



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFLE PRATTS SARMENTO SALUME**

**O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Salvador  
2013

**RAFLE PRATTS SARMENTO SALUME**

**O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Daniel Nicory do Prado

Salvador  
2013

## ATA DE DEFESA ORAL DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Nesta data do mês de dezembro do ano de dois mil e treze, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, reuniu-se a banca examinadora para aferição da monografia de final de curso abaixo identificada. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes passaram a argüir o (a) aluno (a). A banca examinadora atribuiu a (o) graduando (a) as seguintes notas:

Aluno (a): Rafle Pratts Sarmiento Salume

Monografia: O Direito de defesa no inquérito policial.

Membros da Banca:

1. Prof. Daniel Nicory do Prado

Nota: ( 9,5 ) Assinatura 

2. Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes

Nota: ( 9,5 ) Assinatura 

3. Prof. Rudá Santos Figueiredo

Nota: ( 9,5 ) Assinatura 

Observações:

---

---

---

---

Salvador, 09 de dezembro 2013.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise reflexiva da literatura vigente, no que concerne a incidência da defesa, constitucionalmente garantida, no momento da investigação preliminar. A ordem jurídica predominante define a natureza procedimental administrativa da peça policial, regida pelas regras atinentes aos atos administrativos em geral. Circunstância esta que compromete a aplicação do devido processo legal e seus afluentes – o contraditório e a ampla defesa. Contudo, o modelo inquisitivo que perdura na prática forense não encontra guarida perante a nova ordem constitucional que impôs um modelo acusatório, mormente a presença dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, surge uma minoritária, porém crescente, doutrina que sustenta a aplicação mínima ou mitigada da efetiva defesa nos atos preliminares. Ademais, advoga pela possibilidade de uma investigação particular defensiva, ante a omissão legal, fomentada pela reforma do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** inquérito policial; contraditório; ampla defesa; investigação criminal defensiva.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANP	Agência Nacional do Petróleo
Art.(s)	Artigo(s)
BA	Bahia
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
Coord.	Coordenador
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
DIVULG	Divulgado
DJE	Diário de Justiça do Estado
EC	Emenda Constitucional
EMENT	Ementa
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IP	Inquérito Policial
JECRIM	Juizado Especial Criminal
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.ún.	Parágrafo Único
PE	Pernambuco
PUBLIC	Publicado
Rel. Min.	Relator Ministro
RJ	Rio de Janeiro
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
SP	São Paulo

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
v.g.,	( <i>“verbi gratia”</i> ). Por exemplo
VOL	Volume
VPI	Verificação da Procedência das Informações

## LISTA DE FIGURA

Figura 1:	Figura 1: Pirâmide de Kelsen Fonte: Ricardo Maurício Freire (2009, p.39) .....	63
-----------	---	----

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 PERSECUÇÃO PENAL</b> .....	10
2.1 O ESTADO E O DIREITO DE PUNIR .....	10
2.2 PERSECUÇÃO PENAL .....	11
2.3 INQUÉRITO POLICIAL .....	12
2.3.1 <b>Características</b> .....	27
2.3.1.1 Discricionariedade .....	27
2.3.1.2 Formalidade / Escrita .....	29
2.3.1.3 Sigilo .....	31
2.3.1.4 Oficialidade .....	34
2.3.1.5 Oficiosidade e Obrigatoriedade .....	35
2.3.1.6 Indisponibilidade .....	36
2.3.1.7 Inquisitorialidade .....	46
2.3.1.8 Autoritariedade .....	47
2.3.1.9 Dispensabilidade .....	48
2.3.1.10 Unidirecionalidade .....	54
2.3.1.11 Sistematização .....	55
<b>3 DIREITO DE DEFESA E O CONTRADITÓRIO</b> .....	55
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	55
3.2 ORDENAMENTO JURÍDICO .....	61
3.3 APLICABILIDADE IMEDIATA .....	66
3.4 DESTINATÁRIOS .....	68
3.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA HISTORICIDADE CONSTITUCIONAL NACIONAL .....	71
3.6 CONTRADITÓRIO: VISÃO E APLICAÇÃO MODERNA .....	74
3.7 CONTRADITÓRIO APLICADO AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: INQUÉRITO POLICIAL .....	79
<b>4 A DEFESA APLICADA NO INQUÉRITO POLICIAL</b> .....	87
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	111
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	114

## 1 INTRODUÇÃO

A humanidade, mediante uma conclusão histórica, possui uma constante necessidade de crescimento e evolução. Nesse contexto, estudiosos do século antecessor concluíram que o homem é algoz do próprio ser. Cada sujeito objetiva os seus fins em um estado de eterno e iminente conflito. Afinal, os objetivos perseguidos são escassos no plano físico. Em assim sendo, os embates existem porque os sujeitos possuem interesses comuns, no entanto limitados perante a realidade fática. Porquanto esta restrição material, a conclusão natural é a guerra, a disputa pelo mesmo e limitado propósito.

O corpo social é formado por um conjunto de pessoas individualmente consideradas. Cada qual possui a sua peculiaridade e os seus interesses perante os mais diversos fatores e circunstâncias da vida. Em certos momentos, as vontades individuais se tornam convergentes. Em outros, esbarram em limites delimitados pela própria sociedade mediante um conluio social implícito ou expresso. Nessa circunstância, faz-se necessário um “contrato social” ou acordo coletivo. Este se torna o mecanismo utilizável para impedir a autodestruição humana e, conseqüentemente, permitir a sua evolução. Para tanto, impõe-se a justiça como um norteador para o pacífico crescimento e desenvolvimento social.

Neste cenário, o Estado, mediante o contrato social, deve impor a sua soberania de modo a efetivar e equilibrar a convivência entre os sujeitos adequando-os às limitações físicas que os cercam. Este controle é externado pelos mais variados e incisivos métodos. E assim, o ordenamento jurídico aplicável, materializado pelo contrato social, nada mais é do que o *modus operandi*<sup>1</sup> regulamentador estatal e das relações humanas.

Contudo, Estado Leviatã predominante em momentos antecessores, encontra limitação no contexto contemporâneo. A realidade imposta após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) modifica a relação Estado/cidadão que, agora, tende a uma vinculação de maior equilíbrio. Nesse sentido, com vista a controlar a conduta social individualmente considerada, o Estado utiliza ferramentas previamente regulamentadas no ordenamento jurídico.

---

<sup>1</sup>Modo de fazer (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.352).

É cediço que o ato coativo estatal de maior incidência e agressividade na esfera individual é a persecução penal, considerada a *ultima ratio*<sup>2</sup> do controle do corpo social. Esta persecução penal, apesar de toda executoriedade que o fundamenta, não possui atuação ilimitada. A própria Ordem Máxima<sup>3</sup> impôs limites a sua incidência, protegendo o sujeito individualmente considerado de abusos e arbitrariedades.

Essas limitações se encontram expressas e implícitas na CF, norma superior e reguladora de todo o ordenamento estatal e social. Nesse contexto, o Diploma Maior<sup>3</sup> impõe uma gama de direitos e garantias individuais a serem observadas, pela própria atividade estatal, na execução de sua atividade fim: regulamentar o convívio social. Sendo assim, os chamados Direitos Fundamentais garantem um mínimo inatingível a cada cidadão na concretização da sua Dignidade Humana.

O escopo deste trabalho se concentra justamente nessa nova relação imposta pela realidade jurídica pós ano de 1988. Precisamente na primeira etapa da persecução penal, no chamado inquérito policial, onde ainda mantém resquícios de um momento inquisitorial anterior. Um relacionamento de novos contornos, pois a investigação policial mantém sua natureza inquisitorial na realidade forense quando a realidade jurídica imposta pela Norma Maior<sup>3</sup> protagoniza e impõe um modelo diverso aos processos e procedimentos estatais: determina um modelo acusatório.

Essa nova percepção foi adotada justamente para tentar estabelecer um equilíbrio entre a Soberania Estatal e o sujeito portador de direitos fundamentais. A distinção da figura do acusador para o julgador, perante a nova realidade prática constitucional, é fundamental na busca de uma verdadeira justiça e segurança jurídica.

Esta relação procedimental preliminar ao processo penal, apesar de possuir contornos uníssomos na doutrina e jurisprudência, encontra novo enfoque diante da nomeada Processualização dos Procedimentos. Uma nova tendência urge no contexto jurídico e é o objeto deste presente trabalho: a aplicação da efetiva defesa em sede de investigação preliminar policial.

---

<sup>2</sup>A última razão. O argumento de maior força (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.375).

<sup>3</sup>Constituição Federal de 1988.

## 2 PERSECUÇÃO PENAL

### 2.1 O ESTADO E O DIREITO DE PUNIR

O direito penal define os fatos considerados crimes, os fatos típicos penais. Dessa forma, ocorrendo à subsunção do fato à norma penal, o Estado passa a ter o direito/dever de punir o infrator. Para que ocorra a instauração da ação típica, faz-se necessário uma prévia investigação no intuito de colher os elementos mínimos probatórios necessários a fundamentar futura ação processual. Essa prévia investigação é formalizada comumente, mas não exclusivamente, através do inquérito policial.

Para exercer a sua soberania, o Estado deve valer de meios coercitivos no intuito de manter a ordem social. Nascido o crime, surge para o Estado o direito de punir - *jus puniendi*.

Assim, Marcellus Polastri Lima (2009, p.69) aduz que “cabe ao Estado assegurar a paz e a segurança social, protegendo a liberdade individual. O direito penal, por sua vez, define os fatos típicos penalmente, e deste direito objetivo advém o direito-dever subjetivo de punir por parte do ente estatal”.

