

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL DENTRO DE UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Vinícius Rech¹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo esclarecer a questão da aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, trazendo à luz a discussão doutrinária acerca do tema. Atualmente a atividade policial dedica-se à apuração (investigação) das infrações penais e à indicação de sua autoria por meio da utilização de um sistema inquisitório, no qual o indiciado é apresentado como “suspeito”, ou seja, não se tem um “acusado”, e, por ser assim considerado, ignora-se a observância da ampla defesa e do contraditório, prevista no art. 5º, inciso LV, da CF. A composição deste artigo destaca uma visão oposta ao entendimento majoritário acerca do tema e está estruturada em três eixos temáticos: no primeiro, aborda-se os sistemas processuais, em que são tratados os princípios da sistemática do processo penal; no segundo, faz-se uma análise do inquérito policial, observando suas características e garantias aplicáveis; e no terceiro e principal da pesquisa, expõe-se todos os argumentos favoráveis à adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Destaca-se que, para que haja admissão desses princípios neste procedimento, faz-se necessário afastá-los do caráter inquisitório do inquérito policial, com a aplicação dos princípios insculpidos na Constituição Federal, que devem estar acima de qualquer norma jurídica. Dentro dessa perspectiva, amplia-se a garantia do respeito à dignidade da pessoa humana, distante do que se percebe no inquérito policial atual, que, por estar calcado em um sistema inquisitivo, o indiciado é muitas vezes tratado como objeto do direito e não detentor desse direito.

Palavras-chave: Processo penal. Contraditório. Ampla defesa. Constitucional. Inquérito Policial.

¹ Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, comarca de Porto União, pós-graduado em Ciências Penais na Universidade Anhanguera – Uniderp; Especialista em Direito Processual e Material: público e privado, pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc; Bacharel em Direito, pela Universidade do Contestado – Unc Concórdia. *E-mail:* rechvinicius@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo norteia-se precipuamente na disposição contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” na sua implicação no Sistema Processual Penal Brasileiro.

Em breve análise da referida norma, o constituinte pretendeu estender tais garantias não só aos acusados da ação penal, mas também a qualquer cidadão, ao qual o Estado atribua a autoria de um fato, independente da fase do procedimento persecutório, seja esta de natureza judicial ou administrativa.

Contudo, evidencia-se grande divergência doutrinária quanto às referidas garantias, haja vista alguns juristas entenderem que o contraditório e a ampla defesa somente são assegurados àqueles que estão sendo processados judicialmente. Nesse contexto, o inquérito policial sempre foi entendido e defendido como um procedimento inquisitorial, e apontado não como processo, em face da inexistência de acusados, mas como mero procedimento informativo, portanto, sem a possibilidade de defesa durante sua formação.

Sob uma ótica garantista, busca-se analisar as repercussões de uma nova proposta a afetar a intangibilidade do inquérito policial dentro de uma perspectiva de persecução penal constitucional. Para tanto, alguns pontos de extrema importância foram destacados, como os princípios constitucionais que regem o processo penal e a inserção dos princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil ao inquérito policial.

Novos contornos advindos da jurisprudência e da doutrina sinalizam que uma nova interpretação possa ser conferida à investigação criminal a fim de se possibilitar o contraditório e a ampla defesa do investigado dentro do procedimento de persecução penal.

2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Para compreender o significado de sistema processual penal, é importante expor sua definição. Rangel (2009, p. 46) o conceitua nos seguintes termos: “[...] é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que

estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Processo penal, nesse norte, é uma sequência lógica, orientado por princípios e regras, a fim de abranger cada caso conforme suas peculiaridades.

O sistema acusatório consiste na divisão de funções e funciona como uma pirâmide, ficando as partes na mesma plataforma, mantendo-se assim, a igualdade entre elas. O outro polo consiste no Estado-juiz, que está acima da pirâmide, cabendo-lhe a tutela jurisdicional e colocando-se como garantidor dos direitos fundamentais do acusado. Sobre as características do sistema em questão, explica Tourinho Filho:

“No processo penal acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat iudex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois ‘non debet licere actori, quod reo non permittitur’; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado” (2012, p. 113-114).

