



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISABELA DA SILVA GONÇALVES

**A (IN)APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

**BARBACENA
2017**

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade desta autora, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, a Orientadora Dra. Delma Gomes Messias isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação do presente artigo não significará o endosso do conteúdo por parte da orientadora, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 22 de novembro de 2017.

Isabela da Silva Gonçalves

ISABELA DA SILVA GONÇALVES

**A (IN) APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Delma Gomes Messias

BARBACENA

2017

**A (IN) APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Delma Gomes Messias

Aprovada em ___/___/2017

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª Me. Delma Gomes Messias

Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'alvão do Prado

Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof^ª Esp. Cristina Prezoti

Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

A (IN)APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL

Isabela da Silva Gonçalves*
Delma Gomes Messias**

RESUMO

Este artigo tem como objetivo a apresentação dos posicionamentos acerca da aplicabilidade e da inaplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito policial. Para tanto nos utilizamos de pesquisa doutrinária, buscando-se desta forma, apesar de majoritariamente a doutrina se expressar no sentido contrário à aplicação dos citados princípios, demonstrar a existência de defesa nessa fase da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade. Inaplicabilidade. Inquérito Policial. Princípio do Contraditório. Princípio da Ampla Defesa.

¹ * Acadêmica do 10º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena/MG, E-mail: isabeladsg@icloud.com

² ** Professora Orientadora. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho/RJ. Professora de Direito Civil e Processual Penal do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena/MG. E-mail: delmamessias@unipac.br

SUMÁRIO

1. Introdução.....	03
2. Sistemas processuais.....	04
2.1 Inquisitivo.....	04
2.2	
Acusatório.....	04
2.3 Misto.....	04
2.4 Sistema pátrio.....	05
3. Princípio do contraditório.....	06
4. Princípio da ampla defesa.....	07
5. Do Inquérito policial.....	08
5.1 Natureza jurídica e características.....	08
5.1.1 Sigiloso.....	09
5.1.2 Dispensável.....	09
5.1.3 Inquisitivo.....	09
6. O inquérito policial frente à Constituição Federal de 1988.....	10
6.1 Assecuratório.....	10
6.2 Informativo e probatório.....	10
6.3 Apuratório.....	1
6.4 Natureza jurídica.....	11
7. Divergências doutrinárias.....	11
7.1 Da aplicabilidade	12
7.2 Da inaplicabilidade.....	12
7.3 Posições híbridas.....	13
Considerações finais.....	15
Referências bibliográficas.....	17

INTRODUÇÃO

Surge para o Estado o dever de justapor a lei, impondo ao infrator uma sanção quando da prática de um crime ou contravenção penal. É a polícia judiciária a instituição encarregada de realizar a investigação preliminar por meio da autoridade policial, fazendo surgir então a discussão na doutrina se o devido processo legal composto pelo contraditório e pela ampla defesa já desponta a partir deste momento, resultando na aplicação já nesta fase de tais princípios.

Permeia entre a doutrina posicionamentos que defendem a existência dos princípios desde a fase inquisitorial, por outro lado, a maioria dos doutrinadores entende que não há que se falar na aplicação destes institutos nesta fase. E, ainda um terceiro posicionamento que defende ideias híbridas, alguns admitindo o direito de ampla defesa no inquérito e outros o contraditório.

Desta feita, nos capítulos subsequentes, prosseguiremos com a abordagem sobre os sistemas processuais que integram o processo penal, a conceituação doutrinária dos princípios que intitulam o presente, uma perspectiva do inquérito policial contendo sua natureza jurídica e características em conformidade com a doutrina majoritária, além de uma análise de acordo com a ordem constitucional vigente e a exposição dos posicionamentos que divergem perante a doutrina sobre a existência dos princípios no inquérito policial. Demonstrando assim, a existência da ampla defesa no inquérito policial, ainda que de forma sintetizada.