Portanto, há limites para essa atuação soberana. Estes se encontram expressos na CF/88, nominados direitos fundamentais. O cidadão comum é protegido por preceitos que garantem o mínimo da dignidade humana, princípio basilar e norteador da nossa *Carta Magna*<sup>3</sup>. Dessa forma, portanto, afirma Marcus Camargo de Lacerda (2004, p.1) que “a atividade de repressão penal do Estado inicia-se através da ação da polícia judiciária”.

Assim, infere-se que surgido o crime, o estado possui o direito sancionatório. O feito para atingir determinado fim será por meio da persecução penal ou persecução criminal.

## 2.2 PERSECUÇÃO PENAL

A persecução penal é a atuação estatal na investigação de fatos típicos penais e sua consequente imposição sancionatória. Engloba, portanto, todo o procedimento adotado pelo Ente Soberano no intuito de punir determinado e específico autor do possível fato delituoso. Abrange, portanto, duas distintas fases que se complementam. Primeiramente, há o chamado inquérito policial e, posteriormente, a ação penal. Cada fase da *persecutio criminis*<sup>4</sup> possui suas peculiaridades e também a sua devida importância.

No presente momento jurídico tem-se pacificado a duplicidade da instrução. A primeira fase da *persecutio criminis* é a investigação preliminar, que em geral é instrumentalizada pelo inquérito policial, objeto deste trabalho, quando do ilícito penal. O inquérito, apesar de ser dispensável, serve como base para a futura ação processual penal, que se trata da consequente e segunda fase da persecução criminal.

Assim, no Brasil, temos uma duplicidade de instrução, sendo a primeira fase nitidamente inquisitória, com a investigação, cuja forma mais comum é o inquérito policial, e a segunda fase da ação penal, quando teremos o processo propriamente dito (LIMA, 2009, p.70).

Sustenta Paulo Rangel (2013, p.87) que a persecução penal possui “duas fases bem distintas no ordenamento jurídico brasileiro: aquela que é exercida pela autoridade policial durante a fase investigatória (inquérito policial) e a outra que é exercida pelo Ministério Público durante o curso do processo (ação penal)”.

Como a regra é a iniciativa (legitimação ativa) da ação penal a cargo do Estado, também a fase *pré-processual* da persecução penal, nos crimes comuns, é atribuída a órgãos estatais, competindo às autoridades administrativas, *excepcionalmente*, quando expressamente autorizadas por lei e no exercício de suas funções, e à Polícia Judiciária, *como regra*, o esclarecimento das infrações penais (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.59).

Neste sentido, a persecução penal objetiva investigar, processar e punir (caso seja confirmada a infração criminal).

---

<sup>4</sup>Persecução do crime (CUNHA, 2007, p.200).

## 2.3 INQUÉRITO POLICIAL

A fase pré-processual, o inquérito policial, é um procedimento administrativo, presidido por um delegado de polícia devidamente instituído no cargo, que visa fundamentar uma justa causa (indícios de autoria e materialidade) no intuito de fornecer ao titular da ação penal subsídios para fundamentar uma futura ação criminal. Dessa forma, sendo um procedimento, vislumbra tão-somente regras pertinentes aos atos administrativos.

Na busca de uma definição na acepção da palavra, conclui-se que inquérito deriva do verbo inquirir. Remonta, portanto, a ideia de demandar, interrogar, perguntar, averiguar ou indagar. No entanto, esta inferência não é novidade, pois já existiam dispositivos relacionados ao procedimento informativo desde o Código de Processo de 1832. O *nomen juris*<sup>5</sup>, contudo, apenas surgiu expressamente no artigo nº 42 do Decreto nº 4.824, de 22/11/1981, no qual se lia: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento do fato criminoso, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”. Esta previsão surgiu de um interesse do Estado Monárquico em evitar os abusos praticados pelas autoridades policiais, no intuito de garantir um mínimo de direitos fundamentais.

O Código de Processo Penal (CPP) português, art. 262, item 1, conceitua o inquérito policial de uma forma aplicável a realidade brasileira:

O Inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.

No atual CPP do Brasil, no entanto, não há uma definição conceitual do inquérito policial e nem do seu objeto: a investigação criminal. Todavia, a doutrina extrai um conceito a partir de uma interpretação sistemática dos seus arts. 4º e 6º.

Fernando Tourinho Filho (2010, p.240) conceitua inquérito policial como o "conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo".

---

<sup>5</sup>*Nomen juris; nomen iuris*: nome que em Direito se atribui a algo; denominação legal; nome de direito; título do crime (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.354).

Marcellus Palastris Lima (2012, p.69) concorda com o conceito apresentado por Aury Lopes Júnior (2001, p.31), segundo o qual, define o inquérito policial como “a atividade desenvolvida pela polícia judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria”, e assim complementa:

Constitui o inquérito policial procedimento escrito, inquisitivo, com o fim de apurar a existência da infração penal e sua autoria, sendo destinado imediatamente ao Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, ou ao ofendido nos casos de ação penal privada (CF. arts. 4º e 12 do CPP).

O inquérito policial é todo procedimento policial que visa agrupar os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e sua autoria. É, dessa forma, uma instrução provisória, informativa e preparatória que objetiva colher subsídios probatórios. "Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria" (MIRABETE, 2004, p.82).

O inquérito policial é um instrumento de forma escrita e com caráter informativo, revestido de sigiliosidade e inquisitorialidade, no qual, de regra, tem lugar a primeira fase da persecução penal – a *persecutio criminis* – consistente na apuração da infração penal e da sua autoria, sem prejuízo da colheita de outras provas que guardem relação com o fato (MUCCIO, 2012, p.1).

Paulo Rangel (2010, p.74), com muita clareza, aduz que “o inquérito policial é o instrumento que se vale o Estado, através da polícia, órgão integrante da função executiva, para iniciar a persecução penal com controle das investigações realizadas do Ministério Público (cf. art. 129, VII, da CRFB)”. Completa a sua conceituação afirmando que o mesmo é um “conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal”. Ademais, diante da sua natureza, o inquérito deve ser compreendido à luz do direito administrativo, porém dentro do processo penal. Complementa o renomado autor (RANGEL, 2013, p.71) que ante a omissão conceitual legislativa, o conceito presente no CPP português, exposto acima, é plenamente aplicável ao direito brasileiro.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.59) acrescenta:

O inquérito policial, atividade específica da polícia denominada *judiciária*, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autonomia (art. 4º, CPP). A denominação de *polícia judiciária* somente se explica em um universo em que o controle da investigação não está a cargo do Ministério Público, como é o brasileiro.

Para finalizar, Guilherme de Souza Nucci (2013, p.43) o define como um “procedimento administrativo, preparatório da ação penal, conduzido pela Polícia Judiciária, voltado a colher provas da prática de infração penal e sua autoria”.

Percebe-se, portanto, que uma omissão legislativa não impede semelhante conclusão doutrinária. Apesar de sutis divergências, os diversos autores tendem a uma pacífica e uníssona conclusão conceitual.

O inquérito policial é a primeira fase da persecução penal. Sua natureza jurídica é de procedimento administrativo. Afinal, a polícia judiciária é um órgão da administração. É formalizado por um instrumento inquisitivo, facultativo e presidido por uma autoridade policial, o qual visa coligir elementos de informação idôneos para embasar o autor de subsídios necessários à propositura de uma futura ação penal.

Possuindo o inquérito natureza jurídica de procedimento administrativo, o crivo do contraditório não tem sido efetivamente aplicado. Dessa forma, o investigado não possui condições de interferir nas atividades desempenhadas pelo delegado de polícia e, em muitas situações, nem tem conhecimento de que é objeto de uma investigação.

Ao configurar-se como um procedimento administrativo, o inquérito policial é regido pelas regras formais e materiais do ato administrativo em geral. Este é definido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.196) como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. O controle do poder judiciário, portanto, encontra limite na legalizada discricionariedade aplicável aos atos administrativos, balizados pelos direitos fundamentais constitucionais.

O procedimento é inquisitivo, omisso de contraditório e o autor possui a faculdade de prosseguir sem oportunizar a parte contrária, quando presente, a manifestar-se ou

poder influenciar futura decisão. No processo, diversamente, deve-se observar o aludido princípio. Sua presença é compulsória diante dos ditames atuais: o Estado Democrático de Direito. Conclui-se portanto que o processo é o somatório do procedimento com o contraditório. O processo inclui o procedimento. Esse faz parte, pertence, àquele.

Apesar do posicionamento que sustenta a aplicação do contraditório em procedimento investigativo, mormente com relação às *provas não renováveis*, a doutrina predominante advoga pela ausência do mencionado princípio, pautando-se na própria natureza inquisitiva do inquérito policial. Neste sentido, Paulo Rangel leciona que os ensinamentos dos “mestres administrativistas” não devem ser desconsiderados. “O contraditório somente será exercido quando deflagrado o processo judicial”. Para o autor, o “inquérito, assim, é suporte probatório sobre o qual repousa a imputação penal feita pelo Ministério Público, mas que deve ser comprovada em juízo, sob pena de incidir em uma das hipóteses do art. 386 do CPP<sup>6</sup>” (RANGEL, 2013, p.74-76). O posicionamento foi corroborado pela reforma processual penal da Lei nº 11.690/08 que deu nova redação ao art. 155 do diploma processual<sup>7</sup>.

