

O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial

Ana Raquel Gonçalves¹

Eduardo Henrique Puglia Pompeu²

Renata Lourenço Pereira Abrão³

Recebido em: 10.07.2023

Aprovado em: 13.07.2022

Resumo: o inquérito policial constitui um procedimento prévio realizado para apuração de delitos buscando a sua autoria e materialidade. No procedimento investigatório são realizados diversos atos que visam fundamentar a propositura de uma ação judicial. Ao argumento de que o inquérito policial não tem como objetivo o julgamento do acusado, ainda tentam justificar a presença de resquícios do sistema inquisitório como o cerceamento a defesa, deixando, por vezes de se observar, na íntegra, alguns princípios constitucionais nessa fase da persecução penal, como o direito ao contraditório e a ampla defesa. Não obstante, com base no Estado Democrático de Direito solidificado não é admissível a não incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa em atos que envolvam a imputação de um fato delituoso a alguém, razão pela qual deve ser feita uma releitura constitucional do inquérito policial. Pode-se concluir que há a necessidade de se garantir a observação efetiva dos princípios do contraditório e ampla defesa ao processo investigatório adequando-o aos moldes da Constituição vigente e ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: inquérito policial; sistema inquisitivo; contraditório; ampla defesa; aplicação; necessidade; estado democrático de direito.

¹ Aluno do 10º Período da Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail: raqueelana.gs@gmail.com.

² Revisor. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, com atuação em órgãos públicos e privados. Sócio no Rocha Dourado Advogados Associados. Membro do Conselho Fiscal da OAB/PREV MG, certificado pelo ICSS, e Membro da Comissão de Direito Médico da OAB Contagem.

³ Revisora. Advogada. Mestre em Direito Privado com distinção *magna cum laude*. Pós graduada em Direito Civil Aplicado. Pós graduada em Direito Imobiliário. Professora universitária e palestrante. Autora de livros e artigos jurídicos.

The contradictory and full defense in the police investigation

Abstract: the police investigation constitutes a previous procedure carried out for the investigation of crimes seeking their authorship and materiality. In the investigative procedure, several acts are carried out that aim to substantiate the filing of a lawsuit. Arguing that the police investigation is not intended to judge the accused, they still try to justify the presence of remnants of the inquisitorial system such as curtailing the defense, sometimes failing to observe, in full, some constitutional principles in this phase of prosecution criminal law, such as the right to adversarial proceedings and full defense. However, based on the solidified Democratic State of Law, it is not admissible that the principles of the contradictory and full defense are not applied in acts that involve the attribution of a criminal act to someone, which is why a constitutional re-reading of the police investigation must be carried out. It can be concluded that there is a need to guarantee the effective observation of the principles of the adversary and full defense of the investigative process, adapting it to the molds of the current Constitution and the Democratic State of Law.

Keywords: police inquiry; inquisitive system; contradictory; broad defense; application; need; Democratic state.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará o inquérito policial no Processo Penal brasileiro e a necessidade de observar-se, nessa fase preliminar, os princípios do contraditório e ampla defesa, a fim de se adequar a um devido processo penal constitucional.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, garante 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, previsão essa que também deve se estender ao inquérito policial, em acordo com o sistema acusatório penal adotado constitucionalmente.

Assim, tendo em vista que a Constituição traz consigo características de um sistema acusatório que garante que o acusado responda a um devido processo legal, amparado pela ampla defesa e contraditório, questiona-se se o inquérito policial, que ainda guarda resquícios de um sistema inquisitórios, deve-se se adequar aos moldes das garantias constitucionais, mesmo se tratando de um procedimento prévio e preparatório para a apuração de ato criminoso a fim de angariar elementos para subsidiar a justa causa para eventual propositura de uma ação penal,

Justifica-se a relevância do tema a importância da garantia dos direitos dos acusados em geral, assim como a incompatibilidade do Código de Processo Penal e seus sistemas já ultrapassados em relação à Constituição posteriormente promulgada.

Nesse contexto, o tema problema do presente trabalho consiste em analisar se é possível existir efetivamente a aplicação do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, sendo a problemática esclarecida sob uma abordagem qualitativa, visto que, o que se pretende é analisar a realidade jurídica constitucional em relação ao que se dispõe o procedimento investigatório pré-processual.

No primeiro capítulo será analisado sob a perspectiva do Processo Penal Democrático, perpassando pela história, conceituação e características acerca do Estado Democrático de Direito. Assim como abordou a instituição do sistema acusatório pela Constituição Federal ainda que não seja visualizada de forma pura.

