do assunto, Tourinho Filho dispõe (TOURINHO FILHO, 2018, p. 225):

O Estado realiza essa tarefa ingente por meio de órgãos por ele criados. O órgão do Ministério Público incumbe-se de ajuizar a ação penal e acompanhar o seu desenrolar até o final. É o que se chama *persecutio criminis in iudicio*. Mas, para o órgão do Ministério Público poder levar ao conhecimento do juiz a notícia sobre um fato infringente da norma, apontando-lhe como autor, é intuitivo que tenha em mãos os elementos comprobatórios do fato e da autoria.

Para a apuração das infrações penais e sua autoria, a persecução criminal se divide em duas, primeiramente a fase preliminar, inquisitiva, por meio do inquérito, já a segunda fase é a fase processual. Nesta primeira etapa busca apurar os fatos após a realização da conduta definida em lei, para que, caso ache os indícios mínimos, inicie o processo e aplique a lei e as penalidades cabíveis.

1.2 FINALIDADE

O inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária, que tem por finalidade procurar por indício de autoria e materialidade para apurar o suposto delito, para que se possa instaurar a ação penal. Neste sentido, explica André Rovegno que, “Ao tratar da finalidade do inquérito policial, a doutrina não discrepa de forma significativa. Afirma-se, em linhas gerais, sua finalidade de servir à ação penal, sendo assim, instrumento de coleta de dados que serão utilizados pela acusação”.

Ainda neste sentido, quanto a finalidade do inquérito policial Greco Filho (ROVEGNO, 2005, p. 135), dispõe:

Sua finalidade é a investigação a respeito da existência do fato criminoso e da autoria. Não é uma condição ou pré-requisito para o exercício da ação penal, tanto que pode ser substituído por outras peças de informação, desde que suficientes para sustentar a acusação [...] A finalidade investigatória do inquérito cumpre dois objetivos: dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, a convicção do órgão do Ministério Público ou do querelante de que há prova suficiente do crime e

da autoria, e dar embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa (ROVEGNO, 2010, p. 77-78).

Desta forma, o objetivo final do inquérito é a busca do que ocorreu, os fatos e sua verdade, com os indícios mínimos necessários para promover a ação penal, de forma a promover a justiça criminal, assim como defende o escritor Dilermando Queiroz Filho (QUEIROZ FILHO, 2005, p. 165).

1.3 NATUREZA JURÍDICA

O inquérito policial possui natureza jurídica administrativa, e não judicial como muitos pensam, sendo regido por autoridade policial, e seguindo as regras do ato administrativo em geral. André Rovegno (ROVEGNO, 2005, p. 165) dispõe sobre a natureza administrativa do inquérito:

Nesse sentido, também fica evidente o caráter administrativo da atuação concretizada no inquérito policial, onde não se produz qualquer regra legal, não se resolve qualquer litígio concreto e, nem mesmo se atua de forma concreta sem subordinação jurídica direta.

Ademais, importante ressaltar que é um procedimento pré-processual, se instaurando antes da ação penal, e, por consequência, eventual irregularidade neste procedimento não pode gerar futura nulidade no processo penal.

Há diferença entre processo e procedimento, no caso em questão o inquérito é considerado um procedimento administrativo onde não está presente a litigiosidade, apenas há a busca por um ato final, através desses atos intermediários que o preparam (ROVEGNO, 2005, p. 169).

Ainda no tocante a sua natureza, possui como características ser escrito, sigiloso e inquisitivo. Se tratando da natureza escrita do inquérito, Salles Junior (JUNIOR, 1998, p. 5) dispõe:

O inquérito policial é escrito porque todas as peças serão reduzidas a escrito ou datilografadas. Modernamente, as peças do inquérito são datilógrafas, evitando-se problemas relacionados à perda de tempo, ou à

necessidade de analisar, ou até descobrir o que realmente foi escrito pelo escrivão.

Tal entendimento é amparado pelo Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 9º, onde descreve que as peças do inquérito policial serão reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

A natureza sigilosa do inquérito policial também encontra-se disposta no CPP em seu artigo 20, onde expressa que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato. Acerca do assunto, Nucci explana:

Nem sempre o inquérito precisa ser sigiloso. Mas acontece, excepcionalmente, que certos crimes ficam durante algum tempo envolto em dúvida ou em verdadeiro mistério, sendo então dever da autoridade e condição indispensável para o êxito do inquérito manter sigilo sobre as providências tomadas e sobre os elementos por acaso já colhidos, até que se elucide devidamente o fato. Outras vezes é o próprio interesse da sociedade, mais direto, que exige o sigilo, como, por exemplo, nos casos de crimes cuja revelação possa alarmar ou por em pânico a coletividade. Neste caso compete à autoridade policial, em vez de permitir a publicidade imediata do crime, agir também preventivamente, em benefício da sociedade, além de repressivamente, contra os criminosos. (NUCCI, 2007, p. 158)

Com o disposto, entende-se que o sigilo é necessário nos casos em que a divulgação dos fatos irá prejudicar as diligências para a apuração do fato ou no próprio interesse da sociedade, sendo dispensado em casos, por exemplo, de flagrante, que logo está noticiado o fato delituoso e o autor.