2 Sistemas Processuais Penais

Respeitando-se o devido processo legal, é importante inaugurar este trabalho estabelecendo o padrão jurídico escolhido pelo legislador para conduzir o processo penal até o final da prestação jurisdicional, tendo em vista o estado democrático de direito que é garantido pela Carta Magna. São eles:

2.1 Sistema inquisitivo

Originário do Direito Romano e peculiar dos regimes absolutistas, sua nomenclatura deriva da Santa Inquisição. Nesse sistema não são observadas as garantias fundamentais de qualquer indivíduo, necessárias em uma democracia. É o juiz quem se incumbem de acusar, julgar e defender o investigado, que se reduz a mero objeto do processo. A ideia que constitui este sistema é a concentração dos poderes nas mãos de um só órgão.

2.2 Sistema acusatório

Sua origem provém da Grécia Antiga. É a antítese do Sistema inquisitório, uma vez que o sujeito passa a ser detentor de direitos e não mero objeto processual, sendo respeitada a presunção de inocência até prova diversa. Tem como característica principal a divisão das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos, de modo a alcançar um processo íntegro que respeite os princípios norteadores do Direito. Dessa forma é vital que seu condutor seja imparcial, concedendo às partes as mesmas oportunidades de atuar no processo.

2.3 Sistema misto

Pós Revolução Francesa. É uma mescla dos anteriores, pois contém características dos sistemas supracitados, dividindo-se em duas fases: a primeira, inquisitória e a segunda, acusatória.

Desse modo, Renato Brasileiro (2011. p. 07)³ explica:

³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol E. Niterói: Impetus Ltda, 2011. p. 07.

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.

2.4 Sistema pátrio

Percebe-se que a diferença entre o sistema inquisitorial e o acusatório persiste na função dos sujeitos processuais e a gestão da prova.

Existe na doutrina certo debate quanto à escolha do legislador constituinte no que diz respeito ao sistema processual penal adotado no direito brasileiro. Parte significativa da doutrina considera que a Constituição escolheu o sistema acusatório de forma implícita, quando delimitou as funções de cada órgão.

Entretanto, é importante observar que este sistema não é puro quando se admite que o juiz produza, de ofício ou a requerimento das partes, provas de forma subsidiária como, por exemplo, a ordenação da produção antecipada de provas urgentes e relevantes, a inquirição de testemunhas sobre pontos não esclarecidos, a determinação de oitiva das chamadas testemunhas do juízo, e ainda, evidenciando a impureza desse sistema e resquícios inquisitivos presentes no Código de Processo Penal, o disposto em seu artigo 385, que permite ao juiz condenar o réu mesmo que o Ministério Público pugne pela absolvição.

A esse respeito, Geraldo Prado (2005, p. 279)⁴ nos ensina:

Não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da opinio delicti.

Nesse mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim afirma (2016)⁵:

O processo penal depende de ação da parte, não podendo o juiz instaurá-lo de ofício, nem provocar a sua jurisdição, ainda que de forma indireta. Ademais, o juiz não deve participar da investigação preliminar ao processo e, mesmo no processo sua atuação probatória há de ser supletiva à atividade das partes, que realizam o

⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005, pág. 279.

⁵ JARDIM, Afrânio Silva. Ministério Público é Ministério Público. Polícia é Polícia. AdepolRJ. Disponível em: <http://adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=19535>. Acesso em 18.Nov.2017.

necessário contraditório processual.

Ainda, Geraldo Prado (2005, p.366)⁶ conclui, dizendo que:

De fato, a Constituição da República optou pelo sistema acusatório, mas o ordenamento jurídico processual ainda está distante da máxima acusatoriedade, razão pela qual recomenda-se que, propondo-se a reforma do processo penal, como consequência da transformação constitucional operada em 1988, coloque-se de lado a aparência acusatória e efetive-se a estrutura que, democraticamente, divide tarefas, funções e responsabilidades.

3 Princípio do contraditório

O contraditório é a cientificação bilateral acerca dos atos e termos processuais, bem como, a viabilidade de contrariá-los. (CANUTO, 1973, p.82)⁷

O princípio do contraditório sempre existiu de maneira implícita no ordenamento pátrio na época das Constituições anteriores. Porém, sua efetiva positivação se deu apenas com a vigência da Carta Magna de 1988. (TÁVORA, 2007, p.74)⁸

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 64)⁹ :

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ex adversa. Assim, se o acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o Defensor tem o direito de produzir provas, a Acusação também o tem. O texto constitucional supracitado quis apenas deixar claro que a Defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à Acusação.