O segundo capítulo abordou o devido processo legal para a introdução de um processo legítimo indicando sua aplicação na Carta Magna, e suas características, juntamente com os princípios do contraditório e ampla defesa como parte do devido processo e a necessidade desses de serem assegurados processualmente para que seja efetiva a legitimidade.

O terceiro capítulo versou sobre o inquérito policial sua natureza jurídica, e características acerca desse procedimento, indicou também sobre seu sistema inquisitorial e suas características e aplicação no inquérito policial.

Por fim, o quarto capítulo trabalhou acerca da caracterização do inquérito policial enquanto procedimento administrativo e a existência da necessidade de se aplicar os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa nessa fase preliminar.

Utilizou-se o método de pesquisa dialético por meio de revisão bibliográfica, haja vista que o presente trabalho pretende considerar os fatos acerca do atual contexto jurídico, político e social que o Ordenamento se encontra.

2 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

O processo penal representa um instrumento jurídico do Estado, no qual é exercido o *Jus Puniendi*, o direito de punir. Com a criação do Estado e o contrato social, é dado ao Estado o exercício do *Jus Puniendi*, para aqueles que rompem com as regras exigidas na sociedade, e para a aplicação do poder-dever do Estado de punir é necessário observar as garantias e princípios jurídicos instituídos pelo próprio Estado que será promovido através do processo penal.

Com a evolução da sociedade, e a instituição de um regime democrático é inevitável a imposição de um direito também democrático, que resguarde e garanta os valores sociais aplicados na medida de sua evolução. E uma das principais garantias da democracia é a liberdade, sendo, portanto, essencial que se estabeleça um processo penal que esteja em acordo com essa estrutura constitucional democrática, já que é através do instrumento processual penal que a liberdade pode ser cerceada, e para que isto ocorra é de suma importância que o fundamento legal seja respeitado, e que exista uma ligação entre constituição e a persecução penal.

O que torna indispensável para o exercício do direito de punição do Estado a observância dos princípios constitucionais-processuais, em especial o devido processo legal, que implica em observância de outros princípios como o contraditório e a ampla defesa, que vão garantir a legitimidade do Estado na aplicação da pena.

2.1 O Modelo de Sistema Acusatório e a Constituição Federal Brasileira

O Sistema processual penal 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 (Rangel, 2019).

No mundo contemporâneo, impera o sistema acusatório, que ao contrário do sistema inquisitivo, traz uma nítida separação das funções de acusar, defender e julgar, sendo que a função de julgar deve ser exercida por um juiz imparcial, sendo designado as partes de acusação e defesa posições igualitárias, onde a iniciativa de produção de provas cabe

exclusivamente as partes, afastando essa função do julgador. Nesse sistema é assegurado ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Aury Lopes Junior, explica o sistema acusatório na atualidade da seguinte forma:

Na atualidade – e a luz do sistema constitucional vigente – pode-se afirmar que a forma acusatória se caracteriza por:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- 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 (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o 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. (2019, p.26).

Referido sistema diferencia-se do sistema inquisitivo, no qual se confere ao juiz a função cumulativa de julgar e acusar, atuando de forma ativa na busca de uma denominada verdade real, onde o acusado é tratado como objeto e não sujeito de direitos não se observando o contraditório e a imparcialidade do julgador.

Lecionando acerca da diferenciação do sistema acusatório e inquisitivo, Renato Brasileiro de Lima ensina que:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova. (2020, p.44)

Sobre o tema, Eugenio Pacelli pontua:

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o *acusatório* seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos. (2018, p.24).

Verifica-se que uma diferenciação importante se refere ao sistema inquisitório confere ao magistrado as funções de acusar, defender e julgar encontra-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz, onde não há contraditório e, por isso mesmo, inexitem as regras de igualdade e da liberdade processual das partes, pois o processo era secreto e nenhuma garantia era conferida ao acusado.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 129, inciso I, aponta como função do Ministério Público promover a ação penal pública, tornando-o sujeito da acusação, promovendo para alguns juristas, como Fernando Filho e Renato Brasileiro de Lima, o entendimento de que o sistema adotado pela constituição é o acusatório, uma vez que há a divisão estabelecida das funções utilizadas no processo.

