

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO**

RICARDO LUDWIG MARIASALDI PANTIN

O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

**São Paulo
2013**

RICARDO LUDWIG MARIASALDI PANTIN

O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Trabalho de Pós-Graduação "*Lato Sensu*"
apresentado como parte das atividades para a
obtenção do título de Especialista em Direito
Processual Penal pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo.

Orientador: Prof. Doutor Cláudio José Langroiva Pereira

São Paulo
2013

RICARDO LUDWIG MARIASALDI PANTIN

O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Trabalho de conclusão de Pós-Graduação
“*Lato Sensu*” apresentado como parte das
atividades para a obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Penal pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aprovado em junho de 2013.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal, Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira, pelas valiosas orientações na confecção deste trabalho e pelos ricos ensinamentos oportunizados e ao Professor Doutor Luiz Guilherme Arcaro Conci pelas oportunidades concedidas e sincera e franca amizade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS GERAIS DE PROCESSO PENAL NORTEADORES DO INQUÉRITO POLICIAL	12
1.0 Considerações iniciais	12
1.1 Princípio do devido processo legal	13
1.2 Princípios da ampla defesa e do contraditório	14
1.3 Princípio do estado de inocência	16
1.4 Princípio da vedação às provas ilícitas	17
1.5 Princípio da proporcionalidade	19
1.6 Princípio da publicidade	20
1.7 Princípio da oficialidade	23
1.8 Princípio da obrigatoriedade	24
1.9 Princípio da indisponibilidade	25
2 DIGRESSÃO HISTÓRICA DO INQUÉRITO POLICIAL	26
2.0 Considerações iniciais	26
2.1 Inquérito policial na história das civilizações	26
2.2 Ordenações Filipinas e Manuelinas	30
2.3 Relato da evolução do Processo Penal e do Inquérito Policial na História Brasil	32
2.4 O Inquérito Policial e o Código de Processo Penal como frutos da Ditadura	38
3 ANÁLISE PROCEDIMENTAL DO INQUÉRITO POLICIAL	42
3.0 Considerações iniciais	42
3.1 Sistemas de Processo Penal	43
3.1.1 Sistema acusatório	43
3.1.2 Sistema inquisitivo	45
3.1.3 Sistema misto	46
3.1.4 Sistema adotado no Brasil	47
3.2 Da Polícia Judiciária	50
3.3. Do inquérito policial: Conceito, Finalidade e Natureza Jurídica	51
3.4 Características do inquérito policial	53
3.4.1 Escrito	54
3.4.2 Sigiloso	54
3.4.3 Indisponível e obrigatório	57
3.4.4 Dispensável	57
3.4.5 Inquisitivo	58
3.5 Formas de instauração do inquérito policial	58
3.6 Procedimento	60

3.7	Indiciamento	64
3.8	Nulidades	66
4	IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL	68
4.0	Considerações iniciais	68
4.1	Inquérito policial no Direito Comparado	68
4.2	Importância do inquérito policial na persecução penal brasileira e seu valor probatório	70
4.3	Participação do indiciado no inquérito policial	74
4.4	Participação do advogado no inquérito policial	76
4.5	Análise crítica dos argumentos contrários à aplicação do contraditório no inquérito policial	77
	CONCLUSÃO	82
	BIBLIOGRAFIA	84

RESUMO

Os direitos evoluem no protrair do tempo, fruto de demandas sociais reprimidas e de novos contextos sociais e políticos que levam à sua positivação. No entanto, nem sempre a positivação desses direitos alcança a contemporaneidade das exigências sociais, necessitando de técnicas interpretativas e do cotejo de normas, sobretudo daquelas que se encontram subordinadas à Constituição e cuja positivação não sofreu a atualização necessária, restando esse trabalho aos operadores do direito. O presente trabalho buscou, em face desse contexto, situar o Inquérito Policial previsto no Código de Processo Penal na sede da principiologia e do garantismo presente na Constituição de 1988 com vistas a harmonizá-lo sobretudo ao Contraditório que constitui princípio regente na ordem processual brasileira, segundo as mais modernas diretrizes que lhe norteiam.

ABSTRACT

Rights evolve in a bulging of the time, the result of repressed social demands and new social and political contexts that lead to their positiveness. However, not always positivization these rights reaches the contemporary social requirements, requiring interpretative techniques and collation standards, especially those that are subordinate to the Constitution and whose positivization not undergone the necessary update, leaving that job to the law enforcement . The present study sought, given this context, situating the police inquiry under the Code of Criminal Procedure at the headquarters of the principles, and garantismo present in the 1988 Constitution with a view to harmonizing it above the adversarial principle which constitutes a procedural ruling in Brazilian according to the latest guidelines that will govern.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente dissertação é analisar a importância da aplicação do Princípio Constitucional do Contraditório no Inquérito Policial, na medida em que possa garantir a participação e acesso a informações ao investigado, a fim de concretizar os direitos concedidos Constitucionalmente a todos os cidadãos que enfrentam investigações de qualquer natureza.

Primeiramente abordaremos o tema dos Princípios Constitucionais aplicáveis a fase pré-processual penal, a fim de desmitificarmos entendimentos que não aceitam sejam dadas garantias como a ampla defesa e o contraditório ao investigado. Demonstraremos com exemplificações a importância de se preservar os direitos e garantias do investigado, tendo em vista que nossa Constituição Federal visa a concretização de um Estado Democrático de Direitos.

O segundo capítulo do presente trabalho tratará sobre os aspectos históricos do Inquérito Policial, analisando onde surgiu, como tomou forma na Idade Média com o Direito Canônico e como tem sido tratado durante a história legislativa processual penal brasileira.

Nesse íterim, mostraremos como o contexto histórico influenciou cada Constituição promulgada ou outorgada no Brasil e consequentemente a legislação processual penal que em seu bojo trazia as características da peça pré-processual da época.

Ainda em relação ao histórico do Inquérito Policial, nos concentraremos em falar um pouco sobre o contexto em que surgiu esse procedimento – a ditadura Vargas- o que influenciou suas características inquisitivas e arbitrárias, consolidadas

no Código de Processo Penal de 1941, o qual vige ainda hoje apesar muitas de suas normas se encontrarem em total dissonância com a Constituição de 1988.

O terceiro capítulo abordará de forma sucinta as características, finalidades e procedimentos que constituem o Inquérito Policial desenhado pelo Código de Processo Penal de 1941. Através dessa análise será possível verificar que o procedimento inquisitivo tem como principal finalidade dar base empírica para a propositura da ação penal, através da busca da autoridade policial competente de indícios de materialidade e autoria que levem o órgão competente a formar sua *opinio delicti*.

No ultimo capítulo trataremos mais precisamente sobre o Princípio do Contraditório aplicado ao Inquérito Policial. Será necessário para isso uma pequena análise da importância que procedimento têm para o processo penal na medida em que poderá ser utilizado como prova pelo juiz em dadas circunstâncias e sem dúvida é elemento essencial para a formação do convencimento do magistrado. Além disso, apresentaremos como se dá atualmente a participação do indiciado e de seu procurador na realização das diligências investigativas e a como seria essencial para dar maior legitimidade a essa fase a abrangência dessas oportunidades.

No ultimo tópico decidimos desbravar os argumentos utilizados contra a aplicação do Princípio do Contraditório no Inquérito Policial, analisando criticamente até que ponto constituem um esforço doutrinário e jurisprudencial para tentar adequar esse procedimento com características obsoletas a atual Constituição Federal. Nesse ínterim, demonstraremos os argumentos a favor da aplicação do citado Princípio, que a nosso ver têm espaço para ser aplicado ainda que se modo restrito.

Contudo, nossa intenção é fomentar a discussão sobre o tema fornecendo instrumentos para tanto e sempre tendo em vista a Constituição Federal como norte,

a qual visa garantir direito a todos meios para concretização de um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS GERAIS DE PROCESSO PENAL NORTEADORES DO INQUÉRITO POLICIAL

1.0.Considerações Iniciais

Antes de adentrar ao estudo do inquérito policial e mais precisamente a necessária aplicação do contraditório durante o procedimento inquisitivo, faz-se necessário uma análise dos princípios constitucionais gerais aplicáveis a este, a fim de garantir os direitos do investigado, uma vez que antes de assumir essa condição trata-se de ser humano e por isso, detentor do direito à dignidade da pessoa humana e das demais garantias fundamentais embasadoras de um Estado Democrático de Direito.

Os princípios diferenciam-se das normas por possuir maior carga valorativa e serem utilizados como verdadeiros norteadores da aplicação do direito prescrito.

Destaca-se, nesse ínterim, os ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹:

“[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-

¹BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costuram suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.”

Nesse sentido, são de suma importância no processo penal, pois asseguram os direitos do investigado, posto estar inseridos na Carta Magna, sendo obrigatório, portanto que qualquer lei, regulamento, ou ato administrativo os observe.

Nessa monta, são aplicáveis ao Inquérito Policial, os princípios constitucionais, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do estado de inocência, da verdade real, das provas ilícitas, da paridade de armas, da publicidade, do indiciamento motivado e fundamentado, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da oficialidade entre outros.

1.1.Princípio do Devido Processo Legal

Princípio consagrado pela Carta Magna Inglesa de 1215 com expressão “*bythelawoftheland*” (lei da terra), tendo seu nome modificado para “*dueprocessoflaw*” (devido processo legal), não perdeu seu significado histórico, pois buscou maior proteção contra os mandamentos reais e hoje é garantia incontestável contra ações arbitrárias de autoridades.

O art. 5º, LIV da Constituição Federal prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, é necessário que haja um processo válido, no sentido de possuir procedimentos anteriormente

estabelecidos que assegurem a defesa e apuração dos fatos, e eficaz para que possa surtir efeitos quanto à concretização dos direitos pleiteados.

No direito penal e processual penal esse princípio tem ainda maior importância, pois protege de arbitrariedades os direitos fundamentais à vida, à propriedade e à liberdade, determinando que o Estado só exerça o *jus puniendi* contra quem passou por um processo legal transitado em julgado, onde se provou inequivocamente a existência de materialidade e autoria da infração.

Nessa monta, verifica-se que é imprescindível que o inquérito policial se constitua de um procedimento claro, com regras previamente estabelecidas para garantir os direitos do investigado, a fim de que a autoridade não abuse de seu poder e acabe por ferir direitos constitucionalmente garantidos.

1.2. Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

A Constituição Federal trás em seu bojo, no art. 5º, LV a garantia desses dois princípios, os quais conforme expressamente prescrito pela norma fundamental, devem nortear o processo judicial e administrativo, bem como ser assegurado aos “acusados em geral”.

A corrente que sustenta a impossibilidade da aplicação desses princípios afirma que esta fase não consiste em processo de partes para que haja aplicação do contraditório, já que não existe ainda qualquer acusação para que o investigado se defenda de maneira ampla.

Para alguns autores o Inquérito Policial é visto como um processo administrativo, tendo em vista ser composto por um conflito de interesses, com existência de litigantes, o que proporciona uma carga processual e origina a

necessidade de garantias inerentes ao processo, assim a previsão constitucional seria expressa em relação à aplicação desse princípio no inquérito.

Outros autores, contudo, defendem que a ampla defesa é princípio que deve ser interpretado de forma extensiva, pois é inerente ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, mesmo em estado de exceção esse princípio não pode desaparecer, porque emana da condição de ser humano e é indispensável para garantir a dignidade.

Em desacordo com o argumento que sustenta a não aplicação do princípio do contraditório na fase pré-processual é possível dizer que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo construída com a *notitia criminis*, posto não se terem indícios de autoria e materialidade, o que caberá ao inquérito policial. Já o processo trata-se de acusação em sentido estrito, existindo nessa fase maior concretude e substanciarão para acusações aptas a mover o judiciário.

Nesse viés, Aury Lopes Jr² entende que:

“é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado”

Dessa forma, no Inquérito Policial devem ser observados esses valores através da participação do indiciado e de seu representante legal na fase pré-

²LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 3.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

processual sugestionando provas, tendo acesso aos autos do inquérito, indicando meios de prova a seu favor entre outros direitos.

1.3. Princípio do estado de inocência

Advém desse princípio a máxima: “ninguém pode ser considerado culpado até que se prove o contrário”. Porém, a constituição Federal no art. 5º LVII, vai além do referido ditado e garante a necessidade de “sentença de ação penal condenatória com trânsito em julgado” para que qualquer pessoa possa ser condenada e punida.

Com esse princípio se privilegia o estado natural de inocente do acusado, cabendo ao órgão acusador o dever de provar sua culpa para que ele não corra o risco de sofrer quaisquer efeitos punitivos ou restritivos de direitos injustamente.