Apesar de algumas ‘provas’ colhidas na fase investigatória serem de grande importância e até definitivas, como é o caso do exame pericial, ou das provas técnicas, outras ‘provas’, que não de caráter técnico, devem ser repetidas em juízo, uma vez que na investigação não existe contraditório, e, assim, as ‘provas’ ali colhidas não são bastantes para embasar uma decisão condenatória (...) Portanto, não servirão os elementos colhidos no inquérito para embasar a condenação final do acusado no processo, se considerados isoladamente. Por outro lado, se houver ao mesos uma prova ou indício veemente colhido sob o crivo do contraditório no processo, aqueles elementos colhidos no inquérito policial podem ter força, pois foram **corroborados sob o crivo do contraditório** (LIMA, 2009, p.82).

---

<sup>6</sup>Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação.

<sup>7</sup>Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (*grifos nossos*).

A produção probatória, no inquérito policial, ocorre sem a cooperação e manifestação do indiciado. A decisão jurisdicional, pautada somente nessas circunstâncias, impede a plena garantia do princípio em questão. Dessa forma a legislação ratifica o posicionamento previamente adotado (RANGEL, 2013, p.77).

Aury Lopes Júnior (2013, p.338), diversamente, ensina que é equivocado frisar a ausência do contraditório e da ampla defesa na fase inquisitorial. Sustenta pela incidência de um contraditório parcial materializada pela defesa pessoal e técnica, limitada pela informação e pelo conhecimento.

No mesmo sentido, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2011, p.230), tratando de Inquérito Civil, concordam com a aplicação de um contraditório na etapa em curso. Consideram o Inquérito Civil como um procedimento e não um processo administrativo, pois não possui o escopo de punir o investigado. Ratificam a presença de um contraditório mínimo ou mitigado. São conclusões plenamente aplicáveis à realidade investigativa policial.

Portanto, a investigação criminal, realizada mediante o inquérito policial, não possui as formalidades inerentes a um processo judicial. É importante observar que não é necessária a existência da investigação presidida pelo delegado para a propositura da ação penal. Peculiaridade que o torna dispensável. É o que expõe o art. 12 do CPP, quando “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Diversos dispositivos no diploma processual expressam a possibilidade de o promotor de justiça dispensar a prévia investigação policial para o oferecimento da denúncia. Dessa forma, peças de informação ou a simples representação da vítima, são suficientes para fornecer ao Ministério Público o embasamento necessário para a instauração da ação criminal. Além do supracitado artigo 12, outras normas ratificam esta possibilidade, tais como os artigos 27, 28, 39 §5º e 40 do mesmo diploma legal<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. (grifos nossos).

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

A função primordial do procedimento aqui estudado se concentra no caráter informativo e preparatório da ação penal. Visa reunir, portanto, um mínimo probatório capaz de corroborar uma futura ação penal. Em assim sendo, não possui o escopo de determinar culpados ou emitir juízo de valor, mas sim apurar um fato do qual decorre uma aparente infração penal.

Assim, tratando-se da “instauração da ação penal e a conseqüente persecução criminal em juízo, é necessária a notícia sobre a ocorrência do fato infringente de norma penal ou contravencional, com os elementos mínimos comprobatórios do fato e de sua autoria” (LIMA, 2009, p.69).

Dessa forma, complementa Paulo Rangel (2013, p.88):

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 á disciplina dos atos administrativos em geral. Entretanto, não há que se falar em contaminação da ação penal em face de defeitos ocorridos na pratica dos atos do inquérito, pois este é peça meramente de informação e, como tal, serve de base à denúncia.

Apesar de o inquérito ser dispensável e possuir natureza inquisitorial, é importante observar que o indiciado não possui a faculdade de não comparecer à autoridade policial quando requisitado. O mesmo é obrigado a se fazer presente para prestar depoimento ou ser interrogado, sendo-lhe facultado o silêncio. Sua ausência injustificada, inclusive, pode fundamentar uma condução coercitiva ao estabelecimento policial. Semelhante é a situação das testemunhas e da vítima.

A investigação policial possui o intuito de alcançar o mínimo de provas, indícios de autoria/participação e materialidade, para embasar a opinião delitiva do autor. Esse mínimo probatório, no âmbito penal, é denominado de *justa causa*. O inquérito, fundamentado na justa causa, possui portanto o condão de reunir o mínimo de prova que justifique a propositura da ação criminal. Seu desígnio, portanto, consiste em

---

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial. §5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias (grifos nossos).

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia (grifos nossos).

embasar o titular da ação processual (seja pública ou privada) dos elementos subjetivos, objetivos e normativos necessários a sua instauração.

A coleta destes elementos indispensáveis para a propositura da ação penal, que podem variar de acordo com o tipo infringido e a complexidade da prática ilícita, é o que se chama investigação criminal, que também integra a persecução penal, constituindo-se em sua fase preliminar (LIMA, 2009, p.69).

Diante do exposto, o relatório - peça final do inquérito policial que contem a narrativa conclusiva da investigação – irá possibilitar a denúncia, fundamentado na justa causa, a ser ofertada pelo Ministério Público. Caso assim não seja, quando a identidade física não esteja íntegra, a denúncia não poderá ser oferecida e estar-se-á diante de um arquivamento da peça inquisitiva por incerteza de autoria (LIMA, 2009, p.130). “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas<sup>9</sup>”.

(...) a denúncia deve conter a qualificação do autor do fato, de forma a identificar o **imputado**, sendo que o que se exige é a **identidade física do mesmo (art. 259<sup>10</sup>, do CPP)**, com a identificação de algum modo, mesmo que precariamente, mas sem deixar dúvidas sobre quem recai a imputação (LIMA, 2009, p.130).

Alerta, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p.250) que “para a instauração de um processo não são necessárias provas capazes de gerar um juízo de certeza da veracidade da imputação; basta que tornem verossímil a acusação”.

No contexto da coleta de elementos de informação, a doutrina pátria diverge com relação ao seu valor probatório. Entendimento majoritário afirma que os elementos de informação são provas propriamente ditas. Não há distinção no que se refere a ambos os conceitos. Pensamento diverso e minoritário consiste em firmar que os elementos de informação divergem do conceito de prova. Para essa corrente jurídica, a prova propriamente dita depende do contraditório. Peculiar, portanto, sua

---

<sup>9</sup>Art. 41, Código de Processo Penal.

<sup>10</sup>Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

distinção. O contraditório, como ainda prevalece, não esta presente na fase pré-processual e, por essa situação, os elementos de informação não podem ser entendidos desta forma, de natureza probatória.

Assim, deve-se distinguir entre **atos de prova** e **atos de investigação**. Apesar de os elementos colhidos no inquérito serem denominados, em sentido amplo de prova, na verdade esta é aquela colhida **no processo sob o crivo do contraditório**, sendo aqueles elementos colhidos no inquérito meros atos de investigação de validade limitada (LIMA, 2009, p.82).

Defende-se, portanto, duas finalidades acessórias ao inquérito policial, ambas fundamentadoras. A primeira é o embasamento para posterior ação penal, a supracitada justa causa. A segunda consiste em embasar o magistrado nas possíveis concessões de medidas cautelares.

Em assim sendo, o CPP no seu art. 10<sup>11</sup>, determina que se o indiciado estiver solto, o prazo estipulado para a finalização do procedimento é de 30 (trinta) dias; se porventura o sujeito se encontrar preso, o prazo será reduzido a 10 (dez) dias. Assim Paulo Rangel (2013, p.101) entende que a contagem deve ser a cominada no próprio art. 10 do mesmo diploma, que estipula a contagem incluindo o dia do seu início. É possível, portanto, que o agente responda o inquérito inicialmente em liberdade e seja decretada posteriormente a prisão preventiva. Nessa nova situação, o prazo reduzirá para 10 dias. Ademais, a presente legislação se referencia apenas nos dias para estabelecer a contagem, excluindo a importância das horas e dos minutos. O ilustre autor traz o conflito normativo presente no art. 798, §1<sup>o</sup><sup>12</sup>, do diploma. Este desconsidera o dia da efetivação da prisão em flagrante ou preventiva e inclui o último. Para tanto, aduz o autor, o conflito aparente de normas deve ser resolvido sempre em favor do investigado.

Esclarecendo o exposto, o flagrante delito fundamentar-se-á em dois pontos: atualidade e visibilidade. Portanto, “a prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada”. É um ato administrativo, praticado pela autoridade policial,

---

<sup>11</sup>Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

<sup>12</sup>Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. §1<sup>o</sup> Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

submetido ao judiciário em estrita legalidade para posterior conversão em prisão preventiva<sup>13</sup>. Esta é verificada na análise judicial do *periculum in mora*<sup>14</sup> e do *fumus boni iuris*<sup>15</sup>, além da necessária adequação da medida cautelar<sup>16</sup> (RANGEL, 2013, p.760,789).

Justamente visando proporcionar o imediato controle dos atos policiais pelo Ministério Público e Judiciário, em caso de prisão em flagrante, a Constituição, no art. 5º LXII<sup>17</sup> e LXV<sup>18</sup>, determina a imediata comunicação da prisão ao juízo competente e seu imediato relaxamento quando ilegal, e o art. 10 da Lei Complementar nº 75/93 – do Ministério Público da União -, que tem aplicação para os Ministérios Públicos Estaduais, *ex-vi* do art. 80 da Lei nº 8.625<sup>19</sup>, que impõe a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao *parquet* (LIMA, 2009, p.115).

Após a conclusão das investigações, o delegado de polícia elaborará o relatório final. Neste momento, estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP<sup>20</sup> - garantia da ordem pública ou econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; ou descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares - poderá a autoridade policial representar pela prisão preventiva do indiciado (LIMA, 2009, p.107).