Segundo Nestor Távora (2016), a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 129, inciso I, mostra com clareza, qual sistema adotado no Brasil, o acusatório, esse argumento é reforçado com a inclusão do artigo 3º-A do código de processo penal pela Lei nº 13.964 de 2019 “O processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Sendo mais uma vez destacada a função de cada órgão, afastando o julgador de qualquer atividade que indique pressupostos de acusação.

Apesar de a Constituição Brasileira fundamentar o processo nos princípios do contraditório e ampla defesa, assim como pautar a imparcialidade do juiz, e, portanto, indicar um sistema acusatório, para parte dos estudiosos de processo penal, como Paulo Rangel, Aury Lopes Junior, isso não é suficiente para se afirmar que este sistema é aplicado de forma pura ou exclusiva, porquanto quando analisa-se a fase pré-processual é observado a inquisitorialidade no procedimento, assim como no próprio processo existem atos realizados de ofício pelo Juiz que contaminam a sua imparcialidade.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr afirma que:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao interrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.”(2016, p.29)

Paulo Rangel também entende que o Brasil não possui um sistema acusatório puro, haja vista, que certos momentos trazem traços inquisitoriais como na fase pré-processual, o inquérito policial classificado como um procedimento inquisitivo produz diversas provas e estas, mesmo durante a fase processual, regida pelo contraditório, são utilizadas nos autos do processo como verdade, mesmo que na sua propositura as garantias constitucionais não foram observadas.

Guilherme Souza Nucci considera um sistema misto:

[...] não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. [...] seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto. (2007, p. 104-105)

Portanto, é ineficiente afirmar a pureza do sistema acusatório aplicado no processo penal brasileiro, visto que em determinados momentos e atos, o princípio do contraditório, que pode ser considerado a base do sistema acusatório, é mitigado.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DE UM PROCESSO LEGITIMO

O devido processo legal é assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, que garante que ninguém será privado de sua liberdade sem que seja instaurado o devido processo legal. Embora muitos autores e jurisprudência pátria ainda limitem o devido

processo legal a um simples direito a um julgamento desenvolvido na forma da lei, com o desenvolvimento dos direitos fundamentais passou a ter contornos maiores que o simples condicionamento da perda de bens ou da privação da liberdade a um julgamento na forma da lei (SANTIAGO NETO, 2016, p.167).

Gustavo Henrique Badaró aponta o devido processo legal como:

[...] o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurado a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável.

Sendo assim é possível dizer que o devido processo legal é a forma garantista de um julgamento legítimo, trata-se de um percurso jurídico que deve ser traçado com base em fundamentos constitucionais e que só se concretizará se baseado em um sistema acusatório.

O devido processo legal (*due process of law*) é o princípio de repercussão direta mais relevante no que tange ao processo penal, inserido em uma ordem constitucional que não mais o considera apenas como ferramenta a favor do poder punitivo, mas também como instrumento limitante deste e protetor do indivíduo que a ele se submete. (LOPES, 2016, p.59)

Referido princípio estabelece a imprescindibilidade de todas as garantias intrínsecas ao processo e relacionadas ao sujeito imputado e engloba, de certa forma, os demais princípios processuais, dentre eles o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Sobre referido princípio, Aury Lopes Júnior pontua que as garantias dispostas pelo constituinte aos sujeitos processuais não se confundem com o mero legalismo, processualismo ou formalismo. São, em verdade, ferramentas de tutela dos direitos fundamentais, os quais são a própria razão da existência do Estado e do Direito, constituídos senão para esse desígnio.

3.1 Princípios do Contraditório e Ampla Defesa

Como foi abordado no capítulo anterior o estado democrático de direito traz ao Estado poder de punir, substituindo a vingança do particular ao indivíduo, e, com a evolução

social e conseqüentemente do Direito, o processo para que essa punição ocorra necessita da observação de princípios e garantias constitucionais tais como o contraditório e a ampla defesa.

A Constituição Federal traz como garantia esses princípios em seu artigo 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”. Assim como o Pacto de São José da Costa Rica, garante o contraditório e a ampla defesa no art. 8º:

Art. 8o Garantias Judiciais¹. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (San José de Costa Rica, 1969).

São os princípios da salvaguarda dos direitos do arguido, possibilitando que no processo penal, possam ser aduzidos todos os elementos que possam esclarecer a autenticidade dos fatos, o princípio da ampla defesa e contraditório estão ligados a outros princípios básicos bem como o estado democrático de direito.