Por fim, a característica inquisitiva do inquérito se molda nos termos da Constituição Federal de 1988, visto que, mesmo possuindo essa característica inquisitiva, é sujeito a aplicação de alguns dos princípios garantidos na CF, visto que o inquérito não pode mitigar os direitos humanos e fundamentais do investigado. É considerado inquisitório por não haver a necessidade da observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como também a presença do advogado na oitiva não é considerada obrigatória (MIRABETE. 2006, p. 87/88) porém, se quiserem, pode haver a presença, da mesma forma que os defensores devem possuir acesso aos autos da investigação de seu cliente.

1.4 SISTEMAS PROCESSUAIS

O processo penal é um instrumento de tutela e garantia dos direitos, para que se tenha uma aplicação correta e justa das sanções penais, existindo três sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo e misto. Paulo Rangel traz a definição de sistema processual como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2010, p. 49).

Uma das funções do sistema processual em um Estado Democrático de Direito, assim como aponta Geraldo, é a garantia que o cidadão irá ter contra os arbítrios estatais, isso porque deve se adaptar a Constituição Federal e seus princípios norteadores, por isso o sistema varia de país para país.

O sistema inquisitivo surgiu no regime monárquico, possui como característica principal a concentração de todas as funções do Estado-Juiz, sendo regido por ele a acusação, defesa e julgador. Esse sistema é tido como sigiloso e possui grandes críticas, assim como observa Aury Lopes Jr. “foi desacreditado - principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar” (LOPES, 2007, p. 68).

Assim, o sistema inquisitivo possuía um grande erro ao concentrar todas as funções em apenas uma pessoa, sendo inexistente a justiça, o contraditório e ampla defesa, sendo a confissão um meio probatório muito importante.

Acerca do sistema acusatório, surgindo após o grande volume de processo e a dificuldade de processar elas nas grandes assembleias, houve a necessidade de delegar as funções.

Neste sentido, Távora dispõe sobre as principais características do sistema acusatório: “Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o de livre convencimento motivado (TÁVORA, 2018, p. 55).

Neste mesmo sentido, Denilson Feitoza discorre sobre as características fundamentais do sistema acusatório (FEITOZA, 2008, p. 31):

- a) na separação de pessoas e dos poderes dos que atuam no processo (o acusador, requerendo e perseguindo criminalmente; o juiz ou tribunal, julgando; e o acusado, podendo resistir e exercer o direito de defender-se);
- b) na exigência de que o órgão jurisdicional para decidir e os limites de sua decisão dependem da “ação processual” (requerimento) de um acusador e do conteúdo da sua ação (princípio do NE procedat iudex ex officio, ou nemo iudex sine actore);
- c) na possibilidade de resistência do acusado.

De modo semelhante aponta Aury Lopes (LOPES, 2008, p. 58):

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (predominantemente);
- f) plena publicidade de todo procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa)
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada
- j) Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Como muito bem disposto pelos doutrinadores acima, o sistema acusatório tem muitas diferenças para o sistema inquisitivo, sendo, dentre outras, a mudança do acusado como mero objeto, passando a ser detentor de direitos, além de ter apreciação das provas e um órgão julgador, e não apenas uma pessoa centralizando todo o poder de convencimento e julgamento.

Esse tipo de sistema acusatório demonstra, assim, um garantismo ao acusado muito maior do que no Sistema Inquisitivo, onde o acusado e o autor detém o mesmo espaço no processo, demonstrando seu contraditório para a apreciação do órgão de justiça imparcial.

Por outro lado, parte da doutrina defende a existência de um terceiro modelo de Sistema Processual, o sistema misto ou acusatório formal. Como dispõe Távora (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 57):

Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito de colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes.

Depreende-se do disposto acima a separação dos processos, possuindo a investigação preliminar, instrução probatória, julgamento e recurso, aproximando-se ora do modelo acusatório e ora do modelo inquisitivo, na forma que elucida Norberto Avena:

Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual é realizada uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra posterior a essa, correspondente ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório. (AVENA, 2009, p. 9)

Desta forma, considera-se duas fases no Sistema Misto, uma inicial com a investigação e instrução probatória inquisitiva, e, de outro modo, uma fase final acusatória.

1.5 SISTEMA BRASILEIRO

Conforme o explanado anteriormente, são três os modelos existentes de Sistemas Processuais, e tal estudo se mostra relevante para o tema central, visto que, como sabe-se, o inquérito policial é considerado inquisitivo, ou seja, suas atividades são concentradas na mão de uma autoridade, conduzido pelo Delegado, sem contraditório e ampla defesa.

Mesmo que o Inquérito Policial seja inquisitivo, de modo contrário, o Sistema Processual adotado pelo Brasil é o Sistema Acusatório. Há divergência quanto a isso na doutrina, visto que a Carta Maior não deixa explícito qual o sistema a ser

adotado no Brasil. Doutrinadores como Guilherme Nucci (2009, p. 95), o sistema adotado é o misto, como dispõe em linhas gerais:

(...) é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo.

É defendido por essa parte da doutrina, que, por possuir partes consideradas inquisitivas no dia a dia forense, assim como procedimentos considerados acusatórios deveria o Sistema adotado pelo Brasil ser misto.

De modo divergente, há quem entenda que o sistema utilizado é o inquisitivo, usam como argumento que as provas e sua gestão se encontram nas mãos do juiz, ou seja, uma figura apenas.