Sobre esse princípio leciona Guilherme de Souza Nucci:

“Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não a defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu³.”

Dessa forma, ressaltando-se a possibilidade de aplicação de medidas cautelares e restritivas de direito quando se constatar a necessidade e autorização legal e o indiciado não terá nenhum de seus direitos suprimidos, sendo tratado como inocente.

³NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008,p.81.

Importante destacar o direito a integridade física e moral disposto no art. 5º, XLIX da Carta Magna, o qual deve ser interpretado amplamente para abranger não só aos presos, mas também os acusados em geral e indiciados em inquérito policial. Dessa forma, conclui-se ser vedado qualquer tratamento desrespeitoso e vexatório por parte das autoridades policiais para com o investigado, pena de se responder com abuso de autoridade independente de sanções administrativas, além de indenização civil contra o Estado.

1.4. Princípio da Vedação as Provas Ilícitas

A esse respeito e com vistas à vedação constitucional do art. 5º, LVI o Código de Processo Penal estabelece:

“Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

De acordo com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci⁴, *“ilicitude é o gênero, do qual se difunde várias formas de ilegalidades [...]. Para efeito didático, pode-se dividir a ofensa a normas penais e a lesão a normas processuais, resultando nas provas ilegais (as primeiras) e nas ilegítimas (as segundas).”*

A doutrina fazia diferenciação diversa quanto às provas ilegais, ilícitas e ilegítimas. Porém, com a Lei 11.690/2008, que alterou a redação do art. 157, do Código de Processo Penal passou-se a considerar ilicitude como gênero e como espécie as provas ilegais, que violam as normas materiais e as ilegítimas que violam norma de cunho processual.

⁴NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípio Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p-325.

Em relação à aceitação de provas ilícitas no processo há correntes que entendem que podem ser aceitas em nome da verdade real, a qual deve sempre ser o fim precípua do processo. Porém, corrente majoritária sustenta a rejeição a qualquer prova ilícita no processo.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover⁵ leciona que a aceitação de provas ilícitas infringiriam o padrão imposto pela Carta Magna, tendo em vista que os preceitos processuais contidos na Carta Magna são garantias necessárias a se manter a ordem pública, a segurança jurídica e a boa condução do processo.

As provas ilegítimas, que violam preceito processual, podem ser nulas ou anuláveis, conforme o vício gerado. Havendo mera falha de procedimento, aplicar-se-á os art.(s) 563 e 566 do Código de Processo Penal que prescrevem que o ato só será declarado nulo, se causas resultarem em prejuízo às partes ou se influir na apuração da verdade e na decisão do juiz.

Todas as provas produzidas em flagrante violação a norma processual, que indiquem a forma pela qual deveria ser produzida, constitui em vício grave e por isso não são admissíveis no processo, devendo ser desentranhadas. A parte poderá pedir a retirada da prova a qualquer tempo, pois esse direito não preclui e o próprio magistrado constatando a ilicitude poderá fazer *ex officio*.

A Constituição Federal faz menção ao tratar sobre a ilicitude das provas, esse termo deve ter interpretação ampla, abrangendo também o procedimento e dessa forma aplicável ao inquérito policial.

Não admitir a aplicação do presente princípio na fase pré-processual, sob o argumento da inexistência de nulidade na fase investigativa, seria o mesmo que

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho - *As Nulidades no Processo Penal, Editora Revista dos Tribunais*, 6ª edição.

anuir com a possibilidade do juiz formar seu convencimento com base em provas ilícitas, pois o inquérito também será utilizado como fundamento para decisão, conforme prescreve o art. 155 do Código de Processo Penal.

Assim, na fase de investigação é indispensável à aplicação de regras preestabelecidas de modo que o Inquérito Policial possa se encobrir de forma moral inatacável, pena de o investigado ser levado a juízo com base em indícios falsos ou ainda ser condenado com fundamento em provas ilícitas.

1.5.Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade apesar estar disposto de forma implícita na Constituição Federal, a saber, art. 5º § 2º têm ampla aplicação, sendo inclusive utilizado para resolver questões onde há conflito aparente entre princípios constitucionais. Assim, este também deve ser aplicado no âmbito da persecução penal.

Segundo a ótica de Willis Santiago Guerra Filho:

“O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana- consagrada explicitamente como fundamento de nosso Estado Democrático, logo após a cidadania, no primeiro artigo da Constituição de 1988 -, bem como que, mesmo em havendo desvantagens, para digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente

*consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens'*⁶

Quando no Inquérito Policial surgirem conflitos de direitos, o princípio da proporcionalidade deverá ser levado em conta para sua solução.

Um exemplo bastante comum surge da necessidade de expor o indiciado, através de retrato falado nos meios de comunicação em virtude de sua desapareição, em detrimento de seus direitos a imagem, a intimidade e a honra. Note-se que aqui se trata apenas de investigado, o qual poderá ter sua imagem manchada por vincular-se a possibilidade de ter cometido infração penal, a qual ainda se está apurando. Assim, caberá ponderar esses direitos individuais frente ao interesse social do combate à criminalidade.

Nesse caso, tendo em vista a proporcionalidade, caberia ponderação no sentido de que os direitos individuais, os princípios do estado de inocência e da dignidade da pessoa humana deveriam prevalecer, posto tratar-se apenas de pessoa suspeita não devendo então a autoridade fazer uso dos meios de comunicação para buscá-la, mas de outros meios menos gravosos.

1.6. Princípio da Publicidade

Em que pese ser o princípio da publicidade mitigado no inquérito policial com fundamento em assegurar o efetivo resultado das investigações (art. 20 do Código de Processo Penal) este deve ser aplicado no sentido de assegurar ao indiciado a ciência da acusação e o indiciamento motivado e fundamentado.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade Humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, 2 ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 310.

Sobre o direito a informação a Constituição Federal prescreve do art. 5º :

“XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;”

Obviamente a informação de que existe acusação penal contra ele é de interesse do investigado, devendo ser aplicado o sigilo mencionado no inciso XXXIII apenas em investigações criminais sigilosas pela própria natureza, tal como a escuta telefônica, a qual de certo não surtiria qualquer efeito se informada ao investigado.

Em relação ao termo “preso” utilizado, é cediço que este tem direitos fundamentais mitigados, como o direito a liberdade, por exemplo, porém a própria Carta Magna assegurou a ele o direito a informação com o intuito de garantir meios para que possa se defender. Da mesma forma, não é compatível com o espírito constitucional se retirar de um investigado, o qual tem presunção de inocência, o direito a tomar ciência do que levou as autoridades competentes a iniciar procedimento investigatório contra ele.

A partir do indiciamento, como lembra Benedito Roberto Garcia Pozzer, atinge-se a acusação informal. Desta forma, o indiciamento *“deve ser ordenado por ato fundamentado da autoridade policial, no qual há de expor os motivos determinantes da sua convicção, propiciando, ao acusado, pleno conhecimento das provas, mesmo as indiciárias, que o apontam como suposto autor do fato investigado.”*⁷

Com vista ao princípio da fundamentação e motivação é que a própria Polícia Civil do Estado de São Paulo expediu a Portaria n.18 de 25 de novembro de 1998 que determinou:

“Art.1º: A instauração de inquérito policial, quando legalmente possível, dependerá, sempre, de prévia e pertinente decisão da autoridade policial que, com essa finalidade, expedirá, em ato fundamentado, portaria na qual fará constar descrição objetiva do fato considerado ilícito, com a preliminar indicação de autoria ou da momentânea impossibilidade de apontá-la, e ainda a classificação provisória do tipo penal alusivo aos fatos, consignando por último, as providências preliminares necessárias para a eficiente apuração do caso.

Art. 5º: Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial, procederá o formal indiciamento do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização da sua identificação pelo processo datiloscópico.

7 SILVA, Roberto Ferreira. *O indiciado como sujeito de Direitos no Inquérito Policial Brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestra em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

Parágrafo Único – O ato aludido neste artigo deverá ser precedido de despacho fundamentado, no qual a autoridade policial pormenizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto a autoria delitiva e a classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade da sua promoção, com a demonstração de insuficiência de identificação civil, nos termos da Portaria DGP – 18, de 31.1.92.”

Nota-se com essa portaria avanço tardio no procedimento utilizado pelas autoridades policiais ao iniciar o Inquérito Policial, bem como proceder o indiciamento do investigado, haja vista a Constituição Federal desde 1988 fazer menção a necessidade de fundamentação (art. 93, IX) e da Constituição Estadual em Emenda feita em 2006 determinar em seu art. 111:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.”

1.7. Princípio da Oficialidade

Consagra a necessidade de que a investigação e o processo penal devem ser feitos por órgãos oficiais, tendo em vista que o Estado é o único ente que possui o direito ao *jus puniendi* e a proibição da vingança privada em nome da preservação da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito.

O Inquérito Policial como fase preliminar investigativa deve ser realizado por órgão oficial, a saber, a polícia judiciária, conforme os ditames constitucionais que asseguram a este órgão a sua função e competência (art. 144 § 4º da Constituição Federal).

1.8. Princípio da Obrigatoriedade

Esse princípio norteia a ação da polícia judiciária no sentido de que a abertura de inquérito policial é atividade indisponível, tendo este órgão o dever de fazê-lo sempre que receber uma *notitia criminis* idônea (art. 6º Código de Processo Penal).

Quando se tratar de crime de ação penal pública, a polícia judiciária poderá fazer o inquérito policial de ofício, mediante requerimento do Ministério Público ou a requerimento do ofendido, conforme prescreve o art. 5º, I e II do Código de Processo Penal.

Importante salientar que esse princípio, em determinadas hipóteses, pode ser mitigados, vejamos:

- Quando for evidente a hipótese de extinção da punibilidade. Nesse caso, não tem a autoridade policial a obrigação de instaurar o Inquérito Policial. Porém pairando dúvida deverá fazê-lo.
- Quando a *notitia criminis* não for minimamente viável e séria. Caso em que o delegado não tem o dever legal de instaurar o inquérito Policial, pois a notícia a ser investigada deve ser no mínimo razoável.
- Quando o fato que chega a seu conhecimento é atípico, ou seja, não se enquadra em nenhum tipo legal passível de persecução penal.

1.9. Princípio da Indisponibilidade

Esse princípio impede que uma vez instaurado o Inquérito, este seja arquivado ou paralisado por vontade da autoridade policial (art. 17 do Código de Processo Penal). O Delegado ou membro do Ministério Público, por meio de requisição, deverão promover o arquivamento ou paralisação do inquérito somente através de deferimento do Juiz (art. 28 do Código de Processo Penal).

Esse princípio não é aplicável à ação penal privada e à pública condicionada antes do oferecimento da queixa ou denúncia, posto o inquérito não ter sido iniciado ainda, tendo em vista a impossibilidade do Delegado de fazê-lo de ofício. Porém, uma vez presente a representação o inquérito, não poderá ser paralisado ou arquivado.

Exceção a esse princípio ocorre no caso de que verificado o deferimento de habeas corpus preventivo, momento em que ocorrerá o trancamento da ação penal ou da persecução penal.

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INQUÉRITO POLICIAL

2.0. Considerações Iniciais

Tendo em vista que o Inquérito Policial é um procedimento que nasceu a séculos atrás e que vem se modificando com a evolução histórica, faz-se necessário a análise de seu contexto histórico, para conhecermos sua finalidade e as mudanças que o procedimento formalmente e materialmente sofreu ao longo dos anos.

Creemos ser ainda mais importante para a análise a que se presta a presente pesquisa, desvendarmos o contexto histórico brasileiro, o qual propiciou o nascimento do Inquérito Policial, tal qual conhecemos hoje.

Procedimento de caráter inquisitivo e desprovido de qualquer garantia fundamental e desprovido dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em tempos pretéritos, verificaremos suas mudanças ao longo da história e pontuar suas profundas mudanças e suas modificações procedimentais no momento mais obscuro da história brasileira: a ditadura militar.

2.1. Inquérito Policial na História das Civilizações

A função policial remonta da antiguidade, mais precisamente dos povos que possuíam alto grau de civilização. No Egito, os Faraós cumularam diversas funções, dentre delas a administrativa e a judicial, como também eram considerados como verdadeiros deuses pelos povos. Esses regentes primavam muito pela vigilância das

idades, sendo auxiliados por agentes que exercendo a função de policial e carrasco eram responsáveis pela segurança e ordem nas cidades.

Outra figura de que se têm registro histórico no Egito ao qual era atribuída função similar a da investigação era a *magiaí*, tido por muitos autores hoje como a forma inicial do Ministério Público. Era um funcionário do Faraó que acumulava atribuições na esfera civil e criminal dentre as quais conforme leciona Valter Foleto Santin⁸:

“[...] Os seus deveres eram: I) ser a língua e os olhos do rei do país; II) castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III) acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e o mentiroso; IV) ser o marido da viúva e o pai do órfão; V) fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI) tomar parte nas instruções para descobrir a verdade [...]”