Sempre que no processo houver alguma alegação fática ou a adução de provas, a parte contrária tem o direito de se manifestar, fazendo com que haja adequado equilíbrio na relação

⁶ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005, pág. 366.

⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo: RT, 1973, p.82.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. Curso de Direito Processual Penal. 12. Ed. Salvador: JusPodivm. 2017, pág. 74.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Manual de Processo Penal. 16. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013, pág. 64 .

entre o estado e o acusado. (NUCCI, 2007, p. 80)¹⁰

4 Princípio da ampla defesa

É garantia Constitucional que confere ao indivíduo o poder de defender-se por todos os meios em direito admitidos. Sob o panorama defensivo, é latente a percepção de que a Ampla Defesa e o Contraditório estão profundamente ligados por serem dois institutos que buscam a garantia ao devido processo legal. Entretanto, sob a ótica da acusação não é tão evidente essa semelhança entre eles, nesse sentido Renato Marcão (2014, p.69)¹¹ assevera que: “a ampla defesa tem vinculação mais sólida e evidente com o princípio da dignidade da pessoa humana”.

No tempo em que o princípio do contraditório é o protetor de ambas as partes, o princípio da ampla defesa é a preservação ou garantia da parte acusada. (TÁVORA, 2017, p.77)¹²

Ainda, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 54)¹³:

Assim como o direito ao contraditório, o direito de defesa também está assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia.

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõe o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem.

Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

Como há distinção, “é possível violar-se o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de também ser observado pelo próprio juiz. Deixar de comunicar um determinado ato processual ao acusado, ou impedir-lhe a reação à determinada prova ou alegação da defesa, embora não represente violação do direito de defesa, certamente violará o princípio do contraditório. O contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 80.

¹¹ MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p.69 .

¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. Curso de Direito Processual Penal. 12. Ed. Salvador: JusPodivm. 2017, pág. 77.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 5. Ed. Salvador:JusPodivm. 2017. Volume único. pág. 54.

5. Do inquérito policial

A partir do conhecimento da *notitia criminis*, o inquérito policial se torna o principal instrumento do Estado na investigação de condutas tipificadas na legislação pátria. É fundamental a presença de elementos que levem à autoria e materialidade da infração para que, desta forma, possa o Estado fazer valer o seu poder/dever de punir, incitando a persecução criminal em juízo. Tanto é que exige o Código de Processo Penal, em seu art. 395, inciso III, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, a necessidade de existência da justa causa, caso contrário, é motivo de rejeição da inicial acusatória, primordial na busca pela verdade nesta etapa que antecede a fase judicial.

Tourinho Filho (2003, p. 192)¹⁴, afirma que o inquérito policial “é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

No mesmo sentido Mirabete (2003, p. 76)¹⁵ considera:

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.

5.1. Natureza jurídica e características

O inquérito policial, sob a ótica majoritária da doutrina, tem natureza jurídica de procedimento administrativo por ser presidido pela autoridade policial e conter uma série de diligências investigatórias a fim de apurar a ocorrência de determinado ilícito penal e sua autoria, todavia deve se mostrar flexível, inexistindo uma ordem prefixada e rigorosa.

Assim entende Renato Brasileiro (2017, p.105)¹⁶ :

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes stricto sensu, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Sendo tão somente um grupo de diligências investigatórias executadas pela Polícia

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.p.192.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2003, pág 76.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 5. Ed. Salvador:JusPodivm. 2017. Volume Único, pág. 105

Judiciária, que buscam a constatação do crime e sua respectiva autoria. A doutrina majoritária aponta como características principais do inquérito policial:

5.1.1 Sigiloso

Deve ser aplicado o sigilo ao inquérito no que considerar ameaça à garantia de sucesso na investigação. Devido ao fato de que a publicidade a cerca das diligências que serão realizadas ao decorrer do inquérito podem frustrar o seu objetivo primário, que é desvendar o fato e seu respectivo autor.