Mesmo com tanta divergência doutrinária, o Sistema Processual utilizada no Brasil é o sistema acusatório, sendo as funções de acusar e julgar realizadas por órgãos distintos, considerado por doutrinadores como, Frederico Marques, o sistema correto a ser escolhido:

Os atos de colaboração, entre os interessados no litígio penal e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e na qual o jus puniendi do Estado e o direito de liberdade do réu sejam amplamente focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único modus compatível com o verdadeiro processo penal. (MARQUES, 2009, p.49)

Como possui visível distinção entre os poderes, um juiz imparcial que decide de acordo com as provas que lhe foram levadas pelas partes, o que evita de forma massiva a arbitrariedade do Estado, é o modelo tido como o certo para o que se encontra respaldado na Carta Maior de 1988, assim como expõe Távora e Alencar (2018, p. 55):

Com origem que remonta ao Direito grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a separação das funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos.

Desta forma torna-se evidente que no Brasil o modelo utilizado é o Sistema Acusatório, ressaltando que mesmo que este mesmo sistema seja escolhido por outros países, muda de país para país, visto que se incorpora os princípios, regras gerais e costumes do Estado em questão.

Superada a divergência acerca de qual Sistema Processual é o correto, encontra-se outro problema: se o sistema é acusatório, por qual motivo o Inquérito Policial é tido como Inquisitivo? isso não iria descaracterizar o sistema acusatório amplamente defendido pelos doutrinadores acima? A resposta é que não. Para trazer mais luz a questão, Távora e Alencar (2018, p. 57) explicam:

De outro lado, a existência do inquérito policial não descaracteriza o sistema acusatório, pois se trata de uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal, onde não há partes, contraditório ou ampla defesa.

Dessa forma, entende-se que mesmo possuindo um Sistema Acusatório, o inquérito policial é uma fase administrativa e pré-processual, utilizado para dar maior embasamento para a proposição de uma ação penal, sendo assim, não interfere no caráter acusatório do processo penal.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Os princípios são de grande importância para o ordenamento jurídico, são os valores essenciais, estabelecendo fundamentos para a interpretação e aplicação do Direito, conforme José Afonso da Silva “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas” (SILVA, 2012, p. 95-96). Ademais, nas palavras do professor Nelson Camatta “A justificação da Constituição em princípios éticos estabelece uma limitação à atuação do poder do Estado” (MOREIRA, 2009, p. 56)

No âmbito do direito penal também existem princípios norteadores, tanto de ordem constitucional quanto específicos do direito processual penal. Neste sentido, a investigação realizada por meio do inquérito policial deve garantir os direitos

fundamentais do investigado, e, para isso, alguns dos princípios basilares do processo penal devem ser observados nesta etapa pré-processual.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para iniciar os princípios norteadores do direito processual penal, tem que passar pelo princípio da preservação da dignidade humana, que está garantida pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), logo em seu artigo 1º, inciso III:

“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;

Este é o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser considerado obrigatoriamente por todos os códigos para que a plenitude e a dignidade do ser humano seja respeitada. Novelino dispõe sobre:

Como consequência da consagração da dignidade humana no texto constitucional impõe-se o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. (NOVELINO, 2013, p.14)

Assim, a dignidade humana é o bem maior a ser tutelado, devendo haver interpretação e aplicação do Ordenamento Jurídico sempre buscando garantir esse bem, não se tratando apenas de mera consequência do ordenamento jurídico. Como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da CF/88, e um dos principais de todo ordenamento jurídico, sendo consagrado como garantia constitucional.

Se tratando do inquérito policial, o princípio supracitado deve ser amplamente observado e utilizado para a interpretação das normas e procedimentos, visto que a fase inicial da persecução penal, de investigação, funciona como um filtro para

acusações que possam ser infundadas e injustas, devendo garantir a proteção da dignidade e dos direitos do investigado.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 88:

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;

É garantido a todos, inclusive aos investigados, o devido processo legal, seguindo todas as etapas que são previstas em lei, assim como todas as garantias dispostas, sendo nulo o processo que não respeite esse princípio. Além disto, o princípio do devido processo legal quando devidamente aplicado garante a preservação de outros, como o princípio da legalidade, a razoabilidade, garantindo um processo estruturado e adequado. Desta maneira há o “due process of law”, assim como Boschi explica:

Embora falte definição precisa, o duplice aspecto do devido processo é reconhecido pelos juristas. Adauto Suannes é elucidativo: ‘... devido processo sob o aspecto procedimental (ou a insistência da observância de predeterminadas regras para os casos a serem julgados) e devido processo substancial (ou a exigência de que essas regras sejam razoáveis)’, não havendo dúvida, então de que, independentemente do significado que venha a ser conferido à expressão due process, é a equidade procedimental aquilo que ela mais inflexivelmente exige. (BOSCHI, 2008, P. 494)

A Constituição Federal de 1988 consagra o devido processo legal em duas dimensões como já dito, procedimental (ou formal) e substancial (ou material). No sentido material, significa dizer que ninguém deverá ser processado por crime que já não é, previamente, previsto na lei. Já no âmbito procedimental da dimensão, basicamente é o respeito e a vinculação ao procedimento necessário.