O povo hebreu após o estabelecimento em Jerusalém e com desenvolvimento que apresentavam, decidiram dividir a cidade em quatro partes a fim de aprimorar o policiamento e facilitar o trabalho de guarda.

Cada uma das quatro partes foi confiada a um oficial da polícia, denominado *SarPelek*, ou representante de bairro, o qual era investido de toda autoridade, figurando como um verdadeiro *longa manus* do governo central, com função administrativa e judicial.

⁸ SANTIN, Valter Foleto. *O ministério público na investigação criminal*. 2. ed., rev. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 21.

Na Grécia, o *temósteta* era a autoridade competente a receber a notícia do crime e denunciar à ocorrência a denominada Assembleia do Povo ou ao Senado. Interessante ressaltar que essa denúncia não equivalia a acusação, mas era feita para um dos órgãos incumbidos de nomear um responsável para formalizar a acusação e ofertar a ação penal.

Assim, o trabalho do *temósteta* é muito semelhante ao da polícia judiciária atual, pois ao receber a notícia do crime, provavelmente a averiguava através de uma primitiva investigação e havendo indícios, denunciava o ocorrido aos órgãos competentes a elegerem um responsável pela formalização da ação penal.

Em Atenas existia a figura dos *estínomos*, que eram juízes eleitos e com competência para realizar as atividades investigatórias sobre a probidade individual e familiar dos demais magistrados.

Em Roma, adotou-se o chamado *inquisitio*, instituto que permitia ao magistrado delegar a vítima e aos familiares o poder de investigação do crime imputado e a faculdade de localizar o criminoso. Da mesma forma era dado ao acusado e seus familiares o direito de ajuntar elementos comprobatórios de sua inocência. Assim, a acusação era feita pelo ofendido e só após a concretização do *jus puniendi* do Estado é que os poderes investigatórios passavam a ser exercidos pelos agentes públicos.

Durante o regime feudal o poder era baseado na propriedade e por isso se encontrava nas mãos do Senhor Feudal dono das terras. Nesse período não havia organização estatal, de modo que o direito canônico acabou sendo muito importante para delimitação da jurisdição e desenvolvimento de procedimentos em busca da apuração de fatos civis e criminais.

A igreja católica por volta do ano de 1.140, consolidou o chamado *Corpus Iuris Canonici*, o primeiro código de regras, o qual continha normas de direito penal. Primeiramente objetivam dar oportunidade de arrependimento para o infrator, porém com o passar do tempo, a igreja passou a tutelar seus próprios interesses, punindo severamente os que atentassem contra suas regras e doutrina.

A busca incessante pelo poder através da difusão de suas crenças e impedimento de quaisquer outras práticas religiosas culminou na criação da Santa Inquisição.

Etimologicamente, o termo Inquirir origina-se do latim *inquirere*, consistente na busca de informações através de uma investigação. Assim, utilizando do inquérito como instrumento é que a igreja passou a identificar potenciais hereges, pessoas que eram acusadas de bruxaria, afronta as práticas cristãs e contrárias à suposta vontade do deus pregado pela igreja.

Havendo qualquer denúncia do cometimento de infrações, os juízes só podiam fazer valer sua decisão mediante a confissão da prática herética. Assim, a utilização de ferro quente, água fervente entre outros mecanismos de tortura durante interrogatórios eram comuns, a fim de forçar a vítima a se auto incriminar. Além disso, penas como a fogueira foram aplicadas muitas vezes pelo Tribunal do Santo Ofício da Inquisição em nome da Igreja e da fé.

A tortura, tão combatida nos dias de hoje era amplamente aceita como forma de obter a confissão, pois internamente a igreja ansiava por condenar quaisquer suspeitos que desrespeitassem suas leis, a fim de coagir aos demais a não repetirem a conduta e impor os seus preceitos a um número cada vez maior de fiéis. Além disso, externamente havia difundido a lenda de que o justo passaria pela tortura e resistiria sem confessar, ou seja, a resistência seria a grande prova da

inocência, criando com isso aceitação por parte dos fiéis que criam ser essa a conduta de um verdadeiro servo de Deus.

Alguns procedimentos inquisitoriais adotados pelo direito canônico foram utilizados também pela justiça laica até a Revolução Francesa, quando os valores de a liberdade, de igualdade e fraternidade começaram a galgar um novo processo civilizatório, tendo o homem como o centro de proteção do sistema jurídico.

2.2. Ordenações Filipinas e Manuelinas

No período em que o Brasil foi descoberto por Portugal reinava Dom Manuel, rei que promulgou em 1521 as Ordenações Manuelinas, as quais foram utilizadas como fonte legislativa no Brasil na época das capitanias hereditárias, embora, *“o direito empregado no período das capitanias hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários. Aquelas legislações vigorariam, portanto, restritamente”*⁹

Com a morte do Rei Dom Sebastião na batalha de Alcácer Quibir, surge em Portugal uma verdadeira crise sucessória, a qual culminaria com Dom Felipe II da Espanha como novo rei após uma invasão ao território Português no ano de 1581.

O domínio Filipino então se estabeleceu sobre a Espanha e Portugal durante sessenta anos, com os reinados de Felipe II, III, IV. Durante esse período todo o sistema processual criminal foi normatizado pelas Ordenações Filipinas, sem exceção do Brasil que ao se tornar colônia portuguesa e espanhola também foi alvo da aplicação desse sistema normativo ainda que de maneira menos contundente.

⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. São Paulo. Thomson. 2 ed. p. 84.

Sobre as regras de processo penal contidas nas Ordenações Filipinas leciona José Henrique Pierangeli:

‘Os procedimentos estavam divididos de conformidade com os delitos, classificados estes em públicos e particulares. Nos crimes particulares, a acusação dependia: da querela, da inquirição sumária, do corpo de delito e da pronúncia. Nos crimes públicos, por seu turno, a acusação estava na dependência: da querela ou da denúncia; da caução das custas, emenda e satisfação; do corpo de delito e da pronúncia; ou da devassa, como instrumento do procedimento oficial do juiz, seguida da inquirição judicial das testemunhas, isto é, de sua repergunta e confrontação em presença do réu, e, a final, da pronúncia.’

As acusações relativas a crimes públicos poderiam ser interpostas por qualquer pessoa, ao passo que as privadas somente pela vítima do crime, podendo se dar através de devassas, querelas ou de denúncias.

O juízo poderia tomar conhecimento do crime pelas devassas que consistiam em um interrogatório realizado com várias testemunhas, a fim de se apurar fatos materiais e de autoria do suposto crime. As querelas, por sua vez, eram delações registradas em um ato de querela, contendo informações sobre infrações cometidas e sua autoria. Para apresentação da querela havia prazo de decadência de um ano contado do fato criminoso.

A denúncia assemelha-se a *notitia criminis* e consistia em comunicar o juízo competente da ocorrência de um fato delituoso. A diferença da querela é que o querelante se tornava parte do processo, já o denunciante somente tinha papel de

informante, deixando todas as providências para apuração de processamento por conta do juízo.

No procedimento criminal normatizado pelas Ordenações Filipinas o corpo de delito era utilizado como base probatória da existência do crime e de sua autoria. O corpo de delito era composto pela inspeção ocular que consistia na averiguação do local do crime e de demais provas pelo próprio Juiz, por conjecturas ou suposições e pelos depoimentos das testemunhas. Interessante mencionar que nem a confissão do réu supria a falta do corpo de delito, assim, sem esta base empírica não havia condenação.

2.3. Relato da evolução do Processo Penal e do Inquérito Policial na história do Brasil

O Brasil colonial passou por diversas transformações, inicialmente os donatários possuíam sob as terras brasileiras a ele doadas a jurisdição penal e civil. Em 1549 tendo em vista as dificuldades de administração da terra com o regime de capitanias hereditárias, Dom João III instituiu um Governo Geral.

Tomé de Souza, primeiro governador geral da colônia criou no Brasil, o cargo de ouvidor geral, que passou a ter competência jurisdicional, tendo como base legal as Ordenações Manuelinas vigentes no período.

Com a criação de leis especiais compiladas das Ordenações Filipinas, formou-se um tribunal de segunda instância na Bahia; as ouvidorias do Rio de Janeiro e Minas Gerais foram formadas e um novo regimento foi implantado para o ouvidor geral, tudo isso, tendo em vista a necessária organização do território e das relações entre os habitantes da colônia que iniciava sua expansão.

Foram criadas também as juntas de justiça, formadas separadamente em cada capitania, com a competência de julgar crimes de deserção, desobediência e resistência a autoridades e traição militar. As juntas de justiça eram tribunais que continham magistrados nomeados pelo governador geral da capitania.

O período de dominação Holandesa no Brasil, mais precisamente sob os Estados de Pernambuco e Bahia, passou por uma fase de calmaria durante o governo de João Maurício, Conde de Nassau, que se instalou em território brasileiro em 23 de Janeiro de 1637.

Nassau realizou diversas mudanças na chamada Nova Holanda, principalmente na organização judiciária criando diversos órgãos como o conselho de justiça, composto por nove membros holandeses que detinham competência originária para julgar diversas demandas, o *AdvocaatFiskaal*, órgão que fazia o papel de acusação dos autores de delitos e os Conselhos Escabinos, que eram tribunais municipais competentes a julgar ações cíveis e criminais, sendo sua atividade de prestação gratuita aos cidadãos.

A figura do *escolteto* era responsável pelas funções de chefe de polícia e de promotor público, pois não se fazia neste período separação entre a fase policial e fase judicial na persecução criminal. A prova mais valorada era a confissão obtida por meios de tormentos e tortura. A prova testemunhal também meio considerado meio probatório importante, muitas vezes era conseguida mediante ameaças ou recompensas.

Com a vinda da família real para o Brasil, buscando se refugiar da invasão francesa, muitas mudanças ocorreram. Dom João VI, através do Alvará de 10 de Agosto de 1808, à semelhança de Portugal, cria no Brasil o cargo de Intendente Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil. Esse cargo passou a ser exercido

por um desembargador do paço, em âmbito nacional e em cada província um delegado era responsável por exercer o poder de polícia.

O Decreto de 23 de maio de 1821 assinado pelo então Príncipe Regente Dom Pedro I, determinou providências muito importantes com vista a tutelar o direito a liberdade. O citado decreto ordenada que ninguém poderia ser preso sem determinação escrita de um juiz, exceto em caso de crime flagrante, e que as ordens de prisão deveriam demonstrar a culpa do acusado por intermédio de *“inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes assim o fato, que em lei expressa seja declarado culpado, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente”*¹⁰

Após a proclamação da Independência em 1822 promulgou-se a Constituição do Império de 1824, a qual cuidou em seu Título VI, art.151 do Poder judiciário, nos seguintes termos:

*“O Poder Judicial independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.”*¹¹

Concernente a determinação constituição em matéria legal foi criado um Código de Processo Criminal de Primeira Instância em 29 de Novembro de 1932 estabelecendo a organização judiciário-policial desse período.

¹⁰ Decreto n.º 21 de 23 de Maio de 1821.

Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/antioresa1824/decreto-39170-23-maio-1821-568901-publicacaooriginal-92205-pl.html

¹¹ Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm

O código de processo criminal foi dividido em duas partes, uma cuidando de toda organização judiciária e outra tratando de como deveria correr o processo criminal em si.

Importante salientar que o Código de Processo Criminal Imperial adotou o procedimento misto, ou seja, aquele que consagra na fase instrutória o procedimento inquisitivo e na fase de julgamento o acusatório.

Aos juízes de paz cabia a função de polícia judiciária, realizando os autos de corpo de delito, conforme o art. 12 do Código de Processo Penal do Império

“Aos Juízes de Paz compete:

§ 4º Proceder a Auto de Corpo de delito, e formar aculpa aos delinquentes.

§ 5º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juízo.¹²(...)”

Com a Abdicação de Dom Pedro I e posterior coroação de Dom Pedro II em 1837 exigia-se uma reforma legislativa no País que se iniciou com a reforma do Código de Processo Criminal de Primeira Instância em 3 de dezembro de 1841 com a edição da Lei 261.

Dentre as principais modificações efetuadas no código, relativas à fase instrutória do processo, temos que as atividades de polícia judiciária foram retiradas das mãos dos juízes de paz, e atribuídas para a polícia de autoridade local, centralizando as atividades policiais sob o comando do Ministro da Justiça.