Observa-se que o sistema acusatório é imparcial, contraditório e público, possuindo funções distintas entre acusação, defesa e juiz, conhecido pelo nome de *actum trium personarum* (*agir de três pessoas*, em tradução livre), em que a acusação é detentora da pretensão punitiva e possui legitimidade para ingressar com a ação penal. O autor da ação pode ser o órgão do Ministério Público, no caso de ação penal pública, ou o ofendido, no caso de ação penal privada. Por sua vez, a defesa resiste à pretensão punitiva do Estado, resguardando o seu direito de liberdade, podendo utilizar de todos os recursos existentes em lei.

Ao magistrado cabe a função de julgar e dirimir os conflitos de interesse entre acusação e acusado, de maneira imparcial na relação jurídica, portanto, óbvio, está vedada sua participação nas investigações criminais e de dar impulso inicial ao processo, sob pena de

nulidade. Essa característica de imparcialidade do juiz, que era majoritariamente apreciada pela doutrina, prestou-se como fundamento para o surgimento do sistema inquisitório. Foi partindo da ideia de que a inércia do juiz poderia suscitar injustiças, visto que a decisão baseada num material defeituoso apresentado pelas partes poderia não contemplar a “verdade absoluta” dos fatos, que se atribuiu poderes instrutórios aos juízes.

Por seu turno o sistema inquisitório, apresenta-se extremamente ao oposto do sistema acusatório, pois o Estado detém em suas mãos o poder de acusar, defender e julgar. Não há distinção entre as partes. Esse sistema foi implantado com a finalidade de tirar do poder do particular a função de acusar, pois este a exercia quando desejasse, prevalecendo a impunidade.

Rangel (2009, p. 48) enumera as principais características do sistema inquisitivo:

a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal [...] e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.

Observa-se que no sistema inquisitivo não existe o *actum trium personarum*, onde autor e réu, que em pé de igualdade conflitam perante o juiz, que é órgão imparcial na relação jurídica, formando assim a tradicional pirâmide mencionada no sistema acusatório. Aqui, o Estado, representado pelo autor, e juiz estão juntos para acusar e julgar, formando uma relação processual linear, cerceando o réu a possibilidade de sua defesa.

O processo penal brasileiro, ferindo nitidamente o art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, admite o sistema inquisitivo no inquérito policial, o que será visto mais apuradamente, por se tratar do objeto do presente artigo.

No Brasil, o Decreto-lei n. 3689/1941, Código de Processo Penal, traz em seu bojo contornos essencialmente inquisitórios. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos de seus artigos foram derogados ou revogados, pois não foram recepcionados, ao passo que outros mereceram uma nova interpretação à luz dos direitos e garantias fundamentais essenciais à pessoa humana, conferido pela Carta Magna de 1988.

Quanto ao sistema processual penal praticado no Brasil, a doutrina pátria diverge. Para o professor Tourinho Filho (2012, p. 118): *no Direito Pátrio, o sistema adotado é o*

acusatório. A acusação está a cargo do Ministério Público. Excepcionalmente, nos delitos de ação privada, comete-se a própria vítima o jus persecuendi in iudicio.

Para Nucci (2012, p. 78-79) o sistema processual brasileiro é misto, sob os enfoques constitucional e processual. Segundo o autor, se fosse seguir apenas a Constituição Federal, poder-se-ia dizer que o sistema adotado é o acusatório. Já, sob o prisma processual, regido pelo Código de Processo Penal, observa-se que foi elaborado sob o aspecto inquisitivo. Esse sistema também é conhecido como inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado.

Na posição defendida por Rangel (2009, p. 53-54), o sistema processual penal no Brasil apresenta um modelo híbrido, visto que possui o aspecto acusatório (Constituição Federal) e o inquisitório (Código de Processo Penal):

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar o depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.