Ademais, o inquérito policial trata-se de um procedimento administrativo, que busca viabilizar o início do processo penal, sendo assim, há dúvidas quanto a aplicação do devido processo legal nesta etapa visto que o dispositivo em questão dispõe sobre “processo penal”, sendo o inquérito um procedimento. Acerca disso, entende-se que, o inquérito deve durar o tempo razoável a não comprometer a possível propositura adequada da ação penal, além de garantir o máximo de direitos cabíveis visto que pode levar a uma possível privação da liberdade do investigado, devendo ser observado tal princípio.

2.3 VERDADE REAL

No Processo Penal deve haver a utilização do princípio da verdade real, com o fim na obtenção da apuração dos fatos que mais se aproximem da realidade. Seguindo os ensinamentos de José Boanerges Meira (MEIRA, 2009, p. 167) sobre o assunto:

Examina-se, inicialmente, o alcance, no campo processual, da dicotomia da verdade real como justificativa de intervenção do magistrado durante a formação da prova. Vários tratadistas têm recorrido à metáfora de que a verdade real é um privilégio do Direito Processual Penal, ao permitir que o juiz saia a campo à procura da prova, abandonando a postura inerte e indiferente à discussão apresentada pelos contendores, para conseguir descobrir elementos que formem sua convicção. Para tanto, o juiz investigador pode e deve se valer de poderes para conseguir seu desiderato maior: descobrir a verdade.

Do trecho acima se subtrai que o julgador não precisa se deter apenas apenas as provas apresentadas pelas partes, podendo realizar certos atos a fim de descobrir a verossimilhança do que foi exposto, buscando sempre que a verdade real daquele acontecimento seja atingida.

A democracia e a verdade devem andar acompanhadas, neste sentido: “A democracia só é possível com uma reserva de verdade. Sem o mínimo (elementos ligados às eleições e escolhas que refletem direta ou indiretamente nos direitos humanos) de verdade, materialmente já não há que se falar em democracia.” (JÚNIOR, 2022, p. 11).

Desta forma, também ocorre a utilização da verdade real no inquérito policial, onde deve ser realizadas diversas diligências para a obtenção de indícios e provas, em obediência aos outros princípios, não sendo permitido abusos e nenhuma violação de direitos e garantias. Tais diligências possuem o fim de atingir um lastro probatório mínimo, o que garante uma justa causa para impetrar a ação penal, que, seguindo o que estabelece o princípio analisado, terá atingido algo próximo à verdade.

2.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo mantido até os dias atuais na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII.

Tal princípio tem o objetivo de coibir julgamentos precipitados apenas pelo caráter de “réu” ou “investigado” que a pessoa possui. Segundo a presunção de inocência “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, todos os indivíduos só podem ser considerados culpados e condenados após o processo legal.

No que se refere este tema, o livro “Princípios do Processo Penal, Entre o garantismo e a efetividade da sanção”, dispõe:

Não há dúvida que o princípio em comento é o que mais sofre violação, inclusive por parte da própria sociedade, que considera a condição de “réu” o suficiente para penalizar o indivíduo. Muitas vezes, a imprensa transforma o processo penal em um espetáculo, envolvendo o acusado de tal forma que, ainda que sobrevenha sua absolvição, a sanção já terá sido severamente imposta, pelo simples fato de ter ostentado a condição de réu. (JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 131)

Visto isso, percebe-se que ao ter o nome vinculado a uma ação penal em si, ou até a uma investigação, o indivíduo já sofre as consequências sociais, por isso a aplicação da presunção de inocência já no âmbito do inquérito policial tem grande relevância.

Santos Júnior dispõe sobre o tema: “na investigação não cabe nenhuma presunção de culpa, nenhum juízo de valor antecipado, simplesmente porque a investigação prepara tão somente a hipótese acusatória...” . (SANTOS JUNIOR, 2016, p.74). Então, consoante ao entendimento doutrinário e legislativo, o status de inocente deve prevalecer até que seja provado o contrário na persecução penal e sentenciado.

2.5 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO E SEUS LIMITES

O princípio do contraditório e da ampla defesa estão previstos no artigo 5º da Carta Maior, onde estão preservados os direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo considerados direitos de primeira geração, atuando na proteção da liberdade. O art. 5º, inciso LIV, garante que a pessoa só será privada de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

O princípio do contraditório é, nas palavras de Joaquim Canuto, “A ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los” (ALMEIDA, 1937, p. 29), ou seja, é a comunicação bilateral dos atos no processo, devendo ser observado tanto em relação à acusação, quanto à defesa.

Neste sentido, os professores Américo Bedê e Gustavo Senna (2009, p. 131) se manifestam sobre o princípio:

... o princípio do contraditório deve ter uma concepção mais alargada, eis que sua adoção deve assegurar uma participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, mediante plena igualdade (real), para que assim possam influir em todos os elementos (fatos, provas, questões de direito) que encontrem ligação com o objeto da causa e que, em qualquer fase do processo, revelem-se como potencialmente relevantes para um futura decisão.