Nesse sentido é o artigo 283 do diploma processual:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (grifos nossos).

<sup>13</sup>Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, CPP.

<sup>14</sup>Perigo ou risco existente em razão da demora (CUNHA, 2007, p.200).

<sup>15</sup>Aparência de direito (CUNHA, 2007, p.134).

<sup>16</sup>Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, CPP.

<sup>17</sup>LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

<sup>18</sup>LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

<sup>19</sup>Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

<sup>20</sup>Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

Presente na citada norma, a prisão temporária é cabível somente em sede de investigação preliminar. Possui natureza cautelar e prazo preestabelecido. Necessária é a presença do *fumus commissi delicti*<sup>21</sup> e do *periculum libertatis*<sup>22</sup>, além da necessidade e adequação essenciais a toda medida cautelar. Os pressupostos estão expostos no art. 1º da Lei nº 7.960/89, são: imprescindibilidade para as investigações; quando não houver identificação do indiciado e este não possuir residência física; quando houver fundadas razões de autoria ou participação em taxativos tipos penais<sup>23</sup>, além dos crimes hediondos e assemelhados, que aqui não estejam presentes, previstos na Lei nº 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos<sup>24</sup>. Sua decretação é vinculada à jurisdição – cláusula de reserva de jurisdição - mediante representação da autoridade policial ou requerimento do membro do *Parquet*, assim não pode ser decretada de ofício. O prazo para a prisão temporária será de 5 (cinco) dias prorrogáveis por igual período diante de extrema necessidade<sup>25</sup>. Nos crimes hediondos e assemelhados, seguirá a sorte do seu ordenamento específico: 30 (trinta) dias prorrogáveis por mais 30 (trinta)<sup>26</sup> (TAVORA; ALENCAR, 2012, p.593).

Destarte que o §3º<sup>27</sup> do supramencionado art. 10 permite a prorrogação do prazo de conclusão do inquérito policial a critério do magistrado, caso estejam presentes

<sup>21</sup>Fumaça da prática de um fato punível (GOMES, 2013a).

<sup>22</sup>É o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, conforme o artigo 312 do CPP, podendo causar risco à ordem pública e econômica. Funciona como conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal (UNIVERSO JURÍDICO, 2013).

<sup>23</sup>a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

<sup>24</sup>Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: §4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>25</sup>Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>26</sup>§4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>27</sup>§3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

motivos razoáveis para isso, mormente em dois fatores: indiciado solto e fato de difícil elucidação. Esta prorrogação não pertence à discricionariedade da autoridade policial, é um poder que pertence somente ao juiz competente para o processo (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 291).

Entretanto, no âmbito da Justiça Federal, o prazo estipulado é de 30 (trinta) dias quando do indiciado solto. Quando estiver recolhido, este prazo será reduzido para 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze).

O art. 51 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas/Entorpecentes) estipula uma dilação do prazo. Aqui, o inquérito policial deverá ser concluído no período máximo de 90 (noventa) dias, caso o investigado se encontre solto, e 30 (trinta) dias se o mesmo estiver preso. Estes prazos ainda poderão ser duplicados pela autoridade judicial, e por isto, recebe a crítica de Aury Lopes Júnior (2013, p.291), quando 60 (sessenta) dias de reclusão poderá violar o direito fundamental do julgamento em um prazo razoável, preciso no art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Pelo mesmo motivo, critica o prazo estipulado pela Lei Hedionda nº 8.072/90, que determina um prazo de 30 (trinta) dias com o indiciado recolhido em cárcere privado, ainda prorrogável por igual período. Marcellus Polastri Lima (2009, p.107) recorda que “não ultimado o inquérito no prazo legal, em havendo prisão, estará configurado o constrangimento ilegal, sendo passível de relaxamento”.

Dessa forma, no Brasil, adota-se o *sistema misto*. O inquérito policial possui, assim, limitação qualitativa: fatos constantes na notícia-crime ou adquiridos no curso da investigação preliminar; e limitação quantitativa: quando o mesmo assiste prazo à sua conclusão expressa em legislação vigente (LOPES JÚNIOR, 2013, p.287).

O inquérito serve para propiciar ao autor da ação um mínimo legal. Ao momento da conclusão deste procedimento, o autor poderá propor a ação penal. O legitimado, para tanto, irá variar a depender do delito em questão. O crime pode ser de ação penal pública ou ação penal privada. Caso seja ação penal pública, será oferecida denúncia, privativamente pelo Ministério Público. Em uma situação de ação penal privada, tem-se a queixa, oferecida pelo ofendido. Estes são os destinatários imediatos.

Tratando-se de ação penal *pública*, na qual, tal como ocorre com a jurisdição, a processualização da persecução penal é monopolizada, o inquérito policial deve ser instaurado de ofício pela autoridade policial

(delegado de polícia, estadual ou federal), a partir do conhecimento da existência do cometimento do fato delituoso. A *notícia* do crime, ou *notitia criminis* como até hoje ainda se prefere, pode ser oferecida por qualquer pessoa do povo e, obviamente, pode ter início a partir do próprio conhecimento pessoal do fato pela autoridade policial (art. 5º, §3º, CPP<sup>28</sup>). (...) Se, porém, cuidar-se de ação pública *condicionada* à manifestação (representação) do interessado (ofendido ou alguém com qualidade para representá-lo), ou, ainda, *requisição* do Ministro da Justiça, o inquérito policial somente poderá ser instaurado a partir de requerimento ou requisição do respectivo *interessado* (isto é, aquele que, na ação pública condicionada, detém poderes de representação), conforme previsto no §4º do art. 5º do CPP<sup>29</sup>. Igual procedimento será observado no caso de ação penal *privada*, cuja legitimação para a instauração pertence ao particular, ou legitimado (art. 5º, §5º, CPP<sup>30</sup>) (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.60,61).

Em contrapartida, o destinatário mediato desse procedimento administrativo é o juiz de direito. O magistrado, dessa forma, irá apreciar o conteúdo investigativo a fim de decidir se: recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, além de definir sobre a possibilidade de aplicação, ou não, das medidas cautelares cabíveis, *v.g.*, prisão preventiva ou temporária, interceptação telefônica ou sequestro.

Pelo fato de o inquérito policial possuir natureza de procedimento administrativo, entende-se que, se porventura existir algum tipo de vício capaz de macular preceito do devido processo legal, este deve ser desconsiderado em uma futura ação penal. O aludido princípio não se fundamenta nessa etapa da persecução penal, justamente pelo fato desta não possuir natureza processual. É o posicionamento predominante.

Se os elementos do inquérito não têm valia probatória por si só, há de se concluir que a **nulidade só alcançará o próprio ato viciado do inquérito**, não passando para o processo e **desde que existam elementos colhidos no processo regularmente poderá se dar, assim, a condenação** (LIMA, 2009, p.83).

---

<sup>28</sup>Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: §3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

<sup>29</sup>§4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

<sup>30</sup>§5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

O inquérito policial pode ser instaurado através de determinadas formas: de ofício pela autoridade policial; representação do ofendido; requerimento da vítima; representação do Ministério Público ou; requisição do juiz.

O presente procedimento investigativo pode iniciar, também, em decorrência de um flagrante delito:

Portanto, em se dando a prisão do agente nos moldes do art. 302 do CPP, ou seja, em estado de flagrância, teremos, também, início de um inquérito policial, cuja peça inicial é o auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP), procedimento que na prática recebe o nome de flagrante, quando, na verdade, trata-se de inquérito em razão de prisão em flagrante (LIMA, 2009, p.102).

Todavia, o ordenamento processual vigente autoriza o delegado de polícia à objeção da instauração do procedimento quando o precursor requerimento do ofendido, ou do seu representante, não trouxer um conjunto indiciário mínimo necessário ao início das investigações ou quando não ostentar indício de fato típico penal. Contudo, em citadas situações, passível é o recurso ao órgão competente na estrutura administrativa da polícia, o Chefe de Polícia<sup>31</sup>. Na seara federal, a atribuição pertence à Superintendência da Polícia Federal (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.62).

Ocorre que o requerimento pode ser encaminhado diretamente ao *Parquet*, e se este entender por suficiente a instauração de uma investigação, poderá *requisitar* a autoridade policial o seu início. Se tratando, pois, de *requisição*, o delegado de polícia deve efetuar sob pena de desobediência (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.62).

Uma vez encerradas as investigações, contudo, poderá o *parquet* requisitar – isso mesmo, *requisitar!* – a adoção de outras diligências que lhe pareçam necessárias à formação de sua *opinio delicti*, até mesmo por força de um *controle externo mínimo* da atividade investigatória. E essas diligências não se submeterão também a qualquer juízo de pertinência ou oportunidade por parte da autoridade policial, que deverá cumpri-las tais como *requisitadas* (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p, 67).

---

<sup>31</sup>Art. 5º, §2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

A atribuição/titularidade para presidir o inquérito policial é conferida somente a uma autoridade: o delegado pertencente à polícia judiciária. Este investigador não se encontra vinculado à acusação ou a defesa, mas sim a veracidade dos fatos. Dessa forma o delegado representa, figura como parte.

Importante observar, entretanto, que a titularidade que pertence ao delegado de polícia é a do inquérito policial. Nesse contexto, não retira a atribuição investigativa de autoridades administrativas, a quem por lei sejam cometidas as mesmas funções, no âmbito de suas atividades institucionais para posterior encaminhamento ao Ministério Público. É o que define o art. 4º<sup>32</sup>, parágrafo único, da regra processual (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.62).