Nucci e Rangel defendem, portanto, que o sistema processual brasileiro é misto, inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado, ao considerar que, no inquérito policial as investigações são secretas e sigilosas, portanto inexistente o contraditório, resquício inquisitivo previsto Código de Processo Penal. Já dentro do procedimento judicial (ação penal), a Constituição Federal de 1988, ao assegurar direitos e garantias individuais, reflete o sistema acusatório, pois é assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Já para uma terceira corrente, por entender que o núcleo fundamental dos sistemas processuais reside na gestão das provas e que, por isso, não existe um sistema acusatório, tampouco, misto por excelência. Lopes Júnior (2014, *epub*), crítico do sistema vigente, afirma que, no Brasil, apesar do contorno garantista do processo penal ordenado pela Constituição,

continua vigorando o sistema inquisitório, no que tange a determinados dispositivos vigentes do Código de Processo Penal Brasileiro.

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

Para parte da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores o sistema processual penal acusatório vige em nosso ordenamento jurídico, em decorrência do comando emanado pela Constituição Federal, uma vez que nesse sistema a gestão da prova dentro do processo pertence ao juiz. Porém, no que tange à fase pré-processual, leia-se inquérito policial, entendem que vigora o sistema inquisitório, no qual não há necessidade da presença do acusado e do seu procurador, tendo em vista que essa etapa não está sujeita ao princípio do contraditório.

Desse modo, observa-se grande divergência entre os doutrinadores sobre qual sistema processual penal adotado no Brasil, discussão que gera reflexos na jurisprudência. Transcreve-se o entendimento do Prof. Renato Brasileiro de Lima (2013, p.5-6), que bem sintetiza a situação encontrada no sistema brasileiro vigente:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Todavia, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna -se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

3 O INQUÉRITO POLICIAL

A Polícia Judiciária ao tomar conhecimento de um crime, tem competência para averiguar se tal infração realmente ocorreu e para apontar a autoria do delito. Para tanto, utiliza-se de um procedimento administrativo investigatório, denominado “inquérito policial”.

Tourinho Filho (2012, p. 230) o conceitua nos seguintes termos: “o inquérito policial é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

Para Nucci (2011, p. 76), em seu vasto magistério, o inquérito policial:

Trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzindo pela polícia judiciária e voltando à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime [...]

Em comum, pode-se verificar que, de acordo com os conceitos expostos por esses doutrinadores, o inquérito policial é um procedimento de natureza administrativo-investigatória, presidido por uma autoridade policial que objetiva esclarecer o delito e a sua autoria e embasar a formação da *opinio delicti* do órgão acusador.

O inquérito policial por ser um procedimento administrativo e por carregar consigo as finalidades acima expostas possui algumas características próprias para a sua formalização. O art. 9º do CPP, dispõe: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Ou seja, o inquérito presta-se de base de eventual ação penal, para tanto, deve-se apresentar como um procedimento formalizado e documentado, trata-se de sua primeira característica que é a sua forma escrita.

O inquérito policial é também sigiloso (art. 20, do CPP):

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.
Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

Tourinho Filho (2012, p. 243), sobre o caráter sigiloso do inquérito policial, expõe que: “Se o inquérito policial visa à investigação, à elucidação, à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Civil se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização”.

Assim, autoridade policial possui a faculdade de atribuir o sigilo ao inquérito policial para visar a segurança e a eficácia dos atos praticados, em prol, da busca pela verdade acerca dos fatos e dos elementos que permitirão ao Estado aplicar a devida sanção aos culpados pela lesão a um bem juridicamente tutelado.

Este caráter sigiloso do inquérito policial, no entanto, não se estende ao Ministério Público (art. 15, III, da Lei Orgânica do Ministério Público, Lei Complementar n. 40/1981), nem ao Poder Judiciário.

O advogado no decorrer das investigações pode ter acesso ao inquérito (art. 7º, XIII e XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). O texto constitucional prevê que todo acusado tem direito assegurado da assistência jurídica (art. 5º, LXIII, CF). Nesse diapasão, o advogado tem o poder de acessar os atos investigatórios (diligências, oitivas, perícias, etc.) para que possa tomar as medidas necessárias em prol do acusado.