Como exposto, entende-se que o princípio do contraditório contém elementos de direito à informação (ter conhecimento de todos os atos e evolução que o processo sofrer), e à participação (poder se manifestar sobre os novos atos), sendo essa

bilateralidade do princípio, garantindo o direito a participação ativa das partes. A importância de tal princípio encontra-se visivelmente na valoração das provas, como assegura Fernando Capez no seu curso de processo penal (2011, p. 63) :

A importância do contraditório foi realçada com a recente reforma do Código de Processo Penal, a qual trouxe limitação ao livre convencimento do juiz na apreciação das provas, ao vedar a fundamentação da decisão com base exclusiva nos elementos informativos colhidos na investigação, exigindo-se prova produzida em contraditório judicial (...)

Com isso, o direito ao contraditório no processo penal é amplamente observado, visto o objetivo de influir no convencimento do juiz por meio de argumentos, provas e tudo o que for permitido em juízo. Acerca o princípio, Badaró explica em linhas gerais:

Em suma, diante da previsão constitucional do contraditório, em termos amplos e abertos, sua interpretação deve ser no sentido de um contraditório pleno e efetivo, com ampla participação do juiz, que deve respeitar e, se necessário, implementar o contraditório em relação às partes mas também observando ele mesmo o contraditório, que deverá instaurar-se previamente, tanto em relação à matéria fática quanto às questões de direito, que não poderão ser objeto de decisão que cause surpresa às partes. (BADARÓ, 2015, p. 53)

Sendo assim, o contraditório deve ser implementado pelo juiz às partes, oportunizando a defesa, visto que é proibido acusação sem defesa, além de ser necessário dar o conhecimento de todas as inovações que o processo sofrer, ou seja, deve ter o binômio ciência e participação.

Já no aspecto do Princípio da Ampla defesa, assegurado no mesmo dispositivo do contraditório, art. 5º, LIV e LV, CF, constitui uma garantia do acusado, decorrente do contraditório. O inciso LV do art. 5º dispõe: “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 ele inerentes” (BRASIL, 1988).

É o dever que o Estado tem de proporcionar ao acusado a defesa, como a assistência gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV), além de ter a possibilidade de autodefesa ou defesa técnica. Sobre os tipos de defesa, salienta Badaró:

O direito de defesa apresenta-se bipartido em: (1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado,

com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa. (BADARÓ, 2015, p.54)

Nesse mesmo sentido Fábio Presoti e José Santiago afirmam (PRESOTI e SANTIAGO, 2014, p. 292)

O processo penal também não foge à regra, devendo garantir às partes, Ministério Público (ou querelante em casos de ação penal privada) e defesa (acusado e defesa técnica) a participação em paridade de armas na construção do provimento jurisdicional penal. São as regras da democracia que exigem tal comportamento

Dessa forma, nota-se que a defesa técnica é obrigatória no processo penal garantindo assim uma paridade de armas, porém a autodefesa, como direito de presença, audiência e postular garantem mais proteção ao acusado e complementam a sua defesa. Ademais, a parte tem o direito de apresentar e produzir todas as provas que possam ajudar a sua pretensão, que em direito sejam garantidas.

Do mesmo modo que no contraditório, a defesa deve ser ampla e plena, não devendo ser formal, já que o direito tutelado é indisponível, a liberdade. Consoante a este entendimento, a Súmula 523 do STF dispõe: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Com todo o exposto sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, deve-se salientar que, como já visto, no sistema processual brasileiro há a observância do contraditório e da ampla defesa, garantindo às partes equilíbrio processual, assim como Lima se posiciona:

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo actum trium personarum. (LIMA, 2014, p.45)

Ou seja, na segunda etapa processual da persecução criminal deve-se total respeito e observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, aqui o indivíduo

não é mero objeto de investigação e sim um sujeito ativo, de direitos e deveres que deve participar de todas as etapas do processo, devendo ser apresentada a sua defesa e versão dos fatos apresentados.

Contudo, a ampla defesa e o contraditório encontram seus limites no inquérito policial, visto se tratar de um procedimento inquisitivo, onde não se observam tais princípios. A questão trouxe diversos entendimentos doutrinários sobre a validade do inquérito policial em nosso Sistema Processual Acusatório, onde é guiado amplamente pelo contraditório e ampla defesa, como será visto no próximo capítulo.

3 A APLICABILIDADE OU NÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Diante da dúvida acerca da validade do inquérito policial inquisitivo em nosso Estado Democrático de Direito, e dentro de um Sistema Acusatório, surgiram diversos debates sobre o assunto, gerando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais diversos.

Visto a discussão que persiste até os dias atuais, deve-se primeiramente analisar o que está disposto no ordenamento jurídico brasileiro, e, após isso, analisar os posicionamentos favoráveis e contrários a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

3.2 CORRENTES FAVORÁVEIS A APLICAÇÃO

O direito à defesa ampla e o contraditório é assegurado pela Constituição como um direito natural e imprescindível para a administração da justiça. A doutrina brasileira não se encontra pacificada acerca da aplicação ou não do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, devendo ser analisado os seus limites.

Há a necessidade de pontuar neste momento, que, majoritariamente, a doutrina tem entendido que não há aplicação desses princípios no Inquérito, contudo, alguns autores, artigos e debates sobre o tema, defendem a sua aplicação.