¹²Lei n.º 261 de 29 de Novembro de 1832.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm

A polícia passou então a exercer três funções: de polícia administrativa, judiciária e atividade judiciária propriamente dita. Através de três figuras principais, o chefe de polícia, responsável por realizar o auto de corpo de delito dentre outras funções tiradas do juiz de paz (art. 4^o Lei 261/1841); o juiz de paz, que passaria apenas a cuidar dos ébrios, prostitutas, repressão a vadiagem entre outras atribuições (art. 91 Lei 261/1981) e o juiz municipal, responsável pela função jurisdicional propriamente dita em determinadas matérias, as quais a lei lhe da competência (art. 17 Lei 261/ 1981).

Uma nova reforma ao código se deu em 1871 com a Lei nº 2.033 responsável pela separação definitiva entre a Justiça e a Polícia e a pela criação do inquérito policial com contornos parecidos ao inquérito policial utilizado nos dias de hoje. Sobre o inquérito policial normatizou o dispositivo retirado da Lei 2.033 de 1871, nos seguintes termos:

“Art. 10: Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, além das suas actuaes atribuições tão somente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § único, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Código do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escrito serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da acusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão retificar o processo no que for preciso.

§ 1º Para a formação da culpa nos crimes comuns as mesmas autoridades policiais deverão em seus districtos proceder ás diligencias necessárias para descobrimento dos factos criminosos e suas circunstâncias, e transmitirão aos Promotores Públicos, com os autos de corpo

de delicto e indicação das testemunhas mais idôneas, todos os esclarecimentos coligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação da culpa.(...)”

Com a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, estabeleceu-se a estrutura federativa. Assim, aos Estados-membros (antigas províncias) foi dada competência para legislar em matéria de Direito processual e para organizarem a estrutura de seu Poder Judiciário.

O pluralismo que se deu com a Constituição Republicana em matéria processual acabou por criar grande diversidade de tratamento em matéria de direito processual penal, tendo em vista que alguns estados elaboraram seu próprio código e outros permaneceram utilizando o código de processo criminal de Primeira Instancia modificando-o no que entendessem necessário.

Contudo, a pluralidade de legislações só veio a ser alvo de preocupação legislativa após a promulgação da Constituição de 1934 que estabeleceu como competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 5º, inciso XIX, alínea a). Além disso, dentre suas Disposições Transitórias determinava o art.11 a nomeação de uma comissão de três juristas para organizar no período de três meses códigos nacionais de processo civil, comercial e processo penal.

O Projeto Vicente Rao, responsável pela confecção do novo código de Processo Penal da época foi apresentado em 15 de agosto de 1935 ao Presidente da Republica, trazendo como inovações a criação do juizado e instrução e abolindo o inquérito policial, porém nem chegou a ser discutido, tendo em vista a instalação do Estado Novo no período que trouxe Constituição de 1937 e em matéria de processo penal o Decreto-Lei nº 167 de 6 de Janeiro de 1938 que tratou sobre o Júri popular.

O ultimo e atual código de Processo Penal foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 3.689 em 3 de outubro de 1941, o qual sofreu fortes influencias do período ditatorial, posto ter sido elaborado durante este momento histórico de repressão e terror, o que gerou resquícios de que perduram até hoje em nosso processo penal, assunto que abordaremos mais detalhadamente no tópico seguinte.

2.4. O inquérito Policial e Código de Processo Penal como frutos da Ditadura

O contexto histórico em que se deu a criação de nosso atual código de processo foi o da ditadura Vargas, período que se iniciou no com o Estado Novo em 1937 estendendo-se até 1945.

A constituição de 1934 havia sido desprezada criando-se uma nova carta constitucional com intenção típica dos governos ditatoriais de mascarar o regime autoritário através da implantação de um sistema legal que justifique seus atos.

Segundo lecionam os historiadores Cláudio Vicentino e GianpaoloDorigo¹³, A constituição de 1937 redigida por Francisco Campos foi inspirada nas Constituições fascistas da Polônia e Itália, Por esse motivo, recebeu o apelido de Polaca, palavra que a época era utilizada para se referir de maneira depreciativa a prostitutas.

Durante o Estado Novo algumas formas de demonstração de poder foram sensivelmente notadas, principalmente com a criação do DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda) que controlava a comunicação de massa, censurava propagandas, músicas, livros e procurava promover eventos que valorizassem a

¹³VICENTINO,Cláudio e DORIGO, Gianpaolo.*História do Brasil*. 1ª Edição 7ª Impressão. São Paulo. Scipione.2004. pg 36

figura do Presidente Getúlio Vargas como homem idôneo, paternalista e que agia sempre em função do bem estar da nação brasileira.

Nesse período houve um fortalecimento das forças policiais, principalmente da denominada Polícia Especial, a qual exerceu diversas arbitrariedades, chegando-se ao ponto de institucionalização da tortura no país.

Nesse contexto histórico é que foi promulgado o atual Código de Processo Penal, o qual, como já mencionado, unificou o processo penal nacional, tendo em vista a pluralidade de sistemas que haviam se estabelecido com a Constituição de 1934 que delegara poderes aos Estados-membros para legislar sobre matéria processual.

Outrossim, o Código de Processo Penal trouxe consigo o ranço de um regime ditatorial influenciado pelo fascismo, o que pode ser exemplificado pelo sistema inquisitivo que contempla a elaboração do inquérito policial com ausência do direito de defesa e do contraditório. Nesse sentido, leciona com maestria o professor Fauzi Hassan Choukr a certa do Código de Processo Penal de 1941:¹⁴

“A estrutura deste Livro demonstra claramente a hierarquia de valores que inspiraram o Código. Como decorrência natural do espírito autoritário que possui e que alimenta largamente sua interpretação, até mesmo nos dias de hoje, os primeiros cuidados do Código dirão respeito à atividade de polícia para, depois, seguir-se a estrutura da ação e, por fim, as disposições de competência. Previsões sobre os atores processuais são bem posteriores e, verdadeiramente, o

¹⁴ HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005. pg 2

papel da jurisdição se afigura esmaecido entre os elementos de caráter administrativo que aparecem em primeiro lugar.”

Nesse ínterim, é que a Constituição de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, possui diversos dispositivos conflitantes com o Código de Processo Penal ainda em vigor, tendo em vista principalmente os princípios que ela prestigia e os direitos individuais que protege, os quais sofrem flagrante desrespeito ainda que por normas hierarquicamente inferiores, mas que persistem em ser aplicadas diante da ausência de uma reforma que as enquadre nos eixos de um Estado democrático de Direito.

Exemplo disso é o da inaplicabilidade do contraditório no inquérito policial, tema que trataremos mais profundamente adiante, mas que já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, vejamos:

“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. ¹⁵

¹⁵ HC 73271/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em:18/03 , publicado no DJ de 04-10-1996 p. 37100. Acessado em 03-05-2013.
Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74372>

CAPÍTULO III

ANÁLISE PROCEDIMENTAL DO INQUÉRITO POLICIAL

3.0. Considerações Iniciais

O processo penal atinge de forma contundente o *status dignitatis* e o *status libertatis* dos indivíduos, por isso não basta apenas a apresentação de uma petição inicial, tal qual o processo civil para que alguém figure no polo passivo de uma ação penal, mas é preciso que a ação tenha base empírica consistente, a fim de preservar os direitos individuais do acusado.

O Inquérito Policial é o principal instrumento investigatório utilizado no sistema brasileiro para embasar a denúncia e a queixa penal, apesar de não ser o único. Consistem em um procedimento administrativo, presidido por um delegado de polícia ao qual caberá conduzir a busca de informações sobre a materialidade e autoria da infração penal.

Através do inquérito policial, ou seja, tendo a autoridade policial reunido todas as informações possíveis sobre o delito, o Ministério Público ou a vítima poderão formar sua *opinio delicti*, a fim de oferecer ou não a ação contra o suposto autor.

Dessa forma, é mister estudarmos as características do Inquérito Policial bem como seu processamento, a fim de perscrutar de que forma a fase pré-processual pode lesar direitos do investigado e entendermos assim a importância que o contraditório teria para ampliar o direito de defesa do acusado.

3.1. Sistemas de Processo Penal

Historicamente temos três sistemas utilizados para orientar a estrutura processual penal: inquisitivo, acusatório e misto. Cada um desses sistemas possui características próprias que interferem sobremaneira na estrutura processual e nos direitos e princípios orientadores do feito.

A importância da compreensão dos sistemas adotados no Brasil, reside no fato de poder se analisar se o sistema utilizado se encontra de acordo com os princípios constitucionais orientadores do processo penal, haja vista nosso ser baseado em uma hierarquia de normas onde a Constituição Federal de encontra no topo.

3.1.1. Sistema Acusatório

No sistema acusatório pessoas diferentes terão competência para acusar, julgar e defender o autor do delito. Assim cada órgão autonomamente exercerá uma só função. Na fase processual do Processo Penal brasileiro é isto que ocorre, tendo em vista que o Ministério Público é o órgão de acusação, o Juiz responsável por proferir a decisão e o Advogado a defesa.

Esse tipo de sistema teve sua origem na antiguidade, principalmente em Atenas e Roma, onde havia grande preocupação em assegurar que ninguém fosse processado ou punido sem que uma acusação formal tivesse lhe sido imputada. O processo iniciava-se com uma acusação, e somente após sua formalização é seria desenvolvido inquérito pelo próprio órgão acusador, a fim de dar fundamento a acusação.

O sistema acusatório tem por característica, a figura do juiz imparcial. Este deve ser competente para apreciar provas, e ter como dever fundamentar todas as decisões proferidas. Isso garante a igualdade das partes e a paridade de armas no processo judicial.

É garantido o contraditório e o processo deve ser público, devendo as partes ter acesso a todos os atos realizados em seu bojo, a fim de que o direito de defesa seja ampliado. Além disso, a presunção de inocência do réu assegurava a liberdade do réu durante o processamento do feito.

Nessa monta, os traços característicos do sistema acusatório foram bem resumidos por Guilherme de Souza Nucci¹⁶, nos seguintes termos:

“Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.”

Pode-se considerar, contudo que esse sistema foi o que mais avançou com relação aos direitos e garantias do acusado. Na mesma direção, Lopes Jr. pontua:

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 116.

"o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado" ¹⁷

3.1.2. Sistema Inquisitivo

Sistema de consistiu em verdadeira superação do acusatório, nasceu na Roma Imperial e se consolidou na Idade média com o Direito Canônico. Foi adotado amplamente por sociedades mais autoritárias, tendo em vista sua tendência a concentrar o poder nas mãos de uma única figura.

Como característica essencial e que salva aos olhos a diferença em relação ao sistema acusatório é que as funções de julgar e acusar se concentrou nas mãos de um único indivíduo, o juiz. Este tinha liberdade para valer-se de qualquer meio para atingir a verdade dos fatos desde a investigação até a sentença. Utilizava-se dos meios mais ardis para obter provas, inclusive a tortura do réu, posto que a confissão era considerada "a rainha das provas".

O sigilo do processo era imposto não só para a sociedade, como também para o réu, dificultando ainda mais seu direito de defesa, o qual era extremamente mitigado quando não inexistente. Na maioria dos processos o réu era preso durante o processamento (prisão preventiva), tendo em vista a presunção de culpa do acusado.

Assim, no sistema inquisitivo o réu é tido como verdadeiro objeto do processo, pois não possui qualquer proteção e há desigualdade de poderes entre as partes, na medida em que o juiz-acusador poderá agir sem limitação e de maneira parcial na busca da "verdade absoluta".

¹⁷ LOPES JR., AURY. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59. Volume 1.

3.1.3. Sistema Misto

Consiste na aplicação dos dois sistemas anteriores durante a persecução penal. Há no sistema misto a separação em duas grandes fases, prevalecendo o sistema inquisitivo na primeira fase e o acusatório na segunda. Dessa forma, o que ocorre não é a fusão de ambos os sistemas, mas a efetiva utilização de ambos durante o processo penal.

Sua origem “*deita raízes na Revolução Francesa, mais especificamente na luta dos enciclopedistas contra os abusos propiciados por processos de estrutura inquisitiva então vigentes*”¹⁸ Assim, é possível se verificar que a utilização desse sistema processual no Código de Napoleão de 1808.

Sobre as etapas que envolvem o sistema processual misto, leciona o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁹, a saber:

“(...) desenvolve-se em três etapas: a) investigação preliminar (de la police judiciaire), dando lugar aos procès-verbaux; b) instrução preparatória (instruction préparatoire); e c) fase do julgamento (de jugement). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que continuaram secretas e não contraditórias. Na fase de julgamento, o processo se

¹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2011 p 27

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Direito Processual Penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 91 e 92. Vol1

desenvolve oralement, publiquementet contradictoirement. As funções de acusar defender e julgar são entregues a pessoas distintas. “

Outrossim, inicialmente o procedimento do sistema misto possuía uma primeira fase baseada no sistema inquisitivo, onde se procedia uma etapa de investigação preliminar realizada pela polícia judiciária e uma segunda etapa, de instrução preparatória a cargo do juiz. Ambas possuem características inquisitivas: serem secretas, terem ausência de garantias para o acusado e a parcialidade do juiz, que procedia como acusador. Na segunda fase, baseada no sistema acusatória era realizado o julgamento nesta simconcedendo-se ao réu garantias como o contraditório e a ampla defesa.