Desse modo, podemos afirmar que o sigilo no inquérito é relativo, não absoluto, tendo em vista não se estender ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Cumpre destacar que à defesa é garantido o acesso às informações já documentadas em procedimento investigatório.

5.1.2 Dispensável

Não se trata o inquérito policial de um passo impreterível da persecução penal, sendo peça meramente informativa. Apesar de funcionar como notável ferramenta na apuração de infrações penais e de sua devida autoria é admissível que seja dispensado, sempre que o representante do Ministério Público ou o ofendido dispuser de fundamentos suficientes para promover a inaugural acusatória.

Em suma, é de se concluir que a acusação não está vinculada à existência do inquérito policial para se valer da ação penal desde que contenha meios idôneos que justifiquem a denúncia ou queixa-crime.

5.1.3 Inquisitivo

Essa característica inquisitiva confere à autoridade policial a premissa de conduzir as investigações da forma que bem entender, sendo o inquérito livre de qualquer rito. Evidencia-se ainda pelo fato de o artigo 6º do Código de Processo Penal incumbir à autoridade policial, logo que tiver conhecimento do cometimento de uma infração penal, a adoção de providências que visem colher maiores informações sobre o fato ocorrido, contudo o texto da lei não delimita ou ordena quais seriam essas diligências, deixando-as sob o crivo do delegado de polícia para adotá-las de modo discricionário.

6 O inquérito policial frente à Constituição Federal de 1988

Expostas as principais particularidades, é necessário considerar que o direito como elemento cultural humano e regulador da vida social é mutável conforme os anseios da sociedade, sendo incontestável o surgimento de novos posicionamentos.

Com base nesses fatos e levando-se em conta o Código de Processo Penal ser anterior à atual Constituição, é elementar a indicação das características e da natureza jurídica do inquérito policial sob uma perspectiva mais atualizada da polícia judiciária, que deve passar a entender o inquérito como mecanismo de efetivação de justiça criminal, de modo que ele deve se adequar à nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 1988, se amoldando às garantias individuais da pessoa investigada, assegurando a guarda das premissas fundamentais a que tem direito. Devemos então considerar o inquérito como:

6.1 Assecuratório

Toda a atividade persecutória que antecede a ação penal se delimita pela legalidade, se submetendo às regras democráticas do Estado de Direito. Busca-se desta forma impossibilitar acusações infundadas assegurando ao investigado a garantia de seus direitos fundamentais e, ao Estado a propositura de ações temerárias que movimentariam indevidamente toda a máquina judiciária. (MARCAO, 2014)¹⁷

O inquérito policial não se estreita apenas a arrecadar substrato mínimo para a acusação, seu papel na realidade é a descoberta da verdade em relação aos fatos criminosos advindos da *notitia criminis*, angariando assim, auxílio necessário para o decorrer de uma persecução penal. Ele possui também função assecuratória, de garantia de direitos fundamentais não apenas de vítimas e testemunhas, como também do próprio suspeito da prática delituosa, evitando-se assim acusações arriscadas e temerárias. (CASTRO, 2017)¹⁸

6.2 Informativo e probatório

Além de ser fonte para a propositura da respectiva ação penal, nessa fase investigativa é possível sim colher elementos de prova. Estes, não podem ser os únicos a levar o juiz a

¹⁷ MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p.127.

¹⁸ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada. 2017. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>>. Acesso em 02.Nov.2017.

formar sua convicção, entretanto são elaboradas provas não repetíveis em juízo que serão valoradas pelo julgador.

Nesse sentido Henrique Hoffmann (2016)¹⁹ confirma:

Logo, é totalmente equivocada a afirmação de que o “inquérito policial produz apenas elementos informativos” ou que o “inquérito policial é mera peça informativa”. Nada obsta que a Polícia Judiciária produza provas no curso da investigação, o que significa dizer que o inquérito policial possui valor probatório e deve ser olhado com atenção pelos atores jurídicos da persecução penal, especialmente a defesa.

6.3 Apuratório

Quando a doutrina majoritária se refere ao inquérito como um procedimento inquisitivo, é forçoso concordar que essa terminologia remonta aos tempos primórdios em que não havia respeito às garantias individuais que hoje é premissa em nosso ordenamento, tornando-se o termo apuratório mais adequado devido ao sentido literal desta palavra remeter à principal finalidade do inquérito, que é apuração o fato e sua respectiva autoria.