Autores como Rogério Lauria Tucci e Marcelo Fortes Barbosa defendem a incidência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Usando como base a Constituição Federal, Barbosa afirma que a ampla defesa já deveria ser admitida nessa etapa da persecução desde a constituição de 1967/1969, visto o texto do art. 153, parágrafo 15 dizer “a lei assegurará aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (BARBOSA, 1988, p. 68), sendo assim, para a defesa ser tida como ampla deveria ser aceita também no inquérito policial. Consoante à isso, defende o autor que a Constituição Federal de 1988 manteve a necessidade da aceitação e aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial (1988, p. 68).

Neste sentido, Rogério Lauria Tucci (1993, p. 57) dispõe sobre a defesa da contrariedade no inquérito e sua necessidade de ser efetiva e real durante a persecução penal, para garantia da liberdade e da defesa. Defende o autor (TUCCI, 1993, p. 205):

(...) à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de *ampla defesa*, de sorte que ela se concretize em sua *plenitude*, com a *participação ativa*, e marcada pela *contraditoriedade*, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele (grifos no original)

Como já visto, geralmente os princípios são ligados amplamente ao processo penal, e trazemos a aplicação para o inquérito, contudo, o autor defende que os princípios são utilizados para a persecução criminal como um todo, tanto em sua fase investigativa como processual.

Ademais, para os defensores desta corrente, não tem como afastar a ampla defesa e o contraditório da investigação preliminar, e para justificar tal afirmação utilizam a Constituição Federal em seu artigo 5º, 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).

Visto a utilização do termo “acusado em geral” e a postura garantista que a CF possui, tem-se que o sujeito passivo da investigação deve possuir essa proteção, devido a defesa-técnica ser considerada indisponível, uma condição para a paridade de armas. Sendo assim, o simples uso da palavra processo administrativo, e não procedimento administrativo, não deve impedir a aplicação de princípios tão importantes no inquérito policial.

Importante salientar que o contraditório no inquérito deve ter efeitos em seu primeiro momento, o da informação, devendo haver a participação efetiva da parte passiva durante essa etapa pré-processual, para que, com o direito à informação surja uma defesa ampla e correta. Aury Lopes Junior (2007, p. 326) entende:

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

Sendo assim, fica óbvio que os princípios aqui discutidos tem uma ligação direta devendo ser estudado e discutidos juntos, uma vez que é o direito das partes ter o conhecimento do que está acontecendo no processo, e, a partir disso, ter os meios necessários para se manifestar e produzir provas.

Consoante ao exposto, a idéia de que o contraditório e a ampla defesa devem ser apreciados no âmbito da investigação preliminar toma força com o argumento de que, se houver a aplicação de tais princípios na primeira fase da persecução penal, o investigado poderá usar de todos os meios permitidos de contradizer as imputações que estão sendo inicialmente realizadas, podendo até se livrar de uma futura ação penal errônea, visto que, como é notório, estar ligado a uma ação penal, mesmo que futuramente seja provado a inocência, já é uma situação punitiva aos olhos da sociedade.

3.2 CORRENTES CONTRÁRIAS

Inicialmente cabe dizer que o inquérito policial vem sendo entendido por parte majoritária da doutrina como uma peça meramente informativa preparatória para a ação penal, defendendo que não há a necessidade e nem a possibilidade de aplicação do direito à ampla defesa e contraditório. Ou seja, para a corrente que será disposta neste tópico, a ampla defesa tem limites que devem ser obedecidos, e caso o contrário, poderia gerar riscos que afetariam a investigação preliminar.

Indo pelo sentido completamente oposto da corrente anteriormente debatida, para os que defendem a não aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial o que está disposto no artigo 5º, LV, da CF deve ser objeto de uma interpretação restritiva, da literalidade da norma. Dilermando Queiroz Filho segue nesse mesmo sentido, dizendo que a ausência de relação processual no inquérito policial, além de que, ausência de acusado (QUEIROZ, 2000, p.64).

Quando o artigo 5º, LV da Constituição Federal diz "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), o termo processo não pode ser estendido para procedimento, sendo restringido a aplicação dos princípios em um procedimento administrativo, que é o caso do inquérito policial.

Neste sentido, afirma Manoel Messias Barbosa "o inquérito policial, por sua natureza, é inquisitivo, sigiloso e não permite defesa" (BARBOSA, 1991, p.10). Em uma linha assemelhada, tratando agora do contraditório, Fauzi Hassan Chouke entende que após a CF/88 ocorreu um grande movimento tentando inserir a aplicação do princípio do contraditório no inquérito policial, justamente tentando modificar o entendimento de procedimento para processo, porém, o autor argumenta no sentido de não existir acusado no inquérito, além de que, não deveria ter a possibilidade do investigado "influenciar a decisão de quem detém a persecução penal em sua mãos para exigir a realização de um determinado ato nessa etapa processual" (CHOUKE, 1995, p. 117)

Com o exposto, tem-se que por ser um procedimento ligado ao recolhimento de provas e indícios de materialidade e autoria, consoante a não existir a figura do acusado ou alguma imputação nessa etapa, não há compatibilidade com os princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo necessária a sua aplicação.