3.1.4. Sistema adotado no Brasil

No direito processual Brasileiro há ainda discussões doutrinárias acerca de qual sistema é adotado, porquanto temos um Código de Processo penal(1941) promulgado anteriormente a Constituição Federal (1988), que possui caráter inquisitivo, dada a época que foi editado, o qual consagra diversos princípios desta fase, principalmente ao referirmos na fase de instrução processual hoje adotada no Brasil.

Doutrinadores que defendem, em contraposição, que possuímos um sistema acusatório, sustentam que o inquérito policial não faz parte da instrução processual, mas seria apenas uma fase preliminar de investigação,a qual não pode ser utilizada como fundamento para decisão judicial e que possui características semelhantes ao do sistema inquisitivo, porém que não retira do processo penal em si a adoção do sistema acusatório, porque dele não faz parte.

Nesse sentido, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly²⁰ sustentam:

*“Com efeito, o inquérito policial não integra a instrução do processo (**Frederico Marques**, 1961, vol. I, p. 83-84). Trata-se de uma fase meramente investigatória, dispensável e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da opiniodelictis e o consequente oferecimento da acusação (arts. 40; 39 §5º, 46 § 1º do Código de Processo Penal).”*

Além disso, tendo a Constituição Federal determinado a aplicação dos princípios do sistema acusatório em todo o processo (contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, publicidade etc..) não poderia diploma de hierarquia inferior e publicação anterior como o Código de Processo Penal contrariá-la, pena de sua legislação ser considerada inconstitucional ou de ser revogada tacitamente.

Guilherme de Souza Nucci,²¹ defensor do sistema misto, faz uma crítica aos que sustentam a adoção no sistema acusatório nos seguintes termos:

“Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso sistema durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa difícil a sua contestação ou renovação, sob o crivo do contraditório), ou depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a

²⁰DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2011 p 28.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 118 - 119

confissão extraída do indiciado. Quantos não são os feitos em que se vê na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência à prova colhida na fase inquisitiva, desprezando o que foi obtido em juízo? (...)

Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício (...). Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação de sua opinio delicti e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que posa valer-se dele para a condenação de alguém”

Nessa toada é que grande parte da doutrina sustenta que adotamos o sistema misto, tendo em vista que a primeira fase da persecução penal, ou seja, a fase investigatória seria inquisitiva e a segunda fase, a qual se inicia com o fornecimento da queixa ou da denúncia e termina com a sentença transitada em julgado seria acusatória, tendo em vista ser aplicável todos os princípios constitucionais inerentes ao processo de partes.

Em nosso entender o sistema processual penal brasileiro adota o sistema misto, o que pode ser facilmente verificado com o caráter inquisitivo do inquérito policial, senão vejamos:

No Inquérito Policial não há atuação jurisdicional, mas é a autoridade policial a responsável por instaurá-lo de ofício, na maior parte dos casos, tendo a discricionariedade para realizar todas as diligências necessárias para concluir a investigação, sem que o indiciado possa exigir a realização de quaisquer provas.

Conforme dispõe do art. 14 do Código de Processo Penal, apenas é permitido que se requeira a realização de diligências, as quais poderão ser deferidas a critério de conveniência e oportunidade do delegado de polícia.

Além disso, o inquérito policial é sigiloso por determinação do delegado, não admite o contraditório e conforme dispõe o art. 107 do Código de Processo Penal não é possível se impor a suspensão às autoridades policiais, nem mesmo o Ministério Público e o Juiz tem competência para afastar a autoridade policial, somente cabendo a ela mesmo se declara suspeita ou a seu superior hierárquico.

Dessas características mencionadas, é possível se verificar que tal qual o sistema inquisitivo, o sujeito indiciado não é tratado como sujeito de direitos, mas como verdadeiro objeto da investigação criminal, vedando-lhe quaisquer direitos de defesa durante o procedimento, ainda que constitucionalmente garantidos.

3.2. Da Polícia Judiciária

A Constituição Federal no art. 144 § 1º, IV e § 4º, estabelecem como competência da polícia federal a função de polícia judiciária no âmbito federal e incumbe a Polícia Civil a apuração de infrações no âmbito dos Estados. Sua principal função é a investigatória, atuando quando o delito já tiver sido cometido, a fim de apurar sua autoria e materialidade.

O artigo 13 do Código de Processo Penal trata das funções da polícia judiciária nos seguintes termos:

*“Incumbirá ainda à autoridade policial:
I - fornecer às autoridades judiciárias as informações
necessárias à instrução e julgamento dos processos;*

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

IV - representar acerca da prisão preventiva.”

Dessa forma, além da função investigativa que consiste em reunir informações que possam habilitar o órgão acusador a propor a ação penal, a polícia judiciária deverá atender as diligências requisitadas pelo Ministério Público e pelo Juiz. Aqui, vale ressaltar que a diligência em sentido *strito*, é considerada ordem legal não podendo ser descumprida pela autoridade policial, pena de cometer crime de prevaricação ou falta funcional.

Os mandados de prisão que são expedidos pelo poder judiciário são cumpridos pela polícia judiciária, tanto para prisão penal como civil, pois é competência constitucional da polícia a segurança nacional estando aparelhada para isso. O juiz em caso de prisão civil poderá requerer o cumprimento do mandado diretamente a autoridade policial ou ainda ao oficial de justiça, o qual solicitará o reforço policial para realizá-la, tendo em vista o melhor preparo e instrumentação da polícia.

Por fim, é competência secundária da polícia judiciária, requerer junto ao poder judiciário a decretação de prisão preventiva, cabendo ao juiz de direito deferi-la ou não, fundamentadamente.

3.3. Do Inquérito Policial: Conceito, Finalidade e Natureza Jurídica.

O Inquérito Policial, apesar de pouco estudado e aprimorado nos dias de hoje, é sem dúvida ferramenta essencial e mais utilizada como base para propositura de

uma ação penal. Ele dá início a persecução penal e poderá acompanhar a denúncia ou queixa, por força do art. 12 do Código de Processo Penal até o ultimo recurso no poder judiciário.

Quase sempre seu conceito vem acompanhado de suas características e finalidades, porém basicamente o inquérito policial consiste na realização de uma sequência de diligências pela autoridade policial com o objetivo precípua de investigar suposta infração penal.

Guilherme de Souza Nucci²² conceitua o Inquérito Policial como *“um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apuração prática de uma infração penal e sua autoria”*.

Marcio Alberto Gomes da Silva,²³ por sua vez, se refere ao inquérito policial como *“procedimento administrativo, sigiloso, escrito, inquisitivo, dispensável, elaborado pela polícia judiciária (presidido por delegado de polícia de carreira), que tem por objetivo coletar elementos e provas para propositura de ação penal (indícios de autoria e da materialidade)”*.

Anderson de Souza Daura (apud Marcio Alberto Gomes Silva, 2012) sobre o inquérito policial afirma que são *‘atos de investigação estatal, quando da ocorrência de um ilícito penal, são a exteriorização do exercício do Poder de Polícia do Estado que, de forma incondicional, age visando combater a criminalidade, dando sustentação à denúncia criminal e colhendo cautelarmente provas da autoria e materialidade delitiva, que poderiam se perder até o momento da instrução processual em juízo.’*

²²NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 143

²³ SILVA, Marcio Alberto Gomes. *Inquérito Policial Uma Análise Jurídica e Prática da Fase Pré-Processual*. Campinas-SP: Editora Millenium. P 13.

Com base nos conceitos trazidos nota-se que em linhas gerais o inquérito policial é procedimento realizado pela autoridade policial competente, e tem como finalidade apurar a materialidade delitiva, ou seja, a certeza da ocorrência de conduta típica e apontar o possível autor do ilícito (indiciamento), com o objetivo de assegurar a propositura da ação penal.

A doutrina majoritária defende que a natureza jurídica do inquérito policial é de procedimento administrativo inquisitivo, tendo em vista se tratar de concatenação de atos e diligências com função investigativa, realizado por agente da administração pública e que possui características do sistema inquisitivo.

O Inquérito Policial, de fato, não pode ser considerado como processo primeiramente, porque não existe relação processual de partes e segundo, porque a polícia judiciária não exerce função judicial, mas administrativa, atuando neste caso, como verdadeira auxiliar do judiciário, a fim de que este decida de forma imutável sobre o delito investigado.

Em decorrência de sua natureza inquisitiva, como já mencionado, o inquérito policial é esvaziado de qualquer possibilidade de defesa, é feito de forma sigilosa e não há possibilidade de arguição de exceção de suspensão contra a autoridade que o preside (art. 107 Código de Processo Penal).

3.4. Características do Inquérito Policial

A fim de entendermos melhor o instituto do inquérito policial e a importância da aplicação do contraditório durante este procedimento, surge a necessidade de analisarmos minuciosamente suas características.

3.4.1. Escrito

De acordo com o art. 9º do Código de Processo Penal o Inquérito Policial deveria ter suas peças “reduzidas a escrito ou datilografadas e, nesse caso, rubricadas”. Tendo em vista que o Código de Processo Penal fora promulgado em 1941 época em que não haviam muitos recursos tecnológicos, é possível compreender a adoção do sistema escrito e autenticado quando datilografado a fim de assegurar sua veracidade.

Ocorre que a tecnologia proporcionou ao judiciário maior celeridade, sem retirar a autenticidade de seus atos, desta forma tem se adotado outros meios diferentes da escrita para produção do inquérito policial. A legislação processual penal, tendo em vista as mudanças sociais e a utilização de métodos tecnológicos para apuração de delitos, acabou por se adequar a isto. Outrossim a Lei 11.719 de 23 de junho de 2008 deu a seguinte redação ao art. 405 § 1º do Código de Processo Penal:

“Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.”

3.4.2. Sigiloso

Outra característica importante do Inquérito Policial é o sigilo que pode visar proteger a intimidade do investigado ou de terceiros ou ainda facilitar as investigações policiais, tendo em vista que algumas informações poderiam ser escondidas pelo indiciado caso tomasse ciência da investigação.

Tendo em vista a proteção da intimidade do investigado ou de terceiros por conta de conteúdo sigiloso contido na investigação, tanto o delegado quanto o juiz podem determinar que determinadas informações fiquem resguardadas. Seria o caso, por exemplo, de informações bancárias decorrente da quebra do sigilo bancário do indiciado.

Contudo, o controle do sigilo do inquérito policial só pode ser feito pelo judiciário tendo em vista informações que afetem a intimidade do indivíduo, o sigilo de cunho protetivo a eficácia da investigação é determinado pelo delegado, presidente do inquérito, por critérios discricionários. Essa prerrogativa lhe é garantida no art. 20 o Código de Processo Penal.

Sobre esse tema ressalta Manoel Messias Barbosa²⁴:

“O indiciado, enquanto objeto da ação investigatória, deve ser protegido, para que não ocorra o seu aniquilamento moral ou material pelo sistema repressivo. O sigilo dos atos investigatórios precisa ser mantido, quando necessário, pois, se não o for, interferências estranhas podem impedir ou dificultar a busca da verdade, ficando a sociedade desprotegida em decorrência de um falso conceito de liberdade.”

O sigilo do inquérito policial não poderá obviamente ser imposto contra o Ministério Público ou o Juiz de Direito, porém muito já se discutiu quando a oponibilidade ao advogado do indiciado.

²⁴ BARBOSA, Manuel Messias. Inquérito Policial. Método. 2009

O art. 7º, XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) estabeleceu como direito do advogado:

“examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.”

Ainda a corroborar com o entendimento ao advogado do acusado é vedado ao delegado impedir o acesso aos autos do inquérito sob o pretexto de ser sigiloso o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 14:

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

Analisando a referida súmula, nota-se que o acesso do advogado ao inquérito ficou limitado às peças que já estiverem juntadas aos autos, ou seja, atos de investigação ainda não acabados não podem ser mostrados ao advogado, tendo como argumento principal a eventual imprestabilidade da prova que se pretende produzir.

A título de exemplificação seria possível citar uma interceptação telefônica, a qual não surtiria o esperado efeito se o advogado tomasse ciência da mesma, pois certamente avisaria seu cliente, que inutilizaria esse meio de comunicação para tratar de assuntos relativos ao delito.