3.1.1 Princípio da Ampla Defesa

O acusado tem direito à autodefesa, mas para que a defesa seja válida, deve ser pautado por defesas técnicas, tendo muito a contribuir, pois conhece os fatos, mais desconhece os direitos, uma vez que a defesa técnica conhece os direitos e as possibilidades do processo penal, sendo as defesas complementares no processo penal, será eficaz o contraditório.

O princípio da ampla defesa consiste na garantia de que qualquer pessoa que esteja em um procedimento legal tenha acesso à defesa, sendo esta técnica ou legal. Essa assistência decorre de uma obrigação constitucional ao Estado conforme dispõe o artigo 5º, inciso 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”. Dessa maneira o acusado em qualquer processo tem a garantia de se defender de todas as acusações realizadas contra ele.

3.1.2 Princípio do Contraditório

O contraditório é constituído pela bilateralidade das partes na lide, sendo presumida a igualdade entre defesa e acusação, no qual a defesa não pode sofrer restrições para elaborar métodos que comprovem sua tese.

Sobre esse assunto Aury Lopes Jr disciplina que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. (LOPES JR. 2016, p.53)

Isto posto, também se faz presente neste princípio a necessidade de que as partes estejam cientes de todos os atos e acusações realizados, para que formule e fundamente sua defesa, assim como é importante que os mesmos instrumentos utilizados pela acusação também sejam disponibilizados à defesa. Um processo somente será eficiente e eficaz se houver a observação destes princípios.

4 O INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, embora não conceituado pela legislação pátria, é um procedimento de competência da Polícia Judiciária, que tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria, nos termos do art. 4º, do Código de Processo Penal.

Trata-se de um dos modelos de investigação preliminar existente, configurando-se em um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária no qual se busca encontrar a materialidade e indícios de autoria de um crime praticado. É no inquérito policial que se instaura os primeiros instrumentos e produções de prova pelas quais darão embasamento para embasar a justa causa para o a ação penal.

Portanto é no inquérito que se inicia a persecução penal. Sobre o inquérito policial, Renato Brasileiro leciona:

A partir do momento em que determinado delito é praticado, surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução criminal em juízo, é indispensável a presença de elementos de informação quanto à autoria e quanto à materialidade da infração penal. De fato, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, faz-se necessária a presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor. Aliás, o próprio CPP, em seu art. 395, inciso III, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, aponta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal como uma das causas de rejeição da peça acusatória. (LIMA, 2020, p.176)

O inquérito policial pode ser caracterizado como dispensável, podendo o Ministério Público realizar a propositura da ação penal sem este procedimento desde que os requisitos necessários sejam preenchidos. (RANGEL, p.154) Nesse sentido o inquérito também é caracterizado como um procedimento preliminar, uma vez que, ocorre antes do ajuizamento da ação penal, para se adquirir os elementos de autoria e materialidade necessários a continuidade da persecução penal. Sendo importante destacar que o inquérito tem valor apenas informativo, e não deve emitir nenhum tipo de juízo de valor. (RANGEL, p.154)

A natureza jurídica do inquérito é considerada como procedimento administrativo pré-processual, o Código de Processo Penal no artigo 4º elege a competência dos atos do inquérito a polícia judiciária, mas o inquérito não precisa ser essencialmente policial, havendo a possibilidade de outras autoridades realizarem investigação preliminar, não será abordado tais tipificações visto que o foco do presente artigo é o inquérito policial. Apesar de ser uma atividade conduzida pela polícia judiciária o Ministério Público é legitimado a solicitar a instauração e participar ativamente no acompanhamento do inquérito, sendo, contudo, a direção realizada pela polícia. (AURY, 2016, p.66)

O inquérito tem caráter sigiloso, escrito e inquisitivo, visto que neste procedimento não alcança o direito ao contraditório. Para Badaró o direito a ampla defesa é constituído durante a investigação no inquérito nos atos de defesa como declarações defensivas, direito de ficar em silêncio; e por outros meios (jurisdicionais) como impetração de mandado de segurança e habeas corpus. (BADARÓ, p. 116) Contudo, Norberto Alvena leciona que nem mesmo a garantia a ampla defesa é desenvolvida na fase de investigação.