Tal direito foi consolidado no ano de 2009, quando o STF editou a Súmula Vinculante n. 14, com a seguinte redação:

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.

Os doutrinadores que consideram que o sigilo deva ser absoluto apontam que, por ser o inquérito um procedimento administrativo de caráter eminentemente investigatório, o indiciado não passa de mero objeto de investigação, ante a ausência de acusação e, como consequência, não pode haver defesa.

De outro norte, temos os doutrinadores contrários à proibição do sigilo, já que este se constitui num verdadeiro cerceamento de defesa (tese mais creditada por ser mais razoável). Para esses doutrinadores, é imprescindível que o indiciado saiba o que está sendo apurado na investigação a fim de programar sua defesa com seu defensor.

Conforme o art. 17 do CPP, outra característica do inquérito policial é a indisponibilidade: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Dessa forma, ainda que a autoridade policial constate no decorrer das investigações eventual atipicidade do fato apurado ou não tenha detectado indícios de sua autoria, deverá concluir o inquérito e encaminhá-lo ao Judiciário.

A oficiosidade, outra das características do inquérito, está prevista no art. 5º, inc. I, do CPP: “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; [...]”, traduz-se no direito-dever de o Estado agir através de seu órgão competente, independente de provocação, e, como consequência de tal característica, verifica-se a existência da indisponibilidade, visto que não há a possibilidade, por parte do titular da investigação arquivar o inquérito ao seu livre arbítrio.

O inquérito policial, como visto, é procedimento informativo destinado à investigação da ocorrência de uma infração penal e de sua autoria para formação de elementos suficientes para a propositura da ação penal pelo órgão acusador. A característica da inquisitorialidade, por integrar o núcleo do presente estudo, é analisado neste tópico próprio.

De acordo com os ensinamentos de Capez (2014, *epub*):

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria. É característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. É secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa. Evidenciam a natureza inquisitiva do procedimento o art. 107 do Código de Processo Penal, proibindo arguição de suspeição das autoridades policiais, e o art. 14, que permite à autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado (exceto o exame de corpo de delito, à vista do disposto no art. 184).

Hodiernamente a instauração e a conclusão do inquérito policial são atribuídas a uma mesma pessoa, o delegado de polícia, e a referida característica confere poder discricionário e ilimitado à autoridade policial a fim de que se realizem as devidas investigações. Podendo seguir rumos variados durante essa fase, uma vez que não há um procedimento predeterminado a ser seguido.

No art. 14 do CPP, segundo o qual “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, observa-se a presença da inquisitorialidade, pois a autoridade policial poderá deferir ou não diligências requeridas pelas partes.

A inquisitorialidade do inquérito policial também está prevista no art. 107 do CPP, ao dispor que: “Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal”.

Rangel (2009, p. 89), com grande sabedoria, pontua:

A autoridade policial enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo ((indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que estes fatos ocorreram. O caráter inquisitivo do inquérito faz com que ele seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.

Dessa feita, todo o procedimento investigatório realizado dentro do inquérito policial, que será anotado a seguir, sofrerá as consequências da impossibilidade de efetiva defesa técnica.

4 O INQUÉRITO POLICIAL SOB O ENFOQUE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A aplicabilidade do princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial vem sendo, há algum tempo, objeto de discussão. A atual Carta Magna², influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, introduziu veneráveis garantias à pessoa, entre elas, o contraditório e a ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, de acordo com o art. 5º, LV.

² No Direito brasileiro, o contraditório surgiu na Constituição da República de 1937 (artigo 122, n. 11, segunda parte) e foi mantido nos textos constitucionais posteriores (artigo 141, § 25, da Constituição de 1946; artigo 140, § 16, da Constituição de 1967, renumerado na emenda de 1969 para artigo 153, § 16). Por seu turno, a ampla defesa sempre esteve positivada no Direito brasileiro: desde o primeiro texto constitucional (artigo 179, § 8º, da Constituição de 1824) até o citado artigo 5º, LV, da Constituição da República.