Trazendo a discussão mais um autor que se mostra contrário a aplicação dos princípios aqui debatidos, José Frederico Marques defende o que foi dito anteriormente, sobre a inexistência da figura do acusado no inquérito policial, ademais, o autor possui fortes críticas contra o que vem ocorrendo nos últimos anos, e a tentativa massante de retirar o caráter inquisitivo do inquérito. José afirma (MARQUES, 1997, 152):

Infelizmente, a demagogia forense tem procurado adulterar, a todo custo, o caráter inquisitivo da investigação, o que consegue sempre que encontra autoridades fracas e pusilânimes. Por outro lado, a ignorância e o descaso relativos aos institutos do processo penal contribuem, também, decisivamente, para tentativas dessa ordem.

O autor demonstra repúdio contra tirar o caráter inquisitivo do procedimento, bem como não aceita a possibilidade de um inquérito contraditório. Alexandre de Moraes, também defende o caráter inquisitivo e afirma que o inquérito é “mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público” (MORAES, 2001, p. 118).

Nesse ponto deve-se analisar o que dispõe a Súmula Vinculante nº 14 do STF, (Proposta de Súmula Vinculante 1 – Tribunal Pleno, 02/02/2009).:

Súmula Vinculante nº 14 do STF: “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”.

O acesso efetivo aos autos da investigação criminal já eram contemplados pela nossa Constituição Federal, sendo posteriormente essa medida reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal com a finalidade de sedimentar a matéria. Com isso, a

publicidade aos elementos de provas já documentados no procedimento investigatório é algo plenamente possível de acontecer.

Contudo, cabe trazer a discussão sobre as exceções do direito acima disposto, onde as provas produzidas ou que estão sendo produzidas não precisam adentrar imediatamente no processo. São hipóteses em que a publicidade desta etapa da investigação iria ter “risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências” (art. 7º, § 11º da Lei 8.906/94). Ademais, como muito bem pontuado pelo ministro Ricardo Lewandowski:

(...) não é qualquer diligência em curso que tem o potencial de impedir a defesa de conhecê-la. O acesso só pode ser negado se ficar demonstrado que, tomando conhecimento dela, o requerente possa vir a frustrar o seu resultado útil (Rcl 43.007, decisão de 16/11/2020).

Nesse sentido, é de suma importância apreciação da Súmula Vinculante nº14 do STF, encontrando seus limites em provas que possam afetar o comprometimento da eficiência da prova, geralmente nas hipóteses em que as provas estão sendo produzidas, como é o caso de busca e apreensão ou interceptação telefônica, observado todos os critérios do que lei 9.296 de 24 de julho de 1996 dispõe.

Nos casos como o disposto cima, da interceptação telefônica, é considerada um meio de obtenção de provas de natureza cautelar, tem-se uma medida excepcional que viola a privacidade permitindo a captação de conversas telefônicas por terceiros, para a produção de prova na investigação criminal, que deve sempre ser precedida de autorização determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, devendo o pedido conter demonstração de que a sua realização é necessária à apuração da infração.

Utilizando como exemplo prático o disposto acima, tem-se a conclusão que questões em que a divulgação das provas ainda estão sendo realizadas, como nas de medida de natureza cautelar, fica óbvio que a súmula vinculante supracitada deve ser mitigada, inclusive, restando comprovado que o contraditório não deve ser observado, visto que nitidamente poderia frustrar a realização da medida e a apuração do crime, sendo imprescindível o sigilo para a realização das

investigações, sempre em busca da verdade real. Assim, apenas os meios de provas já documentados devem ser passíveis de acesso para o defensor do investigado.

Com isso, uma vasta gama de doutrinadores assumem o papel de defesa contra a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Defendem, em linhas gerais, que se trata de um procedimento administrativo, não sendo possível estender ao entendimento de processo. Ademais, por se tratar de uma investigação criminal, possuindo sim natureza inquisitiva, não possui acusado, não fazendo sentido a aplicação da defesa nessas situações, bem como o contraditório não deve ser assegurado amplamente.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DA OBSERVÂNCIA OU INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Neste ponto do trabalho, é relevante trazer uma ponderação acerca das consequências da observância ou não do princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, para se enxergar de forma mais palpável quais são as implicações que isso iria trazer na realidade.

Primeiramente, a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na etapa pré-processual da persecução penal ensejaria em um inquérito mais garantista ao investigado, dando a oportunidade de ter conhecimento sobre todos os passos do inquérito, além de poder se defender nele próprio.

Portanto, a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa afastaria algumas das características mais notórias do inquérito policial, qual seja, seu caráter inquisitivo. Desta forma, o investigado poderia usar os meios de defesa que são admitidos no processo penal em si, para afastar futuras alegações que seriam imputadas a ele, e, como já dito anteriormente neste estudo, caso suficiente, afastaria uma possível futura ação penal.

De modo contrário, a não aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial é o que ocorre nos dias atuais em nosso cenário jurídico brasileiro. As consequências disso são o caráter inquisitivo do inquérito policial, bem como o investigado ser mero objeto de investigação.

Sendo assim, não se torna necessário a observância do contraditório na fase pré-processual que é o inquérito, podendo fases da investigação não serem documentadas no exato momento que são realizadas, como em casos de provas que precisas de um sigilo maior, conseqüentemente, o investigado não teria total acesso ao andamento da investigação.

Consoante ao dito, se não há necessidade do contraditório no inquérito policial, logicamente não há a necessidade da ampla defesa, visto que não se tem imputação e acusação de nenhum crime para ser cabível defesa, nesse ponto tem-se apenas o investigado.