A polícia judiciária concentra-se nas esferas estadual e federal. No âmbito estadual, cabe ao delegado da polícia civil (art. 144, §4º, CF/88) ser titular do inquérito policial. Porém, a atribuição federal é exercida pelo delegado da polícia federal (art. 144, §1º). O Ministério Público jamais poderá titularizar o inquérito policial. O *Parquet* pode, no entanto, realizar investigações no intuito de auxiliar na investigação. O entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência afirma que a participação do promotor público na fase pré-processual não o torna impedido de oferecer a conseguinte ação criminal.

Destarte que as providências a serem adotadas pela autoridade policial vêm explicitadas no art. 6º e seguintes do diploma processual:

Instaurado o inquérito, a autoridade policial procederá as diligências previstas no artigo 6º do CPP, dirigindo-se ao local do crime, apreendendo seus instrumentos e vestígios, colhendo as provas, ouvindo o ofendido e indiciado, procedendo a reconhecimentos de pessoas e coisas, acareações, determinando, de imediato, o exame de corpo de delito através da perícia própria, identificando e juntando os antecedentes do indiciado (LIMA, 2009, p.102).

Entretanto, há, na fase procedimental, a chamada *cláusula de reserva de jurisdição*. O delegado não possui uma discricionariedade, uma liberdade absoluta na condução do procedimento. Em determinadas circunstâncias, há a necessidade da

---

<sup>32</sup>Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

intervenção do estado-juiz para oportunizar o delegado a realizar certos atos na condução do inquérito. Exemplo dessa situação é a interceptação telefônica. Para que ocorra deve existir uma prévia autorização judicial delimitando sua ofensividade à privacidade do investigado. Para que ocorra a interceptação telefônica, a norma legal exige o relatório circunstanciado da polícia demonstrando a sua necessidade. Diante deste documento, o juiz de direito irá analisar a representação de modo a proceder ou não o pedido.

A polícia judiciária (que, aliás, deveria ser *ministerial*) tem legitimidade para pleitear a concessão judicial de diligências cautelares (interceptação telefônica, prisão cautelar, busca e apreensão etc.), independentemente da concordância prévia do Ministério Público (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.67).

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.65) sustenta que “a adoção de quaisquer providências que estejam protegidas pelas cláusulas da reserva da jurisdição, isto é, que digam respeito ao tangenciamento dos direitos fundamentais das pessoas, deverá vir precedida de ordem judicial”. Sendo assim, o juiz, no âmbito do inquérito policial, possui incumbência de *garantidor* dos direitos fundamentais do investigado/indiciado. Sua atuação ocorre mediante ferramentas legais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança (2010, p.114).

Apesar de toda crítica que perdura sobre a proposição do inquérito policial, principalmente pelas frequentes arbitrariedades encontradas na sua condução, o seu instituto permanece vivo, principalmente quando observado o projeto de reforma do CPP. Nele, a fase investigatória pré-processual é mantida, vigorando um maior controle interno e externo do poder policial.

É que o inquérito policial ou a previsão de um procedimento investigatório preliminar outro, não deixa de ser instrumento de garantia para o suspeito, podendo a investigação ter o fim de evitar acusações injustas, como verdadeiro filtro processual (LIMA, 2009, p.72)

Objetiva, portanto, o inquérito policial, preservar inocentes do fardo de carregarem consigo o peso corolário de uma futura ação penal. Deve, dessa forma, auxiliar a Justiça Criminal para que este não atue sem a devida fundamentação que lhe é pertinente.

### 2.3.1 Características

O citado procedimento administrativo é norteado por diversas características que o tornam específico, tais como:

#### 2.3.1.1 Discricionariedade

O inquérito policial, como procedimento meramente administrativo, não encontra formalidade premeditada, prescrita na legislação pertinente. A autoridade possui a liberdade de agir diante dos limites legais impostos. Este não contém o rigor judicial, pois se trata de atos investigatórios. O delegado de polícia pode proceder da forma que lhe convier a fim de garantir o melhor resultado possível diante do caso ora apresentado.

Paulo Rangel (2013, p.95) aponta a importante distinção entre discricionariedade, presente no inquérito policial, da arbitrariedade vedado em questão. Este último consiste na “capacidade de operar ou não, movido por impulsos nitidamente pessoais, sem qualquer arrimo na lei”.

A investigação pode ser feita com base em elementos de convicções pessoais da autoridade, desde que utilizando-se da lei para a sua consecução. Ou seja, não há imposição legal desta ou daquela forma para apurar o fato em questão. Qualquer ato arbitrário e não-discricionário será corrigido judicialmente (habeas corpus, mandado de segurança, representação por abuso de autoridade etc.) (RANGEL, 2010, p.100).

A discricionariedade é consagrada pela doutrina como característica basilar do inquérito policial, todavia ela não é plena. Destaca-se que a autoridade não se encontra desvinculada de forma integral das normas procedimentais preconizadas no diploma pertinente. Da análise dos artigos 6º e 7º do CPP, percebe-se que estes impõem algumas atitudes que podem ou devem ser executadas por aquele que preside o inquérito. O inciso VII do referido art. 6º aduz que: determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias. Portanto, se porventura, na cena do crime, houver algum vestígio, o delegado de polícia deverá realizar o devido exame de corpo de delito ou respectiva perícia. Dessa

forma, a perícia possui uma relevância fundamental na efetivação da fase pré-processual.

Os artigos 6º e 7º da norma processual<sup>33</sup>, portanto, anotam as diligências que podem ou devem ser titularizadas pela autoridade policial durante o perduro do inquérito. Este possui a autonomia de conduzi-lo na forma que melhor lhe interessar no fulcro da obtenção da justa causa.

No proceder do raciocínio, o art. 14 da mesma legislação aponta que o delegado de polícia pode ou não acatar os pedidos provenientes da vítima ou indiciado, de acordo com suas convicções. Ilação da discricionariedade em questão:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Caso haja, porventura, negação quanto a diligência requerida, passível é a aplicação de recurso administrativo ao Chefe de Polícia:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

§2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia. (*grifos nossos*).

Entretanto, apesar da discricionariedade atribuída a autoridade policial, há uma imposição na sua conduta durante o trâmite investigatório no que tange aos requerimentos advindos dos juízes e promotores. Fato este que não impõe hierarquia entre as autoridades. Conforme redação do artigo 13, incumbirá à autoridade policial realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público.

---

<sup>33</sup>Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

A autoridade policial, no entanto, somente está vinculada a uma conduta: realização de exame de corpo de delito, quando o possível fato criminoso ceder vestígios, inciso VII do supracitado art. 7º (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p.105).

O sigilo não encontra mais justificativa no momento do *indiciamento*. Este ocorre quando a alguém é imputado um fato delituoso e o conhecimento do andamento procedimental. A investigação passa a concentrar-se na pessoa do indiciado.

Cabe observar uma singela e importante distinção. Não se deve confundir o *indiciamento* aqui apontado, com a identificação criminal. Esta última se resume ao ato de tomar dados e impressões digitais do suspeito. Dessa forma, o art. 5º, LVIII, da *Carta Magna* impõe que não se identificará aquele já civilmente identificado, salvo hipóteses legais. Divergente do ato de indiciamento, que independe de estar, ou não, o sujeito identificado civilmente (LIMA, 2010, p.104).

Nesse instante, ao mesmo são garantidos os direitos e garantias fundamentais expostos na Carta Política<sup>3</sup> e legislação pertinente como o direito de permanecer calado, arrolar testemunha e a constituição de uma defesa técnica. O que possibilita um indício do contraditório. Entretanto, como afirma Marcus Camargo de Lacerda (2004, p.1) “corolário do contraditório, a ampla defesa não encontra lugar no inquérito policial, já que não existe acusação”. Conclui-se dessa forma, portanto, pela ausência de partes, de lide processual.

#### 2.3.1.2 Formalidade/escrita

Preconiza o art. 9º do CPP que o inquérito policial, necessariamente, será escrito ou datilografado. Os atos e diligências deverão ser reduzidos a termo e assinadas pela autoridade. Dessa forma, proverá o titular da conseqüente ação penal subsídios importantes, não necessários, à sua instauração, além de garantir que a autoridade policial acompanhe as atividades desenvolvidas por seus agentes no decurso investigativo. De acordo com o art. 9º, todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade (*grifos nossos*).

Dizer que o inquérito é procedimento escrito, obviamente não significa dizer que nele não se produzam atos orais, e sim que tudo que for produzido

oralmente deve ser trasladado para a forma escrita, ou seja, um depoimento é oral, mas será obrigatoriamente reduzido a escrito. Assim é porque, sendo o inquérito um procedimento pré-processual, será examinado posteriormente pelo promotor para emitir sua *opinio*, e, de outra parte, devem os atos ser registrados para futuro exame (LIMA, 2009, p.86).

Há, no final da investigação, a elaboração de um documento formal nominado relatório. Este contém todos os atos preconizados pela autoridade policial e servirá de base e fundamento à conseguinte ação processual.

Destarte quando o crime ou a contravenção penal for de menor potencial ofensivo, ou seja, possuir pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, não haverá inquérito policial e sim *termo circunstanciado*<sup>34</sup>.

O termo circunstanciado, portanto, é um registro de ocorrência minucioso, detalhado onde se qualificam as pessoas envolvidas – autor(es) do(s) fato(s), vítima(s) e testemunha(s); faz-se um resumo de suas versões; menciona-se data, horário e local do fato; descrevem-se os objetos usados no crime (apreendidos ou não), colhe-se assinatura das pessoas envolvidas; quando a Lei determinar, expõe-se a representação do ofendido e demais dados necessários a uma perfeita adequação típica do fato pelo Ministério Público (RANGEL, 2013, p.172).