Tal artigo dispõe 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”.

A questão da admissão, ou não, do contraditório e da ampla defesa na primeira fase da *persecutio criminis* reside na admissão da existência de litigantes na investigação policial, em decorrência do conflito de interesses; e a confirmação de que o legislador, ao redigir o inciso LV, quis dizer procedimento administrativo ao invés de processo administrativo. Após, esta breve introdução ao tema, far-se-á a seguir o estudo direcionado de tais disposições e sua aplicabilidade.

4.1 Apontamentos sobre os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa

O contraditório, antes de relevante garantia processual, constitui um dos elementos essenciais da definição de processo. Na lição Paulo e Alexandrino (2011, p.185):

Por contraditório entende-se o direito que tem indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (*par conditio*), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também, a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito da acusação com o direito da defesa.

Atualmente, o princípio do contraditório e da ampla defesa, como visto, está insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição da República e compreende os elementos da ciência e da participação. O primeiro se refere à necessidade de se comunicar previamente as partes da realização de um ato processual. O segundo diz respeito à faculdade das partes de participar ativamente desse ato, com o objetivo de influenciar o convencimento do julgador.

Então, o contraditório, em síntese, pode ser entendido como o direito de cada uma das partes de ser informada e de participar da realização dos atos e dos termos processuais, com a possibilidade de contrariá-los.

Assim como o contraditório, a ampla defesa está estampada no artigo 5º da CF. Trata-se de uma garantia constitucional de defesa com todos os meios de prova possíveis, de ordem técnica ou pessoal. A defesa técnica, que se dá por meio da assistência de profissional em Direito (advogado), garante ao acusado o acompanhamento de um profissional, o que impedirá uma escassa ou, até mesmo, uma ausência de defesa. Esse meio de defesa está explícito no artigo 261 do Código de Processo Penal: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

A defesa pessoal, assim entendida como aquela promovida pelo acusado, manifesta-se de maneira positiva ou negativa. Na primeira forma, o acusado traz a sua versão acerca dos fatos – ou até mesmo se coloca à disposição a fim de contribuir com a investigação (exemplo: dispor material para exame de DNA). Por seu turno, a defesa pessoal negativa é aquela em que o acusado pode recusar-se a produzir provas, exercendo seu direito de permanecer em silêncio perante o seu interrogatório ou deixando de colaborar com qualquer atividade investigatória.

Esta espécie de defesa está consagrada no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, bem como no artigo 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

No magistério do professor Alexandre de Moraes (2008, p. 111), podemos compreender a ampla defesa como um meio de segurança que é dado ao réu como condição para que este possa trazer para o período de instrução todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.

4.2 A Aplicação dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial

Há muita discussão na doutrina acerca da aplicação do princípio do contraditório na primeira fase da persecução criminal, no caso, o inquérito policial. Quanto ao princípio da

ampla defesa, não são tantas as controvérsias. Isso se verificará a seguir.

Como anteriormente exposto, uma das características do inquérito policial é a inquisitorialidade. Nesta fase, os atos desenvolvidos são presididos por apenas uma única autoridade, o delegado, que, atuando de ofício ou provocado, dirige o inquérito para o seu fim, qual seja, a elucidação acerca da materialidade e autoria de um crime.

Verifica-se que no inquérito prevalecem os atos probatórios, os quais embasam uma eventual e futura denúncia, haja vista que, até então, há somente a figura do indiciado e não a do acusado.

Aos investigados poucas chances, ou nenhuma, lhes são oportunizadas durante o procedimento, o qual se mantém fiel a sua essência há mais de um século. Sua modernização é de algo inarredável e, doutrina e jurisprudência apontam esse caminho. Admitir o contraditório e a ampla defesa durante esse procedimento é a conclusão que se mostra mais viável.