3.4.3. Indisponível e Obrigatório

O art. 17 do Código de Processo Penal determina que “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”. Dessa forma, a polícia não tem competência para encerrar o inquérito policial por motivo de conveniência e oportunidade. Alias, nem mesmo o Juiz poderá fazê-lo, mas somente o Ministério Público de acordo com o art. 28 poderá fazê-lo, sendo importante salientar que o juiz, poderá fiscalizar essa atividade do promotor, pois ao discordar de seu parecer a favor do arquivamento, poderá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça que dará a última palavra.

A característica da obrigatoriedade cabe tanto ao delegado de polícia, o qual tomando conhecimento da *notitia criminis* não pode se recusar a iniciar o inquérito policial (art. 6º do Código de Processo Penal), quanto ao Ministério Público que têm o dever legal de oferecer a denúncia havendo justa causa.

A obrigatoriedade da abertura do inquérito para o delegado comporta alguma mitigação, em hipóteses excepcionalíssimas como quando o fato noticiado é atípico, está prescrito ou se mostra inviável.

3.4.4. Dispensável

Ao Ministério Público em ação penal pública e a vítima em ação penal privada é facultado dispensar a realização do inquérito policial quando possuir documentos e provas suficientes que possam embasar a propositura da ação penal. Nesse sentido, diversos dispositivos do Código de Processo Penal se manifestam (art. 12, 27, 46 § 1º).

Porém, apesar de não ser obrigatório para propositura da ação penal, é instrumento muito importante, sendo o mais eficaz na providência de diligências investigatórias e informativas e por isso, na prática, tão utilizado.

3.4.5. Inquisitivo

O Inquérito Policial não comporta o princípio constitucional do contraditório, assim não há durante seu procedimento a ciência do indiciado em relação aos diligências que estão sendo tomadas, nem a oportunidade de se manifestar sobre elas.

O advogado e o investigado, contudo, tem direito de requerer diligências a autoridade policial, de acordo com o art. 14 do Código de Processo Penal, porém estas serão ou não realizadas “a juízo da autoridade”. Dessa forma, a discricionariedade do delegado tem mitigado ainda mais o direito de defesa do investigado, pois na prática dificilmente diligências requeridas são atendidas.

Durante a realização do interrogatório do indiciado e de testemunhas, não é considerado indispensável o acompanhamento de um advogado, fato que tem contribuindo para que o investigado sofra abusos por desconhecimento de seus direitos. A presença de um advogado é necessária para garantir maior confiabilidade à prova produzida, evitar arbitrariedades e desconstituir confissões que na realidade foram forjadas ou forçadas pela polícia.

3.5. Formas de Instauração do Inquérito Policial

O Código de Processo Penal estabelece cinco modos diversos em que o Inquérito Policial poderá ser iniciado: de ofício, por provocação da vítima, por

delação de terceiro, por requerimento do juiz ou promotor ou pelo auto de prisão em flagrante.

Importante ressaltar que a depender do delito praticado, e do modelo de ação penal a ele legalmente determinado (ação penal pública pública condicionada, incondicionada ou ação penal privada), a autoridade policial dependerá de diferentes requisitos para iniciá-lo, tendo em vista que há crimes que comportam a necessária vontade do ofendido em processar seu agressor, vejamos:

Nos crimes de ação penal condicionada, ao tomar conhecimento de uma infração penal o delegado tem o dever legal de dar início a investigação criminal de ofício (art. 5º, I Código de Processo Penal). A peça utilizada para instaurá-lo denomina-se Portaria. *“Nesta, a autoridade declara a ciência da ocorrência, o nome do suspeito e as diligências preliminares que hão de ser realizadas pela equipe de investigação”.*²⁵

A vítima de infração penal poderá requerer que a autoridade policial inicie o inquérito policial, conforme dicção do art. 5º, II do Código de Processo Penal. É obrigatório que o delegado inicie a investigação, exceto nos casos de atipicidade da conduta, prescrição do delito ou inviabilidade.

Importante salientar que no caso de ação penal pública condicionada ou ação penal privada, somente com o pedido do ofendido (representação e requerimento respectivamente) se iniciará o inquérito policial (art. 5º §§ 4º e 5º do Código de Processo Penal), não cabendo, portanto, o início de ofício nestes casos.

²⁵DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2011 p 28.

Além do próprio ofendido terceiros que tomaram conhecimento de fato criminoso poderão levá-lo a conhecimento da autoridade policial para que se de início a investigação (art. 5º § 3º do Código de Processo Penal).

O Juiz e o Ministério Público poderão requisitar o início do inquérito Policial. A requisição não pode ser descumprida pela autoridade policial, pois trata-se de verdadeira ordem legal. Seu descumprimento poderá ser entendido como prevaricação ou ser punido administrativamente (art. 5º, II do Código de Processo Penal).

O art. 5º§2º do Código de Processo Penal trás a possibilidade de se apresentar recurso à autoridade hierarquicamente superior ao delegado, caso este indefira o inicio do inquérito policial mediante a *delatio criminis*(quando o delito é comunicado por escrito ou verbalmente à polícia).

A última hipótese de início do inquérito policial ocorre mediante a prisão em flagrante, situações descritos pelo art.302 do Código de Processo Penal.

Neste caso, tendo sido capturado o autor de uma infração penal será levado a uma delegacia, onde ficará detido sendo iniciado neste momento o inquérito policial. Da mesma forma, aqui, a autoridade policial necessitará da representação ou requerimento, caso se trate de crime de ação publica condicionada ou ação privada para iniciar o inquérito policial.

3.6. Procedimento

O art. 6º do Código de Processo Penal estabelece as diligências que devem ser tomadas pela autoridade policial, a fim de realizar o inquérito policial com maior eficácia, na busca de produção de provas.

Primeiramente o local do delito deve ser preservado, ou seja, as coisas relativas à execução da infração penal devem ser mantidas no mesmo estado, ao qual o autor as deixou, a fim de que a perícia possa colher elementos de prova. A averiguação do *locus delicti* diz muito sobre as reais circunstâncias do crime e por isso é de suma importância sua preservação.

A apreensão de objetos deixados no local do crime também deve ser feita pela polícia, tendo em vista que podem servir de prova tanto para condenar quanto para inocentar o acusado. Sobre essa diligência o art. 11 do Código de processo civil normatiza:

“Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.”

Não será exigida nenhuma formalidade da autoridade policial para busca e apreensão de objetos deixados no *locus delicti*, porém quando necessário adentrar em recinto domiciliar a Constituição Federal (art. 5º, x) trás a observância da necessidade de mandado judicial e ainda determina que somente nas hipóteses de flagrante delito, desastre ou consentimento do morador poderão adentrar em domicílio durante a noite.

A vítima do delito bem como testemunhas poderão ser ouvidas, a fim de elucidar o caso, podendo ser conduzidas coercitivamente se houver recusa da prestação de depoimento após intimação (art. 201 § 1º do Código de Processo Penal).

Atualmente tem sido aceita a realização da colheita dos depoimentos através de videoconferência entre outras tecnologias, observados as determinações do art. 185 do Código de Processo Penal.

O crime de falso testemunho poderá ser imputado à vítima ou testemunhas que afirmem inverdades sobre o delito ou escondam informações, conforme determina do art. 342 do Código Penal.

Outra importante fonte de prova que deve ser diligenciada pela autoridade policial é a oitiva do indiciado, vejamos:

O possível autor do delito deve ser identificado, através de documento de identidade, colheita de digitais, fotos e sinais físicos característicos, e antes do início do interrogatório deve ser informado de seu direito de permanecer calado, conforme dicção do art. 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.”

O momento da colheita do interrogatório do indiciado é determinante para a condução da investigação criminal e porque não dizer, para solução do caso judicialmente, pois as informações passadas por ele serão interpretadas subjetivamente pelo delegado e pelo escrivão e servidão para determinar os rumos que a investigação criminal tomará.

A situação de ser interrogado naturalmente trás certo temor a pessoa, que fragilizada poderá facilmente ser conduzida a dizer coisas que lhe comprometam, mesmo que irreais, levando o delegado entender tratar-se de confissão. É por isso que a presença de um advogado antes do início do interrogatório para informar-lhe de seus direitos e durante o interrogatório para impedir que abusos ocorram tanto

em relação a coerção do interrogado quando em relação a interpretação de suas afirmações deve ser indispensável, o que não se dá atualmente.

A condução coercitiva também é aplicável em relação ao indiciado e o réu preso poderá ser ouvido por videoconferência ou outros meios tecnológicos que facilitem a ação policial e importem a prevenção de riscos a segurança.

A acareação consiste na busca de dirimir controvérsias de informações prestadas por diferentes pessoas. As testemunhas, o acusado e a vítima poderão ser colocados lado a lado e reperguntados sobre determinados pontos divergentes em seus depoimentos. As explicações serão reduzidas a termo e juntadas aos autos do inquérito policial.

O reconhecimento de pessoas é utilizado com a finalidade de identificar supostos agentes do delito por testemunhas ou ofendidos. O art. 226 do Código de processo penal determina o procedimento para realização da identificação.

O exame de corpo de delito consiste na análise pericial sobre os elementos, objetos e evidências deixados no local do crime. É exame técnico que com o auxílio de aparelhos sofisticados podem trazer maior certeza em relação ao modo de execução do crime investigado.

O artigo 158 do Código de Processo Penal demonstra a importância do exame de corpo de delito para persecução penal, na medida em que estabelece sua indispensabilidade nos casos em que o crime deixou vestígios. A dicção do referido dispositivo determina que não sendo realizado o exame, nem mesmo a confissão do autor do crime será apta a dar início a uma ação penal.

A reconstituição do crime é também importante exame realizado, tendo como participantes a vítima, se sobrevivente e o investigado, os quais contribuirão para simulação dos fatos ocorridos durante a execução e consumação do crime. A perícia acompanhará tudo e produzirá um laudo constando fotos, apuração dos relatos e uma conclusão.

3.7. Indiciamento

Segundo Pedro Henrique Demercian e Jorge Assad Malully²⁶ “o indiciamento é a formalização da suspeita, e tanto pode ser feito pelo delegado de ofício, como por requisição do Ministério Público. Compreende ao interrogatório (inc V do art. 6º do CPP), a identificação (inc. VIII do art. 6º do CPP) e a qualificação (incisos VIII e IX do art. 6º do CPP).”

No entender de Marcio Alberto Gomes Silva²⁷ “trata-se de ato formal do delegado de polícia, feito por meio de despacho devidamente fundamentado, que demonstra por meio de indicação das provas já coligidas no curso do feito, que o investigado efetivamente cometeu o crime apurado, no entender da autoridade policial.

Sobre o indiciamento ainda, afirma o especialista em Direito Processual Penal Doutor Ricardo Eduardo Guilherme²⁸ em seu artigo intitulado *indiciamento no inquérito policial*²⁹:

²⁶DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 2011 p 68.

²⁷SILVA, Marcio Alberto Gomes. *Inquérito Policial Uma Análise Jurídica e Prática da Fase Pré-Processual*. Campinas-SP: Editora Millenium. P 39

²⁸GUILHERME, Ricardo Eduardo. *Indiciamento no Inquérito Policial*. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/11/08/3288/>

“Indiciamento é ato de imputar a determinada pessoa a prática de um fato punível (crime ou contravenção) no inquérito policial, bastando para tanto que haja indícios razoáveis da autoria, e não certeza. Representa o resultado concreto da convergência de indícios que apontem determinada pessoa como praticante de ato tido pela legislação penal em vigor como típico, antijurídico e culpável. Os elementos do tipo penal já devem estar, no mínimo, indicados na prova colhida durante o inquérito, para embasar o indiciamento. Trata-se de um rascunho de eventual acusação; de uma declaração do até então mero suspeito como sendo o provável autor do fato infringente da norma penal. Com indiciamento, todas as investigações passam a se concentrar sobre a pessoa do indiciado.”

O indiciamento, portanto imputa a determinada pessoa o cometimento de um delito, e formaliza a suspeita da polícia em relação a autoria do crime concentrando do indiciado toda a investigação criminal. Certo é que o indiciamento implica conforme menciona Guilherme de Souza Nucci³⁰ um “constrangimento natural”, pois além de ser alvo de investigação criminal a folha de antecedentes do sujeito será marcada com a informação de indiciamento.

Nessa toada, o indiciamento deve se fundar em consistentes indícios de autoria, pois ao contrário estaremos diante de ato arbitrário da autoridade policial,

³⁰NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 157.

não permitida legalmente. A corroborar com esse entendimento o Ministro Celso de Mello³¹ argumenta:

“Se é inquestionável que o ato de indiciamento não pressupõe a necessária existência de um juízo de certeza quanto à autoria do fato delituoso, não é menos exato que esse ato formal, de competência exclusiva da autoridade policial, há de resultar, para legitimar-se, de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal. O indiciamento não pode, nem deve constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, qualquer que seja a condição social ou funcional do suspeito.