Assim, nos delitos dessa natureza, o procedimento será o estabelecido pela Lei nº 9.099/95, quando abandona o inquérito policial e utiliza o termo circunstanciado. Este é apenas um registro do fato ocorrido, afinal a materialidade e autoria estão, em regra, claramente delineados, que, em seguida, será encaminhado ao Juizado Especial Criminal (JECRIM) para o rápido deslinde da questão. Presente procedimento ocorre porquanto não há necessidade de uma investigação mais aprofundada ante a natureza sucinta do delito. Conclui o ilustre jurista (RANGEL, 2013, p.172) que “tratando-se de JECRIM, não haverá instauração de inquérito policial, pois não há nada que se investigar. Os fatos estão ali com todas as suas *circunstâncias* descritas no termo (*circunstanciado*)”. Assim o presente termo deverá, assim que possível, ser encaminhado ao juizado, com a vítima e o autor do fato.

---

<sup>34</sup>Lei nº 9.099/95, art. 61: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

### 2.3.1.3 Sigilo

Segundo determina o art. 20 do CPP, “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (*grifos nossos*). Pelo citado na alusiva legislação, o inquérito deverá manter completo sigilo, perante a sociedade, para que alcance seu cunho investigativo e conseqüente levantamento da justa causa.

Assim, “o princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza, não se afina com o inquérito policial” (TOURINHO FILHO, 2010, p.252).

Importante observar que o sigilo preconizado no procedimento inquisitivo não se estende ao Ministério Público nem ao magistrado diante das peculiaridades e exigências consistentes em suas atividades laborais.

Marcus Camargo de Lacerda (2004, p.1) ao comentar sobre o sigilo inquisitorial expõe que:

O aparente antagonismo com o caráter sigiloso do inquérito policial se justifica por não ser ilimitado o exercício da liberdade pública, mas limitado na exata proporção do interesse coletivo, no caso a preservação das investigações para a identificação da autoria da infração penal.

A publicidade, caso fosse exposta, acarretaria um enorme prejuízo ao sucesso dos seus objetivos. O indiciado, munido desta informação, prejudicaria o correto andamento investigativo e dificultaria o escopo policial na elucidação do caso concreto. Há também a constatação inversa. Essa peculiaridade, apesar de todas as críticas no sentido contrário, também garante o prévio estado de inocência ao investigado. Perante o ordenamento constitucional, todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado em sentido contrário (art. 5º, LVIII, CF). Há uma presunção de inocência. Dessa forma, a exposição desenfreada de informações eloquentes poderia ocasionar um prévio julgamento por parte da mídia e da sociedade, que transformaria por vezes um inocente em um criminoso nato. Ilação resultaria em um imensurável dano ao cidadão que sofreria as mais diversas sanções sociais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (grifos nossos).

“E é justamente a preocupação com a proteção de interesses públicos relevantes, como o direito à tutela da imagem, bem como com a efetividade da jurisdição penal, que justifica a adoção do sigilo na elucidação dos fatos (art. 20, CPP)” (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.64).

O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Muitas vezes, a divulgação, via imprensa, das diligências que serão realizadas no curso de uma investigação, frustra seu objetivo primordial, que é a descoberta da autoria e comprovação da materialidade (RANGEL, 2010, p.97).

Perante determinada peculiaridade procedimental, Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p.106) diferenciam o chamado sigilo externo do sigilo interno. Para os autores, o sigilo externo presente no instante inquisitorial visa evitar a divulgação das informações ao público, enquanto o interno tenta evitar o acesso aos autos do procedimento, tanto pelo indiciado quanto pelo seu defensor.

Aury Lopes Júnior (2006, p.294) remata esse raciocínio ao frisar que:

O segredo interno deverá durar um tempo prudencial, necessário para a prática de determinado(s) ato(s) cujo conhecimento prévio por parte do sujeito passivo comprometeria a eficácia da investigação (v.g., intervenções telefônicas, busca domiciliar etc.) De qualquer modo, deverá ser extinto, dando lugar a publicidade interna, com suficiente antelação ao encerramento da investigação preliminar, para permitir ao sujeito passivo solicitar diligências e aportar elementos de convicção em seu benefício.

O Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, possui previsão expressa a posição do advogado na questão:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - 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;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais (*grifos nossos*).

Aury Lopes Júnior (p.312, 2011), diante da leitura do alusivo texto, afirma que “não existe sigilo para o advogado no inquérito policial e não lhe pode ser negado o acesso às suas peças nem ser negado o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos”.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.64) enaltece a nova redação do art. 201 da norma processual, inserido pela Lei nº 11.690/08, precisamente no §6º, quando impõe ao magistrado o dever de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, via segredo de justiça. Se assim não for, fica ressalvada a atuação de advogado devidamente habilitado.

Impende, porém, salientar que, embora o exercício da advocacia seja mesmo indispensável à defesa dos interesses de quem se achar submetido à persecução penal (aqui, na fase pré-processual), podendo o advogado, como regra, ter acesso aos autos do inquérito policial, o fato é que, se a investigação assim o exigir, será perfeitamente aceitável a restrição ao aludido acesso, quando for a hipótese de realização (representação à autoridade judicial) de provas de natureza cautelar e, por isso, urgentes (RMS – 12.754 – STJ – 24.3.2003). Por essa razão, não surpreende a decisão da Suprema Corte, que autorizou o acesso de advogado a autos de inquérito policial (HC nº 82.354/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 10.8.2004) (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.64).

Posicionamento existe também no sentido de garantir o sigilo absoluto dos atos investigatórios, inclusive aos advogados/defensores. Fundamenta-se na predominância do interesse público em detrimento ao interesse privado. Este é o posicionamento de Paulo Rangel (2013, p.92). O mesmo defende que a autorização presente no Estatuto da Ordem não atinge a fase investigatória inquisitorial quando esta se encontra sob o crivo do necessário sigilo. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das

informações é imprescindível para as investigações. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido. (STJ – 17691/SC 2003/0238100-0. Quinta Turma. Relator: Ministro GILSON DIPP.j.22/02/2005. DJ 14/03/2005 p.388) (*grifos nossos*).

O Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se diante da situação fática e pacificou a matéria ao editar a súmula vinculante nº 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 (*grifos nossos*).

A Suprema Corte<sup>35</sup> enfatizou os elementos de provas *já documentados* e, assim, “continua em pleno vigor o sigilo da condução investigatória nos casos necessários, não sendo assegurada ao advogado a presença no ato de coleta probatória ou o contraditório em fase de investigação” (LIMA, 2010, p.90).

Dessa forma, concretiza-se o direito do advogado aos autos do inquérito tão somente as provas já documentadas, para que assim possa realizar a defesa de interesse do seu cliente, até então investigado ou indiciado.

#### 2.3.1.4 Oficialidade

A autoridade que preside o Inquérito Policial é uma só: o Delegado de Polícia de Carreira. Este, de acordo com o art. 144, §4º, da CF<sup>36</sup>, é nomeado como Órgão Oficial do Estado.

<sup>35</sup>Supremo Tribunal Federal.

<sup>36</sup>Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: §4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (*grifos nossos*).

Conclui-se, portanto, que o determinado procedimento, diante das suas peculiaridades investigativas e potencialidades interventivas, deve ser atribuído a um órgão oficial do estado, a polícia judiciária.

#### 2.3.1.5 Oficiosidade e Obrigatoriedade

A atuação da autoridade policial na instauração e condução do inquérito investigativo ocorre, via de regra, de forma oficiosa. O delegado de polícia, no conhecimento de possível fato delituoso, deve agir de ofício para deflagrar o respectivo procedimento administrativo.

Contudo, é importante destacar os divergentes rumos consequentes dessa atuação *ex officio*<sup>37</sup>. Não há uma oficiosidade ampla e desamparada em qualquer circunstância. Aponta o art. 5º, inciso I, do CPP que o delegado de polícia deve atuar sem a necessidade de qualquer tipo de provocação, ou autorização, no âmbito dos crimes cominados à ação penal pública incondicionada. Desta forma, sua atuação possui fundamento legal, devendo a autoridade policial atuar de ofício.

Assim, trata-se de corolário do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, quando, a exemplo da obrigatoriedade de propositura da ação penal, nos crimes de ação pública, pelo Ministério Público (art. 24 do CPP), são **imperativas** a investigação e a instauração do inquérito policial, tendo a autoridade ciência da prática de crime, obviamente em **se tratando de infrações de ação penal pública incondicionada ou condicionada, uma vez apresentada a representação ou requisição** (LIMA, 2009, p.84)

No entanto, diversamente deve agir o delegado no âmbito dos crimes cominados à ação penal pública condicionada ou ação penal privada. Estes delitos são aqueles que o legislador definiu como os que de alguma forma invadem a privacidade da vítima. Atribui-lhe, portanto, a faculdade de solucionar a referente questão no âmbito policial e/ou judicial. A persecução penal está condicionada à autorização do ofendido. É um requisito imputado pela legislação condicionante à instauração do

---

<sup>37</sup>Por obrigação; por dever do cargo. Diz-se do ato realizado sem provocação das partes; por ofício; por lei; em virtude da função (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.324).

inquérito policial (TÁVORA; RODRIGUES, 2012, p.108), visualizado nos §§4º e 5º do artigo 5º do diploma processual penal<sup>38</sup>.

Porém, obviamente, se for oferecida a devida representação de crime de ação pública condicionada, igualmente terá a autoridade policial o dever de instaurar o inquérito, pois o que o §4º do art. 5º estabelece é que o inquérito **não poderá ser instaurado sem a representação nos crimes de ação penal pública condicionada**, e, assim, a *contrario sensu*, uma vez presente a representação, incidirá a imperatividade do *caput* do art. 5º (LIMA, 2009, p.84).