[...] não são inerentes à sindicância policial as garantias do *contraditório* e da *ampla defesa*. Trata-se o inquérito, assim, de um procedimento inquisitivo, voltado, precipuamente, à obtenção de elementos que sirvam de suporte ao

oferecimento de denúncia ou de queixa-crime (função preparatória do inquérito). (AVENA, 2017, p.212)

Apesar da discordância entre a aplicação de fato da ampla defesa no inquérito, é unânime na doutrina a não observância do contraditório no procedimento pré-processual. Rangel entende que o contraditório não é compatível com a natureza do procedimento administrativo, visto que, o investigado não está sendo acusado, mas somente investigado, devendo esse princípio ser aplicado somente no exercício jurisdicional. (RANGEL, 2019, p.)

Esta fase preliminar de investigação realizada pela polícia judiciária é de suma importância para subsidiar a propositura da ação penal pelo Ministério Público, lastreada em justa causa, ou seja, ela vai fornecer os elementos necessários para que se inicie a ação penal. Acerca da finalidade do inquérito policial Badaró entende que:

[...] Não visa atingir a certeza, mas sim um juízo de probabilidade. Há, pois, uma limitação qualitativa na finalidade da atividade policial. Com isso, o inquérito policial já terá atingido a sua finalidade de colheita de fontes de provas e de elementos de informação aptos à caracterização de justa causa para a ação penal. Evidente que, se no curso da atividade normal de investigação já se descobrirem e desvendarem plenamente a ocorrência do crime e a sua autoria, tanto melhor. Entretanto, não tem sentido, depois de o inquérito policial já ter obtido elementos de informação suficientes para que o Ministério Público ou o querelante possa oferecer a denúncia ou queixa, retardar a propositura da ação penal em razão da realização de investigações inúteis, mormente porque não poderão servir de base para a formação do convencimento judicial, que deverá apreciar a prova produzida em contraditório judicial. (BADARÓ, 2015, p.114)

Dessa forma, conclui-se que o inquérito possui a finalidade de convencer o Ministério Público quanto à probabilidade do crime e de sua autoria, e não investigar até que se comprove o fato. Aury Lopes Junior aponta um problema no sistema de investigação realizado pela polícia no inquérito, caracterizando-o como normativamente sumário, em razão da investigação seguir até a comprovação do fato, o que prolonga além do necessário o procedimento. O que é inapropriado, já que a comprovação do fato deveria ser realizada apenas em juízo. (Aury, 2016, p.70)

Ainda nesse sentido Aury Lopes Junior aponta que:

Parte da culpa vem dada pela má valoração dos atos realizados, pois, se realmente fossem considerados meros atos de investigação, não haveria justificativa em estender uma atividade que esgota sua eficácia no oferecimento da ação penal. O problema nasce no momento em que o inquérito acompanha e integra os autos do processo e passa a ser valorado na sentença, ainda que sob a

fórmula de “cotejado com a prova judicial”. Esse equivocado entendimento do valor probatório dos atos do inquérito é mais uma causa justificadora da investigação. (AURY, 2016, p.70-71)

Nesse sentido é possível entender que a finalidade do inquérito de apenas fornecer comprovação de materialidade e autoria acaba se estendendo a uma comprovação do fato, deixando de ser uma investigação de convencimento da propositura de uma ação penal, e passando a ser uma conclusão do caso, figurando com valoração na fase judicial, visto sua inclusão nos autos. O que deveria ser questionado, pois, levando em consideração a inquisitorialidade do inquérito, os atos realizados nessa fase, em regra, não devem ter valor probatório.

Dessa forma, é possível entender que o procedimento preliminar de investigação deve colher apenas as informações necessárias para a propositura da ação penal, não havendo necessidade de estender a investigação para se produzir provas com o intuito de concluir o caso, e já lhe propiciar um desfecho, que poderá induzir ao acusado o papel de culpado já na propositura da ação penal, pois deve se considerar que inquérito não se garante o direito ao contraditório, este só será assegurado ao acusado na fase judicial.

Conclui-se que o inquérito trata-se, portanto, de um procedimento prévio, com características inquisitivas, que não asseguram ao acusado o direito ao contraditório.

4.1 Sistema Inquisitorial no Inquérito Policial

O sistema inquisitivo se contrapõe ao modelo de sistema acusatório, como visto no primeiro capítulo deste artigo, o sistema acusatório baseia-se num estado democrático de direito que abrange as garantias e direitos fundamentais do acusado, e sendo assim para a efetiva realização de um devido processo legal é necessário o afastamento da figura do julgador dos atos de acusação, separando as partes processuais, e individualizando suas funções em julgar, acusar e defender, o que não ocorre no sistema inquisitivo.