A fim de fazer cessar injusto indiciamento caberá ao advogado do acusado impetrar habeas corpus ao juiz de direito que poderá fazer cessar o indiciamento ilegal ou ainda trancar a investigação criminal.

3.8. Nulidades

É pacífico o entendimento de que por se tratar de um procedimento atos considerados nulos dentro do inquérito policial não acarretarão a nulidade da ação penal. Nesse caso, esses atos serão desconsiderados e invalidados pelo juiz.

Nesse sentido é o entendimento majoritário o qual descreve com maestria o jurista Flavio Meirelles Medeiros:³²

³¹ INQUERITO n.º. 2.041-MG; Relator: Ministro Celso de Mello; Julgamento em 06/12/2005, Publicação em 06/10/2003. Acesso em 11/05/2013. Disponível

"O inquérito policial que contém irregularidades, no processo dos crimes que se inicia mediante denúncia, não acarreta nunca nulidade do processo. E por um motivo bastante simples: o inquérito nestes processos (iniciados por meio da denúncia) não é peça processual, e sim peça meramente informativa. Ora, não há de se falar em nulidade de processo devido a vícios de peças não processuais. O inquérito só é peça processual no processo das contravenções e dos crimes de lesões e homicídio culposos; neste caso, as nulidades do inquérito incidem sobre o processo"

A corroborar com esse entendimento conclui Paulo Rangel:³³

"Conclusão: pode haver ilegalidade nos atos praticados no curso do inquérito policial, a ponto de acarretar seu desfazimento pelo judiciário, pois os atos nele praticados estão sujeitos à disciplina dos atos administrativos em geral. Entretanto, não há que se falar em contaminação da ação penal em face de defeitos ocorridos na prática dos atos do inquérito, pois este é peça meramente de informação e, como tal, serve de base à denúncia. No exemplo citado, o auto de prisão em flagrante, declarado nulo pelo judiciário via habeas corpus, serve de peça de informação para que o Ministério Público, se entender cabível, ofereça denúncia."

³²MEDEIROS, Flavio Meirelles. Nulidades do Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1987. p 83.

³³RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 87.

CAPÍTULO IV

IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

4.0. Considerações iniciais

Mais do que simples procedimento investigativo é necessário compreender o inquérito policial em sua relevância dentro do processo penal, como peça contributiva para a formação do convencimento do magistrado. Além disso, veremos que os autos do inquérito policial trazem provas muito importantes em seu bojo, que por serem impossíveis de serem refeitas na fase processual e por esse motivo poderão ser utilizadas como fundamento na sentença penal.

Tendo em vista que a fase investigativa vai além de mera fase informativa, influência de fato nos rumos que a fase processual pode tomar, é que não deve ser negada ao indiciado a informação e a efetiva participação na formação dos autos investigativos. Nesse sentido, há argumentos contrários e a favor da aplicação do Contraditório no Inquérito Policial, os quais também serão analisados.

4.1. Inquérito Policial no Direito Comparado

A importância de se analisar a legislação e procedimentos adotados por outros países reside na possibilidade de se comparar os modelos utilizados e sua eficácia na prática processual penal, buscando trazer para o sistema brasileiro novas ideias e soluções.

Questão já superada, porém muito discutida no Brasil, antes de ser adotado o atual código de processo penal, tratou da adoção do Juizado de Instrução como meio de investigação criminal.

No juizado de instrução há participação da Polícia, do Ministério Público e do Juiz, este último denominado Juiz de Instrução possui competência para determinar quais provas devem ser colhidas e quais diligências serão realizadas pela polícia.

A polícia além de atender as diligências do juiz e do Ministério Público, também capaz de requisitar a atuação policial, tem como função indicar para o Juiz da Instrução possíveis meios de coleta de informações e prender acusados. Nesse ínterim, observa-se que a discricionariedade do delegado nesse modelo, se encontra bem reduzida em comparação a fase investigatória do processo penal brasileiro.

Países como Argentina, Espanha e Peru, Bélgica, adotam esse modelo na atualidade com algumas diferenças decorrentes da legislação de cada país. O contraditório na fase investigativa nesses países, não é pleno, porém sua aplicação pode ser notada na possibilidade do acusado requisitar a realização de diligências e na redução da discricionariedade da polícia a qual não pode se recusar a realizá-las como ocorre no modelo brasileiro.

Na legislação italiana não há aplicação do princípio do contraditório pleno na fase pré-processual, porém observa-se que os elementos de prova colhidos, a fim de formar a *opinio delicti* do Ministério Público para a apresentação da denúncia são impedidos de serem utilizados como prova no processo e como fundamento na decisão judicial, devendo todas as provas possíveis ser refeitas na fase processual³⁴.

³⁴CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 96-108.

No ordenamento francês a fase investigativa é demasiadamente inquisitiva, o que tem sido alvo de muitas críticas, caminhando-se para mudanças legislativas no sentido de adotar a aplicação parcial do contraditório, nas mesmas linhas do processo penal italiano.

Nos Estados Unidos principalmente com a adoção da teoria dos “frutos da árvore envenenada” que trata da contaminação das provas ilícitas, e na tentativa de conter o poder arbitrário da polícia, têm-se inserido direitos defensivos ao indiciado durante sua investigação. Prova disso é a possibilidade de se colocar em juízo provas produzidas na fase pré-processual dependendo da autorização do indiciado.

No ordenamento jurídico Espanhol é permitido ao investigado propor a realização de diligências na fase do Juizado de instrução e a possibilidade de se acompanhar todo o procedimento investigatório por intermédio de um advogado constituído.³⁵

Contudo, o que se nota dos procedimentos adotados nos diferentes países citados, é que o princípio contraditório apesar estar presente em formas e nuances diversas se encontra mitigado, tendo em vista que a investigação criminal exige certa discricionariedade para ser eficaz, porém não de forma plena para que os direitos e garantias individuais do acusado sejam preservados de acordo com a proteção constitucional de cada país.

4.2. Importância do Inquérito Policial na Persecução Penal Brasileira e Seu Valor Probatório.

Como já mencionado o inquérito policial tem como principal objetivo formar a *opinio delicti*, para isso, reúne informações e elementos, a fim de dar embasamento

³⁵CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 102- 103

probatório para que a ação penal seja proposta por uma justa causa. Os autos do inquérito policial devem trazer os indícios de materialidade e autoria do delito que serão utilizados como fundamento para o início do processo penal.

Além disso, é nessa fase que se produzem as chamadas provas não repetíveis, ou seja, aquelas incapazes de serem praticadas novamente no bojo da ação penal e que contém em si geralmente fatores de ordem técnica que lhe conferem maior veracidade, como o exame do corpo de delito.

Apesar da importância desse instrumento, muitos autores ainda lhe retiram utilidade afirmando tratar-se de simples peça informativa, dispensável por qualquer outro elemento capaz de embasar a ação penal e impossível de produzir provas que possam embasar o convencimento do juiz. Contudo, em que pese termos em vista do art. 155 do Código de Processo Penal que estabelece serem as provas produzidas somente durante o contraditório judicial, veremos que existem exceções a esta regra.

Durante muito tempo na história o processo penal visava buscar a realidade dos fatos. Hoje, entende-se ser impossível alcançar plenamente a realidade, porém deve-se chegar o mais próximo dela, a fim de formar o convencimento do juiz imparcial, o que implicará em sua decisão.

Como cediço somente a fase processual será capaz de justificar a punição de um acusado, por outro lado, o inquérito policial o instrumento que reúne os elementos necessários a dar início ao processo os quais serão relevantes de uma forma ou outra durante todo seu processamento.

Mesmo no caso de flagrante delito, é absolutamente incontroverso que o processo é necessário para que o Estado possa punir o culpado. Assim, entende-se por mais que algo pareça se enquadrar em situação típica de punição, a apuração

dos fatos é imprescindível para se chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos.

Ainda com relação ao flagrante delito é preciso ter em mente que o inquérito policial investigará quais as causas, circunstâncias e quais os meios utilizados na infração penal, trazendo a tona os indícios de culpa ou de até de inocência se demonstrar que a situação foi de legítima defesa, por exemplo.

Nessa monta, toda a informação contida no inquérito policial servirá, sem dúvidas, para a formação do convencimento do juiz sobre o delito. Assim, afirmar que este procedimento investigativo não serve à sentença final é manietar em absoluto a sua verdadeira função, haja vista que em muitos casos o Juiz forma o seu convencimento com base neste instrumento, o que é permitido, inclusive, pelo próprio Código de Processo Penal (art.155).

Nesse ínterim, leciona Renato Brasileiro³⁶:

“Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador.”

Destarte, a formação do convencimento do juiz é de suma importância em qualquer processo, pois apesar agir este de forma imparcial, não age com neutralidade até porque é algo impossível de ser alcançado por um ser humano. Assim, é certo que o juiz fundamentará sua decisão de acordo com a verdade que

³⁶LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Impetus 2012.p.115.

mais lhe influenciar a convicção. Nesse ponto, é que o inquérito policial poderá ser definitivo para os rumos do processo.

Com relação à produção de provas, entendemos ser possível realização de duas modalidades probatórias nos autos do inquérito policial: as provas cautelares e as provas não repetíveis.

As provas cautelares são aquelas colhidas por força do art. 6º II e III do Código de Processo Penal. São objetos que possam ter relação com o crime, como uma arma de fogo em um homicídio que certamente contribuirá como meio de prova, se pensarmos, por exemplo, na colheita de impressões digitais, verificação de rastros de pólvora etc.

Em suma, as provas cautelares são as que não necessitam ser colhidas durante o processamento contraditório, mas a autoridade policial deverá fazê-lo para preservar a coisa e possibilitar sejam apurados os fatos através da análise do objeto.

A prova não repetível por sua vez, é a que só pode ser feita no momento do cometimento do delito ou pouco tempo depois, sob pena de perecer, não poder mais ser colhida ou desaparecer. Seria o caso do exame de corpo de delito para comprovação de lesão corporal, lesão esta que com a regeneração celular desaparece com o tempo.

Assim, conhecendo-se a morosidade do judiciário, é certo que se não forem produzidas pela autoridade policial essas provas, já terão desaparecido ou perecido no momento da colheita mediante contraditório.

Contudo, ao compreendermos que a formação do convencimento do juiz sofre influências dos indícios trazidos pelo Inquérito Policial e que na fase pré-processual é possível à colheita de provas, é imprescindível que o Delegado de Polícia zele pelas garantias individuais do investigado e lhe permita se manifestar no bojo dos autos inquisitoriais, requerendo a colheita de provas, o refazimento, enquanto há tempo, das provas não repetíveis e principalmente a impugnação de laudo pericial viciado que principalmente no caso das citadas provas não repetíveis, poderão comprometer seriamente o resultado do processo.

4.3. Participação do Indiciado no Inquérito Policial

O procedimento investigativo brasileiro, pouco permite a participação do investigado durante as diligências policiais, impedindo não só que o investigado se beneficie da possibilidade de demonstrar sua inocência como também de auxiliar a atividade da polícia na busca pela reconstrução da verdade mais próxima dos fatos.

É sabido que no decorrer das diligências investigatórias, muitos atos são praticados contra o investigado que lhe restringem a liberdade patrimonial e pessoal, os quais são praticados sem a aplicação do contraditório e muitas vezes apesar do abuso ficam impunes. Nesse sentido, ressalta Lopes Junior³⁷ “a estigmatização gerada pelo indiciamento nem sempre é remediada.”

O código de Processo Penal prevê, contudo a possibilidade de manifestação do investigado na oitiva do indiciado, inclusive com a possibilidade de permanecer calado durante o interrogatório, porém não lhe garante a obrigatoriedade da presença de um advogado durante o procedimento, o que impede que muitos abusos e interpretações tendenciosas sejam praticados a desfavor do investigado.

³⁷ LOPES JR, Aury. Investigação Preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 263. Nota 48.

O art. 14 do Código de Processo Penal permite que o investigado requeira que diligências sejam realizadas, porém estas ficam a critério discricionário da autoridade policial, o que pode muito prejudicar a coleta de determinadas provas e a defesa do investigado também durante o processo penal.

O indiciado não pode, a não ser através de seu representante legal, nos termos do art. 7º do EOAB consultar os autos do procedimento investigatório, a fim de tomar conhecimento dos fatos. Nesse sentido, muitos doutrinadores entendem que o conhecimento sobre o rumo das investigações impediria que essas ocorressem sem a interferência do investigado, que não se comportaria de modo a cooperar com a busca da verdade dos fatos.