Diante do supracitado §5º, caso um terceiro compareça perante a autoridade policial ou haja delação anônima, na circunstância da ação penal privada, a peça investigatória não poderá ser instaurada. O inquérito somente poderá ser iniciado mediante autorização da vítima.

Assim, o Ministério Público deverá realizar o controle externo da atividade policial no intuito de evitar que não seja instaurado o devido procedimento quando se vislumbrar um fato típico penal (LIMA, 2009, p.85).

#### 2.3.1.6 Indisponibilidade

O art. 17 do CPP veda expressamente o arquivamento do inquérito policial. Conforme a sua redação “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito” (*grifos nossos*).

Como corolário do princípio da obrigatoriedade para instauração do inquérito, nos delitos de ação penal pública, outra característica do inquérito policial é a **indisponibilidade**. Ora, de nada valeria o dogma da obrigatoriedade se no curso do inquérito este pudesse ser abandonado ou arquivado (LIMA, 2009, p.85).

A persecução penal, como um todo, é matéria de ordem pública. Por conseguinte, não é disponível à autoridade policial. Iniciado o inquérito, a autoridade responsável não pode dele dispor.

---

<sup>38</sup>§4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado (*grifos nossos*).

§5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la (*grifos nossos*).

No caso concreto, ao perceber que a situação em tela não se configura como crime, não deve o delegado iniciar o procedimento administrativo. Entretanto, caso assim o faça, deve conduzi-lo até o seu desfecho. O arquivamento, como visto, é defeso pelo ordenamento vigente.

Assim, “ainda que fique provada a inexistência do fato ou que não se tenha apurado a autoria do ilícito penal, a autoridade policial não pode mandar arquivar o inquérito (art. 17). Tal providência cabe ao juiz, a requerimento do órgão do Ministério Público” (MIRABETE, 2004, p.104).

Marcellus Polastri Lima (2009, p.85) chama a atenção para o §3º do art. 5º<sup>39</sup> do CPP que autoriza uma “verificação da procedência das informações” - VPI. Ocorre que a indevida utilização do disposto resulta em um arquivamento sumário da investigação preliminar, e assim, a autoridade policial acaba por não instaurar o inquérito em evidente afronta ao art. 17. Dessa forma, o Ministério Público deverá, pautado na atribuição constitucional do controle externo da atividade policial, fiscalizar a correta aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Exercida corretamente e concluída pela não instauração do inquérito, a autoridade policial deverá fundamentar um indeferimento tornando possível um recurso do interessado perante o Chefe de Polícia Civil (art. 5º, §2º do CPP<sup>40</sup>) ou acionar o membro do *Parquet* para as devidas providências de controle externo. Ratifica o autor (LIMA, 2009, p.108) que “se trata de expediente esdrúxulo e ilegal, que, no mais das vezes, resulta em ‘acautelamentos’ que correspondem a arquivamentos em ‘manobra’ ilegal para subtrair do promotor a *opinio delicti*”<sup>41</sup>.

Destarte que a autoridade policial não pode emitir qualquer juízo de valor, apreciar os autos do inquérito policial e, por isso, jamais poderá determinar o seu arquivamento. É o que dispõe o art. 17 do alusivo diploma: a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito. O pedido de arquivamento fica afeto ao membro do *Parquet*, nos crimes de ação pública. Este que poderá requerer ao magistrado o arquivamento quando não vislumbrar elementos suficientes à

---

<sup>39</sup>Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: §3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

<sup>40</sup>§2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

<sup>41</sup>Opinião a respeito do delito (JUSBRASIL, 2013).

propositura de ação penal. Nos crimes de alçada privada, arquivado será se a vítima, titular da futura ação processual, deixar de intentá-la, o que não impede também que este requeira junto ao juiz o arquivamento dos autos do inquérito (TOURINHO FILHO, 2010, p.331).

Encerradas as investigações, não podendo a polícia judiciária emitir qualquer juízo de valor – a não ser aquele meramente opinativo, constante do relatório de encerramento do procedimento (art. 10, §§1º e 2º, CPP) – acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime, os autos de inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.68).

Em assim sendo, a autoridade policial deverá *relatar* o inquérito, o que significa descrever todas as diligências realizadas no momento da investigação. Abdicando, como exposto, de emitir juízo de valor e/ou opiniões pessoais, salvo as impressões conclusivas acerca das diligências até então efetuadas. Inclui-se, nessa vedação, a incorporação de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, que, na verdade, incumbem as partes do litígio, mormente ao promotor de justiça a quem pertence à *opinio delicti*. Observa-se que o delegado de polícia poderá tipificar a conduta, nisso não há vedação. “Entretanto, a classificação final sempre caberá ao Ministério Público, destinatário imediato do inquérito, no ato da proposição da ação penal” (LIMA, 2009, p.107).

A opinião delitiva, como mencionado, pertence ao promotor de justiça. Entretanto, há uma ressalva na Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos/Drogas), quando, na elaboração do relatório conclusivo, deve o delegado de polícia justificar as razões que o levaram à classificação do tipo penal<sup>42</sup>.

Os autos do inquérito, integrados com o relatório, serão remetidos ao Judiciário, para que sejam acessados pelo titular da ação penal. Em alguns Estados da Federação, como ocorre na Bahia, os autos serão remetidos às *centrais de inquérito*, vinculadas ao MP, para que a distribuição seja realizada diretamente ao promotor com atribuição para atuar no caso (TAVORA; ALENCAR, 2012, p.129).

---

<sup>42</sup>Lei nº 11.343/06, art. 52, inciso I: (...) relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (*grifos nossos*).

Em seguinte, o membro do *Parquet* poderá adotar três providências distintas: oferecer a denúncia; devolver os autos à autoridade policial requisitando novas diligências; ou requerer o arquivamento do inquérito por entender pela ausência de fato típico ou insuficiência probatória. Este é o *arquivamento direto* (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.68).

Destarte que Paulo Rangel (2013, p.316) acrescenta outra providência a ser adotada pelo *Parquet*: realizar diligências de ofício. Portanto, o ilustre menciona que o promotor poderá oferecer denúncia, pedir o arquivamento, solicitar diligências ou realizar diligências.

Diversamente, ocorre *arquivamento indireto* quando o órgão do Ministério Público “manifesta-se no sentido da incompetência do juízo perante o qual oficia, recusando, por isso, atribuição para a apreciação do fato investigado” (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.75).

(...) Nesta última hipótese, discordando o juiz da manifestação do Ministério Público, tem-se recomendado a aplicação, por analogia, do artigo 28 do CPP, encaminhando-se os autos ao Procurador-Geral para preservar a titularidade da ação penal pública (MIRABETE, 2004, p.104).

Assim, falecerá a atribuição do promotor caso o juízo seja incompetente. Para solucionar este impasse, o ordenamento atribuiu a função ao Procurador Geral de Justiça – quando no mesmo Estado da Federação; ou a Corte Máxima<sup>35</sup> – quando em Estados diversos<sup>43</sup> (LIMA, 2009, p.146).

O que se tem chamado de arquivamento indireto nada mais é do que a hipótese do MP deixar de oferecer denúncia por entender que o juízo é incompetente, requerendo a remessa dos autos ao órgão competente. Caso o magistrado discorde do pleito ministerial, como não há como obrigar o promotor a oferecer denúncia, restaria, por analogia, invocar o art. 28, remetendo os autos ao Procurador Geral, para que este delibere a respeito (TAVORA; ALENCAR, 2012, p.138).

Marcellus Polastri Lima (2009, p.142) chama a atenção para a possibilidade de um *arquivamento implícito* ou *tácito*, sustentado por alguns juristas. Este ocorre quando o titular da ação penal não inclui algum indiciado ou fato investigado e omite

---

<sup>43</sup>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

qualquer manifestação sobre esta preterição. O ilustre autor não concorda com essa possibilidade no direito brasileiro e traz precedentes do STF, STJ, Tribunal Regional Federal (TRF) e Tribunais Estaduais nesse sentido. Mirabete (2004, p.105) concorda com a corrente predominante quando afasta a possibilidade de reconhecimento de um arquivamento implícito, sobretudo após a promulgação da Carta Constitucional de 1988<sup>3</sup>.

Em outra vertente, acompanha a doutrina minoritária Aury Lopes Júnior (2013, p.317). Os ídolos juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p.137) vão além, divergindo o *arquivamento implícito subjetivo* – omissão de infratores; do *arquivamento implícito objetivo* – lacuna em razão das infrações investigadas e não denunciadas.

Há, ainda, situações em que o requerimento de arquivamento é emanado pelo próprio Procurador Geral, quando atua originariamente. Este é o chamado *arquivamento originário* (TAVORA; ALENCAR, 2012, p.138). Existem hipóteses de competência fixada por prerrogativa de função. São hipóteses que estabelecem competências originárias do STF, STJ e Tribunais de Justiça<sup>44</sup>. Dessa forma, “sendo competência originária dos Tribunais, por consequência, a atribuição *ratione personae*<sup>45</sup> originária será do Chefe do Ministério Público que junto as quais atua” (LIMA, 2009, p.149). A jurisdição, nessas circunstâncias, caberá ao Tribunal de Apelação<sup>46</sup>.