A processualização do inquérito policial é um dos modelos que hodiernamente é apresentado para o debate. Com ela, busca-se afastar a inquisitorialidade do inquérito policial e admitir, para tanto, o contraditório e a ampla defesa.

A doutrina que referencia a processualização do inquérito policial fundamenta a adoção dos referidos princípios. Sustenta que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal ratifica a garantia dos princípios no processo penal e traz um importante atributo que até então não existia, que é o direito ao contraditório nos processos administrativos e judiciais.

Já para parte da doutrina, diga-se majoritária, o inquérito policial é desprovido do contraditório, por entendê-lo como mera peça informativa e sem nenhum valor probante. Para esses doutrinadores, é durante a fase da ação penal que esses princípios devem ser aplicados em razão do contido no inciso LV, artigo 5º, da Constituição Federal.

Com a devida vênia a tal entendimento, segundo o qual, durante a ação penal ao acusado todos os meios de provas e de defesa lhe serão oportunizados, o que vemos na prática são muitas condenações baseadas em testemunhos e em confissões na fase de inquérito policial. Além disso, há diversas diligências que, se realizadas após a conclusão do inquérito, oferecimento e recebimento da denúncia, defesa prévia e audiência de instrução e julgamento, estão fadadas à inocuidade, principalmente em razão do decurso do tempo.

É que o juiz na falta de elementos de convicção formados durante a instrução criminal, socorre-se do inquérito policial para fundamentar as suas decisões.

Para a posição majoritária, a inserção do contraditório no inquérito pode ser vista como um aumento de burocracia na investigação criminal, haja vista que o investigado passaria a ter garantias somente existentes durante a ação penal.

Nesse íterim, Birkemayer *apud* Tourinho Filho (2012, p. 247) afirma que "não teria sentido admitir-se o contraditório na primeira fase da *persecutio criminis*, em que o cidadão-indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido".

Grande absurdo! Não há de se admitir que, em período de ampla expansão dos direitos e liberdades individuais consagrados pela Carta Magna, se fale que a pessoa ora investigada é mero objeto, e não detentor de direitos. É cediço que o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 é o acusatório, o qual visa à garantia de defesa ao sujeito passivo.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal deve sempre ser lembrado, pois garante expressamente o contraditório e a ampla defesa também aos processos administrativos.

Lopes Junior (2014) posiciona-se favorável à garantia do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. O autor defende o entendimento, acima exposto, de que o indiciado integra o termo "acusados em geral", sendo assim sujeito de direitos.

A admissão, e, por conseguinte, a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito são cabíveis, uma vez que se trata de procedimento administrativo, em que há conflito de interesses, com litígio, tornando-se necessárias as garantias essenciais ao processo.

Importante decisão proferida pela mais alta corte de nosso sistema judiciário, Supremo Tribunal Federal, abordou a temática nos seguintes termos:

O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto dominus litis - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de

eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial [...]. Extraído do acórdão proferido do Habeas Corpus n. 73271/SP, rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma Brasília, j. 19.3.1996.

A própria atuação do advogado no inquérito policial, consagrada pela Súmula Vinculante n. 14, já citada acima, aponta para o reconhecimento do contraditório e da ampla defesa no referido procedimento, afinal, assegura ao indiciado a ciência das provas produzidas naquela fase e o direito de contraditá-las, de arrolar testemunhas, de realizar questionamentos e também de não ser indiciado com base em provas ilícitas e de autoincriminação.

Logicamente, existem atos que devem, sim, ser mantidos em sigilo, mas temporariamente, devendo ser submetidos a, pelo menos, um contraditório diferido. Na mesma linha de raciocínio, com a obstrução de participação da defesa, os atos realizados deixam de ter valor probatório.

Reforça-se a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista a véspera da aprovação do novo Código de Processo Penal, que prevê a figura do juiz das garantias dentro do inquérito policial, assim como as atualizações doutrinárias e o amadurecimento da jurisprudência pátria, que servirão de suporte para novos desdobramentos sobre o tema.