6.4 Natureza jurídica

O inquérito é visto por esta corrente como um processo administrativo, e não um procedimento. Devido à ligação da atividade policial com a relativização dos direitos fundamentais, há decisões restritivas tomadas pela autoridade policial que conferem uma relação processual ao inquérito, ainda que de modo sintetizado.

É evidente a constante confusão terminológica no que tange processo e procedimento, e é exatamente isso que ocorre na interpretação de nossa Constituição Federal, fala-se em um, quando na verdade quer se falar em outro. (TUCCI, 2009)²⁰

7 Divergência doutrinária

Tendo por suporte a considerável divergência que rodeia a questão pela sua relevância prática e teórica, e levando em consideração toda a temática já exposta torna-se possível, por

¹⁹ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. Inquérito policial é procedimento probatório e não meramente informativo. 2016. Jus. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54185/inquerito-policial-e-procedimento-probatorio-e-nao-meramente-informativo>>. Acesso em 02.Nov.2017.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 289.

fim, apresentar os argumentos lançados pelos doutrinadores a respeito do tema em estudo no presente trabalho. Vejamos:

7.1 Da inaplicabilidade

Entendimento majoritário da doutrina, no inquérito policial não há que se falar nos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser observados somente na fase judicial.

Nesse sentido, Nucci (2007, p. 104/105)²¹ manifesta:

É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc). Somente após ingressa-se com ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

Reforçando ainda mais esse entendimento, Alexandre de Moraes²² afirma que:

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

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça até então não confrontaram o tema em consonância com a alteração que a lei 13.245/2016 produziu, mas já se trataram do tema anteriormente no sentido de que não se deve a aplicação dos princípios no inquérito.

7.2 Da aplicabilidade

Embora minoritária, nomes relevantes na doutrina assumem preferência à aplicação dos princípios na fase de inquérito policial.

Assim se manifesta Nestor Távora (2017, p.59)²³:

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. págs104/105.

²² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A atuação da defesa na fase preliminar tem sido colocada com um desvio de percepção evidente. Tenta-se afastar o direito de defesa (e o contraditório) da fase preliminar, na pressuposição de que eles militariam contra a necessidade da eficiência investigativa, em verdadeiro obstáculo a boa atuação da polícia judiciária. Atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas. Vivemos numa fase de ‘processualização dos procedimentos’, e estes, como ‘métodos de exercício de poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, ampliando-se o espectro horizontal de incidência dos direitos e garantias fundamentais.

7.3 Posições híbridas

Ainda, conseguimos perceber uma terceira corrente que admite a existência somente da ampla defesa, descartando o contraditório desta fase.

Marta Saad (2004, p. 221/22)²⁴ afirma:

... se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar ‘em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa’, e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 66)²⁵ completa:

Não obstante a Magna Carta disponha no art. 5º, LV, que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o certo é que a expressão “processo administrativo” não se refere à fase do inquérito policial, e sim ao processo instaurado pela Administração Pública para a apuração de Ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, mesmo porque, nesses casos, haverá a possibilidade da aplicação de uma sanção: punição administrativa, decretação de perdimento de bens, multas por infração de trânsito, p. ex: Em face da possibilidade da infligência de uma “pena”, é natural deva haver o contraditório e a ampla defesa, porquanto não seria justo a punição de alguém sem o direito de defesa.

Já se tratando de inquérito policial, não nos parece que a Constituição se tenha referido a ele, até porque, de acordo com o nosso ordenamento, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado. Ademais, o texto da Lei Maior fala em “litigantes”, e na fase da investigação preparatória não há litigante...

O que não se concebe é a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede à instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação. Não havendo, não se pode invocar o princípio da par conditio – igualdade de armas. Todos sabemos que não se admite um decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual. A autoridade Policial

²³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. Curso de Direito Processual Penal. 12. Ed. Salvador: JusPodivm. 2017, pág.

132.