Destarte, a não observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial possuem como consequência um procedimento inquisitivo, mais célere para a apuração dos fatos mínimos que podem ensejar uma possível ação penal, com menos garantismo ao investigado, porém respeitando outros princípios básicos de nosso ordenamento, como o da verdade real, presunção de inocência e principalmente a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, para maior compreensão sobre a discussão que gira em torno da aplicação ou não da ampla defesa e contraditório deve-se passar por conceitos, princípios e correntes, para que, a partir de toda essa densa base teórica, se alcance uma resposta à polêmica.

Tendo em vista os aspectos observados, e conforme já explanado anteriormente, a corrente minoritária defende a aplicação da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial, se utilizando como argumento principal a extensão do

entendimento do artigo 5º LV da CF, além do posicionamento garantista do ordenamento jurídico.

Contudo, frente ao que foi exposto, a corrente majoritária torna-se mais amparada de argumentos sólidos, defendendo que o inquérito é um procedimento administrativo e inquisitivo (não conflitante com o Sistema Acusatório do processo penal como exposto no primeiro capítulo deste trabalho), não sendo cabível a aplicação do contraditório e da ampla defesa. Nesta etapa não há imputação de crime para ter direito de defesa e contraditório, muito menos se fala em partes como autor e réu, tem-se apenas a figura do investigado e apuração de um possível delito, procurando colher indícios mínimos de autoria e materialidade para uma possível futura ação penal, que essa, sim, é revestida dos princípios da ampla defesa e contraditório.

Convém lembrar, que, mesmo sendo um procedimento inquisitivo, há amplo respeito aos direitos fundamentais do investigado, como também de outros princípios importantes para a preservação da dignidade da pessoa humana, não se tem a possibilidade de produzir provas em desacordo com tais princípios, com grande exceção como já foi exposto anteriormente, em casos de provas cautelares, como é o caso da interceptação telefônica e provas desse tipo, que, mesmo mitigando um direito do investigado, é respaldado por outros e por uma lei muito rígida acerca sua aplicação apenas em casos muito necessários.

É entendido nesse ponto que não tem necessidade no procedimento investigatório observar o contraditório nas investigações. A aplicação do princípio só faz sentido após o reconhecimento dos indícios de autoria e materialidade do fato, visto que antes disso nada mais se tem além de simplesmente investigação, sem acusado, conseqüentemente sem contraditório e defesa.

Mesmo que o direito de defesa tenha previsão na constituição, não há espaço e nem necessidade de tal defesa ser aplicada no inquérito policial. A ampla defesa tem limites claros, sendo que no inquérito em regra não é observado, porém deve-se pontuar que o exercício da defesa pré-processual existe em situações muito específicas com a utilização do habeas corpus e do mandado de segurança.

Acerca o contraditório a discussão torna-se um pouco maior visto a Súmula Vinculante 14, sendo obrigatório o defensor ter amplo acesso às provas no curso das investigações, mas como já demonstrado anteriormente neste trabalho esse direito pode e deve ser mitigado em algumas ocasiões, como em caso de provas que o conhecimento do investigado traria perigo a sua finalidade. As provas que estão revestidas por essa súmula se delimitam, basicamente, nas provas que já foram colhidas e já estão demonstradas, não possuindo nenhum tipo de aviso prévio sobre o curso do procedimento.

Dessa forma, em acordo com os ditames da Carta Maior, a exigência dos princípios do contraditório e da ampla defesa só são necessários no processo penal em si, não se estendendo para a fase pré-processual administrativa, dispensável e com natureza inquisitiva, que é o inquérito policial, cujo a finalidade é a investigação de indícios mínimos, não sendo necessária a aplicação dos princípios aludidos nesta etapa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na Instrução Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. São Paulo: Método, 2009

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed, Revista dos Tribunais, 2015

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 253. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 1653.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 1653.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Inquérito Policial: doutrina, prática, jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1991.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a praxis pretoriana**. In: MOREIRA, Rômulo (organizador). *Leituras complementares do processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed, Editora Saraiva, 2011.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FEITOZA, Denilson. **Reforma Processual Penal**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JÚNIOR, Américo Bedê, SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal, Entre o garantismo e a efetividade da sanção**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014

LOPES, Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: volume I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. _____. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. **A investigação Policial**, p. 70-71, 2001 Apud AMBOS, Kai e POLASTRI, Marcellus Lima. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial: Dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 1992

MEIRA, José Boanerges. **Inquérito Policial**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos filosófico-políticos da teoria da constituição dirigente a países de modernidade tardia**. Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. 2009, 190 f. (Pós Graduação) - Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2488/NelsonMoreiraDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10/11/2022.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

QUEIROZ FILHO, Dilermando. **Inquérito Policial**. Rio de Janeiro, Editora Esplanada, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROVEGNO, André. **O Inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

SANTOS JUNIOR, Waldir Miguel dos. **A adequação da investigação policial ao processo penal democrático**. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª. edição - São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2018.

____.____. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TOURINHO FILHO , Fernando da Costa. **Manual de Direito Processual Penal**, 18ª ed, São Paulo: Saraiva, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro**. São Paulo, 1993.