Lopes Junior (2014) já aponta a figura do juiz das garantias como elemento fundamental para sanar a crise existente nesta fase pré-processual (leia-se inquérito policial): “Sem dúvida, é imprescindível instaurar uma fase intermediária contraditória, por um juiz distinto daquele que irá sentenciar [...] aquele que atua na instrução preliminar para autorizar ou denegara prática das medidas que limitem direitos fundamentais”.

Insta salientar que não se está defendendo neste artigo que a aplicação do contraditório e da ampla defesa deva prestar o papel de imprimir caráter procrastinatório ao inquérito policial, seja através do uso excessivo de requerimentos descabidos ou de diligências que não irão constituir ou desconstituir provas amealhadas na formação do caderno; mas, sim, de efetiva garantia dos direitos consagrados ao acusado.

A afirmação de que a participação do advogado atrapalha os procedimentos policiais de modo a prejudicar a resolução do fato criminoso é singela desculpa para afastar o contraditório da investigação criminal. Por outro lado, não havendo a contraditoriedade estará

se permitindo que as autoridades policiais abusem de seu poder, tratando o investigado como um simples objeto e não como um sujeito de direito, que é preconizado pela constituição.

O que se pretende é garantir as condições efetivas de defesa ao investigado, como por exemplo, a presença de advogado, o poder de fazer perguntas às testemunhas, de contraditá-las, de arrolar novas testemunhas e de ter participação e conhecimento dos resultados das realizações de diligências.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instituiu-se um processo penal acusatório, através da divisão das funções processuais: defesa, acusação e magistrado. No CPP, manteve-se o caráter inquisitório do inquérito policial, no qual o indiciado é muitas vezes tratado como figura subumana.

Esse tratamento demonstrou-se colidir com o sistema preconizado pela Carta Magna, por flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana, fundamentando-se condenações por provas obtidas no inquérito policial, no qual o investigado não teve oportunidade de se defender.

A presença do defensor no inquérito com os meios efetivos e necessários de defesa visam garantir os interesses sociais, sem afastar os direitos individuais.

O direito processual penal constitucional moderno, implantou no inquérito policial a garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme visto durante este estudo. São garantias fundamentais aos acusados em geral, o indiciado não pode mais ser tratado como mero objeto de investigação, e, sim, como sujeito de direito.

Conclui-se, que a aplicabilidade desses axiomas, contraditório e ampla defesa, tornam-se imprescindíveis na investigação criminal, tendo em vista que os elementos colhidos nessa fase são difíceis de se obter na instrução judiciária.

THE ADVERSARIAL PRINCIPLE AND FULL DEFENSE LAW IN INVESTIGATION POLICE INSIDE A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Vinícius Rech

ABSTRACT

This study aimed to clarify the applicability of the adversarial principle and the full defense law in the police investigation, bringing to light the doctrinal discussion on the subject. Currently police activity is dedicated to the investigation (research) of criminal offenses and statement of his own, using an inquisitorial system where the accused is presented as "suspicious", it does not have an "accused" and this it is considered ignores the observance of legal defense and contradictory, provided for in art. 5º, inc. LV, of the CF. The composition of this article highlights the opposite view to the prevailing understanding of the topic and is divided into three themes: procedural systems where the principles of systematic criminal proceedings are treated in accordance with the police investigation, their characteristics and applicable guarantees; and the third and main research exposes that all the arguments in favor of adoption of the principles of the contradictory and full defense in the police investigation. It's noteworthy that, so there is admission of these principles in this procedure, it is necessary to remove him from his inquisitorial character with the principles sculptured in the Federal Constitution, which must be above any rule of law. From this perspective extends to ensuring respect for human dignity, away from what is perceived in the current police investigation that, being trodden on an inquisitorial system the accused is often treated as the right object and not the holder of this right.

Keywords: Criminal procedure. Contradictory. Full defense law. Constitutional. Police investigation.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (*epub*).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2014 (*epub*).

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINHO, Marcelo. **Direito penal descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.