Importante distinção técnica é feita pelo Professor Aury Lopes Junior que separa o direito de defesa na dimensão pessoal (direta ou indireta) e técnica. A defesa pessoal direta é realizada pelo próprio acusado, quando age e fala em defesa própria, no inquérito policial poder ser representada pela oitiva do investigado, ou pela requisição de diligências. Já a indireta é representada pelo direito de permanecer calado, ou seja, não fazer prova contra si mesmo. A defesa técnica por sua vez é possibilidade de se fazer acompanhar por um advogado durante todos os atos, o que é mitigado na fase pré-processual,

De forma didática Aury Lopes Junior também menciona duas faces do contraditório: a possibilidade de ser informado e a participação com igualdade de armas durante o procedimento. Primeiramente sabe-se que o indiciado não tem acesso aos autos do inquérito, somente seu advogado o terá. Com relação ao direito de igualdade de armas este inexistente no inquérito policial, pois de acordo com o entendimento da maior parte da doutrina não há acusação durante a investigação e assegurar esse direito demandaria a implantação de estrutura processual.

Tendo em vista a classificação do mencionado professor é possível concluir que alguns direitos de defesa e do contraditório são concedidos, porém de maneira restrita, o que em nossa visão desrespeita direitos individuais do investigado e não contribui em nada para um resultado investigativo que chegue mais próximo dos fatos delitivos praticados.

4.4. Participação do Advogado no Inquérito Policial

Como já salientamos, o advogado tem sua participação mitigada durante o inquérito policial, pois não é obrigatório seu acompanhamento durante a realização de diligências, durante a oitiva do investigado e só poderá tomar conhecimento de atos realizados durante as investigações que já estejam documentados nos autos do processo.

A não obrigatoriedade do acompanhamento do advogado pode causar comprometimento na defesa do investigado, o qual não tem conhecimento técnico para vislumbrar possíveis ilegalidades cometidas durante seu interrogatório ou na constituição de provas.

Contudo a Constituição Federal, prestigiando os princípios que a regem (ampla defesa e contraditório) em duas hipóteses prevê obrigatória a presença do defensor: quando o Indiciado estiver preso e solicitar a presença de um Advogado, nos termos do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, ou quando o Indiciado for menor de vinte e um anos e for nomeado seu Defensor como curador, sendo que a inobservância dessa regra acarreta nulidade.

Nessa toada, é importante a participação do Defensor no Inquérito Policial, a fim de assegurar a defesa técnica do investigado, resguardar os Direitos e Garantias Constitucionais em alguns atos e impedir que abusos sejam cometidos.

4.5. Análise Crítica dos Argumentos Contrários à Aplicação do Contraditório no Inquérito Policial.

A fim de compreendermos melhor os argumentos que giram em torno da aplicação ou não do contraditório na fase investigativa, cumpre necessário analisarmos o que consiste esse Princípio Constitucional. Vejamos:

O contraditório é garantia constitucional contida no art. 5º, LV nos seguintes termos:

“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 mencionado princípio doutrinariamente é separado em dois elementos constitutivos: o direito de informação e o direito de participação.

Nesse diapasão, revelam Nestor Távora e Rosmar Rodriguez Alencar que o Princípio do Contraditório é traduzido pelo binômio ciência e participação impondo que *“às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre atos que constituem a evolução do processo.”*³⁸

Outra característica consagrada pelo mencionado princípio é a igualdade entre as partes, garantindo que os contendores tenham as mesmas armas e oportunidades para manifestarem-se.

³⁸TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Juspodivm, 2011.

A maior parte da doutrina utilizando-se do dispositivo constitucional que prevê “a aplicação do contraditório aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” para desenvolver sua argumentação contrária a aplicação dessa garantia no inquérito policial, senão vejamos:

Num esforço para dar amparo Constitucional a um modo investigativo proveniente do sistema inquisitivo, salientam os opositores que o constituinte conferiu a aplicação do contraditório somente aos processos judiciais e administrativos e não aos procedimentos, como é o caso do inquérito policial.

Ainda em relação à segunda parte do dispositivo, que trata dos acusados em geral, concluem que durante a fase pré-processual não há acusação formal realizada, mas apenas busca-se apurar elementos relacionados a materialidade e autoria do delito. É este o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho³⁹, o qual entende que na presença do princípio do contraditório, a defesa não deve estar sujeita a restrições, pois o contraditório completa igualdade entre acusação e defesa, que não pode ocorrer no inquérito policial porque se trata de procedimento onde não há um acusado, mas um indiciado.

Sob o primeiro argumento, é cediço que a Constituição tende a dar interpretações alargadas quando se trata de ampliar direitos, desse modo provavelmente ao mencionar processo, estaria também englobado procedimento. Porém, há quem acredite tenha ocorrido imprecisão técnica do constituinte, da mesma forma que ocorreu quando tratou de “Processo Comum” e “Processo Sumário”, quando na verdade se referia a procedimento.

³⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 196.

Quanto à expressão “acusados em geral”, ao se analisar a maneira como está escrita já se mostra a vontade do constituinte em ampliar o significado de “acusados”. Nesse sentido ensina AuryLopes Jr.⁴⁰senão vejamos:

“É inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado.”

Ao analisarmos na prática a questão do indiciamento não é possível sustentar que não existe acusação, pois a partir desse momento todas as diligências serão voltadas para a pessoa do indiciado, que formalmente é o suspeito de ser autor do delido. Além disso, será registrado em sua ficha criminal a realização da investigação e o indiciado passará a sofrer todos os percalços que no Brasil sofrem os processados criminalmente: falta de emprego, preconceito, acusações, tolhimento da liberdade pessoal e patrimonial etc.

Outro argumento consiste na necessidade da existência de partes no procedimento inquisitório para aplicação do contraditório. Nesse ínterim, manifestam-se contrariamente Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁴¹ nos seguintes termos:

“Contraditório é o direito de participar de um procedimento que lhe possa trazer alguma espécie de repercussão jurídica; não tem como pressuposto a

⁴⁰ LOPES JR, Aury. Investigação Preliminar no Processo Penal. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2005.p.470.

⁴¹TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*.São Paulo: Juspodivm. 2011.

existência de partes adversárias. Se há possibilidade de defesa, é porque há exercício do contraditório; se eu me defendo, estou participando do procedimento; estou, portanto, exercitando o meu direito de participação.”

A impossibilidade de se refazer algumas provas conduzidas pela autoridade policial acalora ainda mais a discussão sobre a aplicação do contraditório na fase investigativa. Vez que geralmente se constitui prova de cunho técnico tem peso muito grande na formação do convencimento do juiz. Assim, o indiciado não só deve ser informado da colheita dessa prova, obviamente nos casos que não comprometam a investigação, mas deve participar de sua feitura podendo impugnar os resultados dela extraídos.

Outra situação em que o contraditório deveria ser observado seria na realização da oitiva das partes. O Delegado de Polícia deve permitir que o advogado do investigado formule perguntas às testemunhas ou a própria vítima, garantindo o direito da defesa de influenciar na colheita de informação que serão relevantes para impedir o indiciamento a que o investigado seja condenado.

Fauzi Hassan Choukr⁴² comenta sobre a investigação criminal:

“A inserção das garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade, aparece como um ‘passo adiante’ na construção de um processo penal garantidor, entendida esta expressão como sendo o arcabouço instrumental penal uma forma básica de proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado. Mais ainda, preconiza uma nova postura ética do

⁴² CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.11.

Estado para com o indivíduo submetido à constrição da liberdade, elevando sua condição de pessoa humana independentemente do feito cometido e colocando pautas mínimas de materialização dessa nova “condição humana” no processo.”

Contudo, é mister observar que a Constituição Federal, consagra princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, Ampla Defesa, e o Contraditório que não, pois estes pautam um Estado Democrático de Direito.

O Inquérito Policial, previsto no Código de Processo Penal se encontra afinado com o regime em que foi criado - o regime ditatorial - não mais compatível com o sistema democrático brasileiro atual, o qual adotou uma Constituição Cidadã. Nesse diapasão, é que o procedimento investigativo criminal necessita de uma reformulação, a fim de que se torne compatível com o sistema Constitucional brasileiro e passe a aplicar o Contraditório como forma de garantir a informação e participação do indiciado durante todas as fases da persecução penal.

CONCLUSÃO

Da exploração feita, conclui-se que o Inquérito Policial é parte de suma importância durante o processamento penal e por isso não deve ser entendido apenas como peça informativa, pois como demonstrado, possui força probatória muito grande, tendo em vista que o colhimento de determinadas provas se torna impossível durante o processamento processual, tal como o citado exame de corpo de delito.

Além disso, sabe-se que apesar do Juiz ser imparcial como ser humano que é, nunca será neutro, sendo imprevisível a averiguação de quais elementos formarão o seu convencimento. Daí têm-se que o Inquérito Policial poderá ser peça crucial para determinar os rumos do Processo Penal.

Durante muito tempo foi pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à impossibilidade da aplicação do Princípio do Contraditório durante o Inquérito Policial, porém com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que reconheceu amplamente essa garantia a todos os que façam parte de por um processo, não é mais possível deixar ao relento mencionada discussão.

Como abordamos, o Inquérito Policial teve seu procedimento e características positivadas sob influência de um contexto histórico, por esse motivo é ainda hoje visto como um procedimento inquisitivo, realizado sob a presidência de um Delegado de Polícia, com a mínima participação do investigado ou de seu representante legal. Essa característica demonstra sua incompatibilidade com o atual contexto, em que se busca sempre a publicidade e participação das partes no processo.

Nessa monta, apesar de nos posicionarmos a favor da aplicação do Princípio do Contraditório durante a realização das diligências procedimentais da fase

investigativa, cremos que não haja espaço para uma aplicação plena desse Princípio, pois em determinados casos poderia se comprometer a autenticidade das investigações, tendo em vista que a ciência do investigado impossibilitaria a colheita de determinadas provas.

Contudo, é mister que essa discussão seja colocada em pauta, a fim de revermos características do Inquérito Policial que se tornaram obsoletas em virtude de estar subordinado a Constituição Federal de 1988, para que o procedimento investigativo deixe de ser espelho de um período de muito sofrimento social – a ditadura - e passe a consagrar as garantias conseguidas pelos brasileiros com tanta luta, a fim de concretizarmos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal: a contrariedade na instrução criminal, o direito de defesa no inquérito policial, inovações do anteprojeto de código do processo penal*, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

BEZERRA, José Ubiratan Almeida. *Investigação Criminal*. 2002. Trabalho de Mestrado (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo. 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHIAVENATO, Júlio José. *O Golpe de 64 e a Ditadura Militar*. São Paulo: Editora Moderna. 1997.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

CREPALDI, Hugo Neto. *O indiciamento e a dignidade da pessoa humana*. São Paulo: s.n, 2006.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FARHAT, Alfredo. *O inquérito policial no atual Código de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1944.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Luiz Henrique Costa. *Investigação criminal: um estudo metodológico*. Salvador, OSPBA, 2011.

FICO, Carlos. *Como eles agiam*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade Humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana, 2 ed. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 310.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *O direito de defesa no inquérito policial civil*. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho - *As Nulidades no Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, 6 ed.

GUILHERME, Ricardo Eduardo. Indiciamento no Inquérito Policial. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/noticias/2005/11/08/3288/>.

HASSAN, Choukr Fauzi. *Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. *Nulidades do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1987.

MORAES, Bismael B. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed, atualizada e compilada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Aspectos Principiológicos no Inquérito Policial*. São Paulo: Themis, 2001.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*. São Paulo: Themis, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2. Ed. São Paulo; Editora OIB Thomson, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, pratica*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTIN, Valter Foletto. *O ministério público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, 2007.

SILVA, Carlos Afonso Gonçalves da. *Inquérito Policial e Presunção de Inocência. Alguns Aspectos Constitucionais da Atividade de Investigação Policial*. 1999. Trabalho de Mestrado (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Marcio Alberto Gomes. *Inquérito policial: uma análise jurídica e pratica da fase pré-processual*. Campinas, SP, 2012.

SILVA, Marcio Cesar Fontes. *A Investigação Criminal, a Polícia Judiciária e o Ministério Público*. 2006. Trabalho de Mestrado (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo. 2006.

SILVA, Roberto Ferreira da. *O indiciado como sujeito de direitos no inquérito policial brasileiro*. São Paulo: s.n, 2006.

SILVA FILHO, Sebastião Paulo da. *Inquérito policial e o Ministério Público*. São Paulo: s.n, 2000.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. *Processo Penal*. 34. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *O sigilo no Inquérito policial*. São Paulo: s.n, 2011.

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2004.