No sistema inquisitivo se destaca principalmente pela pessoa do juiz que neste sistema atua como julgador e acusador, todos os atos praticados para o convencimento do juiz são realizados por ele mesmo. Aury Lopes Júnior caracteriza o sistema inquisitivo da seguinte maneira:

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz. (2015, p.112)

De tal modo é possível compreender a total ausência da garantia do princípio do contraditório neste modelo de sistema processual, uma vez que não é possível a aplicação imparcial do julgamento, o acusado não tem mecanismos que o beneficie na produção da defesa.

Esse sistema foi inserido no direito por volta do século XI pela Igreja Católica, que historicamente buscava a aplicação de sanções para sanar seus interesses frente a quem se opusesse a eles. (LOPES JR, 2020, p.209)

Neste contexto, é possível observar que a aplicação deste sistema nos dias atuais e, principalmente, com o advento da democracia se torna ultrapassado e injusto, visto que em um estado democrático de direito, como é indicado no primeiro capítulo do presente artigo, necessita da aplicação das garantias individuais e sociais, assim como a observação da aplicação de princípios fundamentais, como os do devido processo legal para que a busca e a aplicação do poder-dever do Estado de sancionar a infração seja justa.

Não obstante, o inquérito policial possui várias características definidas pela doutrina como ser escrito, sigiloso entre outros, neste tópico, no entanto, será focado na principal característica deste procedimento que é a inquisitorialidade.

E como observado anteriormente autores como Rangel e Renato Brasileiro de Lima a aplicação do sistema inquisitivo no Inquérito Policial se faz necessário visto a característica investigatória do procedimento, e que por se tratar de um procedimento meramente admirativo é possível que não se observe as garantias do devido processo legal, já que este não poderá contaminar o processo judicial.

No entanto a inquisitorialidade do inquérito ainda sim pode ser questionada, uma vez demonstrado o Estado democrático de direito e a incompatibilidade com o sistema inquisitivo, se faz necessário alterações e adaptações nesse procedimento, que cada vez mais, segue um caminho para se adequar ao sistema acusatório. Por conseguinte, a

atuação do advogado nos autos do procedimento investigatório ainda que este tenha natureza sigilosa.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 133 sobre a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, fundamentando essa garantia constitucional a Lei 8.906/94 no artigo 7º disciplina:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

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

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

apresentar razões e quesitos;

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

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

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

Nesse sentido, na atualidade do sistema processual brasileiro, é garantido ao investigado a presença do advogado, e este poderá ter acesso aos autos investigatórios e até mesmo apresentar diligências no procedimento investigatório, sendo esses atos tentativas de introdução a garantias de defesa, tanto a ampla defesa quanto ao contraditório, visto que o sigilo ao advogado poderá ocorrer em atos investigatórios ainda em curso, mas não quando estes já estiverem sido documentados.

Portanto é possível visualizar uma necessidade de adequação do inquérito policial em direção ao sistema acusatório, tendo em vista, como foi abordado anteriormente, a tentativa já existente de inserir atos de defesa no inquérito, a constituição tutela os direitos do acusado em todo o processo de maneira ampla, sendo importante a garantia desses mesmos direitos no procedimento pré-processual para que se encaixe a ordem constitucional brasileira, assim como ao Estado democrático de direito.

5 A CARACTERIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 torna-se passível a discussão acerca do princípio do contraditório e da ampla defesa e sua aplicabilidade junto ao inquérito policial, pois prescreve seu artigo 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”.

A doutrina brasileira, de forma dominante, tem sustentado que no inquérito policial não tem atuação os princípios do contraditório e da ampla defesa, assertiva que vem, normalmente, acompanhada de considerações genéricas, sobre a existência de acusado na fase da investigação criminal e sobre a natureza inquisitiva do inquérito policial, que, nessas condições, não comportaria atuação da defesa. (ROVEGNO, 2005)

Todavia, apesar da natureza inquisitiva do inquérito dado toda a estrutura processual e a continua evolução sistêmica desde a promulgação da Constituição Federal a uma direção democrática e garantista, a utilização de um procedimento processual penal neste formato é um grande problema, pois conflita com os direitos que são assegurados pela Carta Magna, sendo que esta fomenta os direitos fundamentais e a observância do devido processo legal, a atribuição de Estado democrático instituído a partir da constituição não deveria suportar o sistema inquisitivo em seu ordenamento, dado as suas características limitantes aos direitos processuais-constitucionais, como o contraditório.