²⁴ SAAD, Marta, O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 221-222.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Manual de Processo Penal. 16. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013, pág 66.

não acusa; investiga. E investigação contraditória é um não senso. Se assim é, parece-nos não ter sentido estender o instituto do contraditório ao inquérito, em que não há acusação.

E ainda defende a existência da ampla defesa no inquérito policial:

É verdade que o indiciado pode ser privado da sua liberdade nos casos de flagrante, prisão temporária ou preventiva. Mas, para esses casos, sempre se admitiu o emprego do remédio heróico do habeas corpus. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, é que se pode dizer que a ampla defesa abrange o indiciado.²⁶

Antônio Scarance Fernandes (2000, p. 59)²⁷ no mesmo sentido concorda com a aplicabilidade da defesa:

Há sem dúvida, necessidade de admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos direitos mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de habeas corpus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afere-se diante de toda a explanação feita que, apesar de majoritária, a doutrina não é pacífica no que diz respeito à inaplicabilidade dos princípios que intitulam o presente, no inquérito policial. Vem crescendo o número de adeptos ao pensamento de que se deve fornecer ao investigado nesta fase o acesso a ampla defesa e ao contraditório.

De fato, não existe no inquérito o contraditório e a ampla defesa de forma plena do modo em que os encontramos durante a fase judicial do processo penal.

Há de se convir que garantir o contraditório durante esta fase, dando ciência ao investigado de todos os atos que serão praticados, pode de algum modo frustrar a

²⁶
²⁷

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Manual de Processo Penal. 16. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 59.

investigação. Portanto, a aplicação deste princípio nesta fase parece temerária, devendo ser mantido o sigilo quanto aos atos que podem prejudicar a persecução.

Por outro lado, não se pode afirmar que não existe ampla defesa no inquérito. Apesar de estar presente de forma limitada, é perceptível sua presença através do próprio Código de Processo Penal, que em seu artigo 14 confere ao indiciado a possibilidade de requerer diligências. Também, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII, assegura ao réu o direito de permanecer em silêncio, podendo ainda, o indiciado, em atitude defensiva não produzir prova contra si mesmo, além de apresentar a versão que lhe interessar à sua defesa. Deste modo, todas essas garantias evitam o cometimento de excessos em detrimento do investigado.

Ainda podemos acrescentar nesse rol exemplificativo as recentes mudanças no Estatuto da OAB, com a Lei 13.245/16, que confere ao defensor, durante a apuração de infrações penais, a prerrogativa de apresentar razões e quesitos, e ainda o acompanhamento do interrogatório ou depoimento sob pena de nulidade absoluta.

Desta forma, devemos analisar o inquérito de uma forma um pouco distinta do convencional. Ele se trata na verdade, de um procedimento sigiloso quanto ao que puder influenciar negativamente na investigação, que busca apurar o fato criminoso e seu autor, servindo de substrato para a propositura da ação penal e, inclusive, fornecendo elementos probatórios. Nota-se a progressiva tendência em assegurar que ao réu sejam aplicadas as premissas garantistas que a Constituição Federal nos proporciona como meio de vivenciar um sistema acusatório autêntico, abarcando com isso o direito de ampla defesa, ainda que se aplique de forma atenuada, conferindo credibilidade à investigação policial.

ABSTRACT

The goal of my article is to show positions on the applicability and inapplicability of the principles of the adversary and the ample defense in the step of police investigation. For this we use doctrinal research, seeking in this way, despite the fact that doctrine is expressed in a way that is contrary to the application of the aforementioned principles, to show the existence of defense at this stage of criminal process.

KEYWORDS: Applicability. Inapplicability. Police Investigation. Principle of Adversary. Principle of Ample Defense.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: RT, 1973.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. **Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada**. 2017. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policial-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>>. Acesso em 02.Nov.2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. **Inquérito policial é procedimento probatório e não meramente informativo**. 2016. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54185/inquerito-policial-e-procedimento-probatorio-e-nao-meramente-informativo>>. Acesso em 02.Nov.2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ministério Público é Ministério Público. Polícia é Polícia**. AdepolRJ. Disponível em: <http://adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=19535>. Acesso em 18..Nov.2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. Ed. Salvador:JusPodivm. 2017. Volume único.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. Ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris. 2005.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 289.