Grande parte da doutrina afirma que ao inquérito policial não é possível incidir o inciso LV, do art. 5º da CF/88, em razão do termo utilizado pela legislação sendo *processo administrativo* e, que, portanto, não inclui o termo procedimento não incidindo a

aplicabilidade do referente artigo. Quanto a este assunto Aury Lopes Junior leciona o seguinte:

A postura do legislador constitucional no art. 5º, LV, foi claramente garantidora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para a sua aplicação no inquérito policial.

Tampouco pode ser alegado que o fato de a Constituição mencionar *acusados* e não *indiciados* é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas sim **acusados em geral**, devendo ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo. Em outras palavras, é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. (AURY, 2020, p.251)

No entanto esse não é o único ponto de discursão acerca da inaplicabilidade dos princípios constitucionais ao inquérito, como foi observado no capítulo anterior o inquérito policial tem natureza inquisitiva e esse sistema não é compatível com tais garantias.

A constituição federal de 1988 foi constituída em prol da democracia, trazendo com ela diversas garantias que decorrem de um estado democrático de direito, o Código de Processo Penal foi elaborado bem antes da constituição, em um momento em que o Estado Brasileiro não atingia um modelo garantista, foi criado no período de governo ditatorial da era Vargas (1937-1945) assim como trouxe de grande inspiração o Código de Processo Penal italiano de 1930 que foi também elaborado em um período ditatorial e fascista em pleno governo Mussolini. (SANTIAGO NETO, 2016, p.171)

Sendo assim, com a constituição federal em vigor era previsível um conflito com a legislação anteriormente vigente, pois se tratava de outro momento do Direito Estatal, no qual a prioridade antes era os direitos estatais (o interesse público) sobre os direitos individuais.

Com a promulgação da Constituição os direitos e garantias individuais foram fortemente tutelados tornando o Estado brasileiro em um estado garantista e democrático.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse âmbito o processo Penal enquanto instrumento do Estado para que exerça o direito de punir a quem rompe com as regras existentes na sociedade, dado a evolução do

ordenamento jurídico em direção a um Estado democrático de direito, faz-se imprescindível à instituição do devido processo legal. Em tese o sistema processual penal aplicado é o acusatório, sistema esse que se garante os princípios agregados ao devido processo legal, e que melhor se adequa aos moldes constitucionais.

Os princípios do contraditório e ampla defesa asseguram os direitos do arguido e possibilita o esclarecimento de todos os fatos no processo dessa forma garante a legitimidade do procedimento.

Desta forma, no inquérito policial que configura-se em procedimento administrativo, e com natureza inquisitiva restringe a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob a justificativa de que por se tratar de um procedimento não é acolhido pelo inciso LV, do art. 5º e que tais princípios não são compatíveis com a natureza dessa fase pré-processual.

No entanto, partindo do entendimento de que a única impossibilidade para que não seja aplicável o inciso LV do art. 5º da constituição ao inquérito policial seria apenas a terminologia entre processo e procedimento conforme entendimento doutrinário de Aury Lopes Jr é possível superar tal argumento, uma vez que, é evidenciada a intenção do legislador de generalizar e abranger a garantia desses princípios a qualquer indício de acusação, sendo, portanto, passível sim de ser garantido o contraditório e ampla defesa no procedimento investigatório.

Acerca do questionamento se atualmente a investigação em quanto procedimento administrativo de natureza inquisitiva é compatível com a natureza constitucional, deve-se observar que a constituição deste procedimento foi instaurada em um momento do Direito totalmente diverso do atual e que provavelmente a forma deste deva ser reformulada para os novos moldes constitucionais.

Nesse contexto, e diante da atual ordem constitucional que adota os princípios do sistema acusatório, percebe-se a necessidade de uma releitura do inquérito policial, a fim de se garantir a observância, também nessa fase preliminar em que se colhe elementos para subsidiar a justa causa de eventual ação penal, para que se evite qualquer valoração

probatória nesta fase, e que se garanta um processo e procedimento legítimo, que só ocorrerá com implementação de um sistema acusatório nessa fase.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Método, 2017.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.
- BARBOSA, Emerson Silva. *O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial*. v.3. n.1, jan./jun. 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 281
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *O devido processo legal e o (IN) devido processo penal Brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do código de processo penal*. v.3, n.1, jul./dez. 2016.
- TAVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.