Em assim sendo, conclui-se que:

Ao se manifestar sobre o arquivamento do procedimento investigatório, exerce o Ministério Público *opinio delicti* onde prevalece com mais acentuação sua característica de *parte imparcial*. Predomina aqui verdadeira imparcialidade, onde o promotor, atendendo os ditames legais, examina o procedimento opinando em favor do indiciado. Age neste momento similarmente à própria função do magistrado ao exarar a sentença com imparcialidade (LIMA, 2009, p.117).

---

<sup>44</sup> Arts. 102, I, ‘b’ e ‘c’; 105, I, ‘a’; e 29, X, da CF. Art. 46, parágrafo único, LC nº 75/93. Art. 87, CPP.

<sup>45</sup> Em razão da pessoa (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.366).

<sup>46</sup> Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

A norma processual atribui ao Ministério Público, o requerimento de arquivamento dos autos do inquérito. Somente o promotor de justiça pode requerer o arquivamento do procedimento investigatório. O juiz de direito não pode determinar de ofício o arquivamento de investigações policiais, pois este configurar-se-ia como uma usurpação de função e conseqüente ofensa ao princípio *ne procedat iudex ex officio*<sup>47</sup>. Contudo, há nessa circunstância, uma forma de controle a ser exercida pelo magistrado, pois somente este possui a competência legal para arquivar.

Não é dado ao juiz indeferir pedido de arquivamento de inquérito formulado pelo Ministério Público determinando novas diligências; aplica-se à hipótese do artigo 28. O pedido de arquivamento formulado por um representante da Justiça Pública impede que outro, que o suceda, ofereça a denúncia, ainda que não proferido o despacho de arquivamento pelo juiz (MIRABETE, 2004, p.105).

Dessa forma, Marcellus Polastri Lima (2009, p.119) aduz que “ao juiz é conferido o controle do arquivamento como verdadeiro fiscal anômalo de obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e assim, entendendo ser caso de denúncia, não deverá acatar o arquivamento”.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Assim, de acordo com o dispositivo, caso o Procurador Geral insista no arquivamento, o magistrado se encontra vinculado a realiza-lo. O mesmo raciocínio é aplicado em sede de Tribunal.

Nesse contexto, se porventura ocorrer um arquivamento de inquérito policial por um juiz ou tribunal, em crime no qual seja conseguinte uma ação penal pública, sem a devida manifestação do membro do *Parquet*, caberá despacho de correição parcial, ou, em sede de tribunal, caberá agravo (MIRABETE, 2004, p.105).

---

<sup>47</sup> Concretiza a inercia da Jurisdição, devendo o processo ser iniciado por provocação das partes (GOMES, 2013b).

Entretanto, aduz o mencionado autor (MIRABETE, 2004, p.105) que quando a consecutiva ação penal for de alçada privada, os autos conclusos aguardarão a iniciativa do ofendido ou do seu representante. Em assim sendo, a vítima deverá oferecer a queixa dentro do prazo legal. Caso assim não faça, decretada será a extinção de punibilidade<sup>48</sup> pela decadência e ocorrerá o arquivamento dos autos. Se houver pedido de arquivamento por parte do ofendido, este equivalerá a uma *renúncia tácita* e também extinguirá a punibilidade do agressor.

Destarte que a reforma do processo penal ocorrida no ano de 2008 trouxe uma novidade relacionada ao arquivamento, o chamado julgamento *in limine*<sup>49</sup> do magistrado, pautado na defesa prévia apresentada pelo acusado ou pelo seu defensor. Esta é uma absolvição sumária prevista no art. 397<sup>50</sup> da norma processual penal. Marcellus Polastri Lima (2009, 131) sintetiza-o como uma “forma de se estancar um processo natimorto, quando o promotor não pediu o arquivamento e o juiz não viu o defeito no momento do recebimento da inicial”. Conclui o douto jurista (LIMA, 2009, p.131) que “presentes as causas que autorizam o julgamento antecipado do processo, fica autorizado previamente o arquivamento, devendo o promotor se adiantar, não oferecendo a denúncia”. Assim o inquérito policial deverá, de logo, ser arquivado quando estiver presente a excludente de culpabilidade, salvo em situações de inimputabilidade<sup>51</sup>; quando estiver evidenciado uma causa excludente de ilicitude; quando o fato narrado não constituir crime; ou ainda quando estiver extinta a punibilidade do agente.

Sendo assim, se o arquivamento ocorreu em decorrência da atipicidade do fato imputado ao indiciado, torna-se inadmissível a instauração da ação penal (MIRABETE, 2004, p.106).

Os autos procedimentais deverão, caso o magistrado não concorde com o arquivamento, ser encaminhados ao Procurador Geral de Justiça. Assim, de fato, a

---

<sup>48</sup>Código Penal: Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada.

<sup>49</sup>À primeira vista; logo de início, no liminar, isto é, logo no início do processo (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.339)

<sup>50</sup>Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

<sup>51</sup>A inimputabilidade é rechaçada devido à possibilidade de instauração processual visando a aplicação de medida de segurança (LIMA, 2009, p.131).

última análise pertence ao Ministério Público. O crivo judicial se concentra de forma a intermediar a decisão entre o Promotor ou Procurador Geral (LIMA, 2009, p.119).

Destarte que o Procurador Geral de Justiça possuirá três alternativas quando receber a impugnação do pedido de arquivamento das peças investigativas. Primeiro, poderá insistir no arquivamento, caso assim entenda; determinará novas diligências; ou designará outro membro do *Parquet* para oferecer a denúncia. Controvérsia existe com relação à independência funcional<sup>52</sup> e a violação da *opinio delicti* do promotor. A doutrina majoritária se posiciona no sentido da delegação dessa função, ou seja, o promotor designado age como *longa manus*<sup>53</sup> do Procurador Geral de Justiça (LIMA, 2009, p.148).

É o que Julio Fabbrini Mirabete (2004, p.105) nomeia de *princípio da devolução*. Ao conformar-se com a corrente predominante, conclui o jurista que o membro do *Parquet* nomeado pelo Procurador Geral para oferecer a denúncia é vinculado a fazê-lo, pois este age em nome do chefe do Ministério Público, mediante uma delegação interna de atribuições.

O Ministério Público ao optar pelo arquivamento o externará através de **promoção escrita**, devidamente **fundamentada** com as **razões** motivadoras, dando, assim, oportunidade ao juiz e, em caso de remessa à chefia do *parquet*, ao Procurador-Geral, de conhecer as razões que levaram ao arquivamento (LIMA, 2009, p.122).

De forma única, quando tratar de requerimento de arquivamento proveniente do Procurador Geral de Justiça, em sua atribuição originária (arquivamento originário), o pedido fica sujeito ao reexame do Colégio de Procuradores de Justiça, nas situações de solicitação do legítimo interessado<sup>54</sup> (LIMA, 2009, p.151).

Dessa forma, arquivado o procedimento investigativo por insuficiência probatória, arquivamento explícito (LIMA, 2009, p.141), necessária é a obtenção de novas

---

<sup>52</sup>Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. §1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

<sup>53</sup>“É uma expressão que designa o executor de ordens! É normalmente utilizada em referência ao Oficial de Justiça - que é o executor das ordens judiciais, ou seja, "a mão estendida do juiz na rua" (FEIJÓ, 2009).

<sup>54</sup>Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária (Lei nº 8.625/93).

provas para posterior oferecimento da denúncia, obviamente, se não houver ocorrida à extinção da punibilidade. “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia<sup>55</sup>”. Nesse sentido, “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas” (Súmula nº 524, do STF).

Portanto, aduz Mirabete (2004, p.106) que o arquivamento não origina preclusão, e em sendo assim, “o despacho em que se arquivava o inquérito policial ou as peças de informação, a pedido do Ministério Público, é irrecorrível”, *v.g.*, falta de prova de tipicidade. No entanto, em alguns casos a decisão de arquivamento pode equivaler a uma decisão definitiva<sup>56</sup>, e, ai sim, poderá desafiar recurso - apelação subsidiária ou recurso em sentido estrito, *v.g.*, absoluta atipicidade ou extinção de punibilidade (LIMA, 2009, p.136).

Por outro lado, existem decisões de arquivamento que provocam verdadeira preclusão, como no caso de ser fundado em extinção de punibilidade ou na atipicidade da conduta do agente, pois, é intuitivo, nunca poderá se dar o oferecimento da denúncia futuramente com base naqueles fatos, pois o que está extinto não pode renascer e o que é atípico não poderá se tornar típico (LIMA, 2009, p.135).

Portanto, nessas condições, sustenta Mirabete (2004, p.106) pela inadmissibilidade da ação penal.

Em outra senda, e no mesmo sentido, quando o fato for atípico, a mesma Suprema Corte, no informativo nº 388 entendeu que a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, quando o fato nele apurado não constituir crime, produz coisa julgada material.

A supramencionada Súmula nº 524 da Suprema Corte dispõe que o despacho de arquivamento do procedimento investigativo policial, dentro da regra geral, não produz coisa julgada. Sendo assim, possível é o *desarquivamento* e posterior oferecimento da denúncia se não houver ocorrido à extinção da punibilidade. O art. 18 da norma processual menciona que depois de ordenado o arquivamento do

---

<sup>55</sup>CPP, art. 18.

<sup>56</sup>Ou decisão interlocutória, passível de preclusão, o que a torna definitiva (LIMA, 2009, p.136).

inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Destarte que Paulo Rangel (2013, p.219) atenta que o art. 18 do CPP reporta-se ao desarquivamento propriamente dito do inquérito policial. Diferente da Súmula nº 524 do STF, que se refere à propositura da ação penal quando o inquérito se encontra arquivado.

Essas novas investigações por acaso empreendidas serão encaminhadas a juízo e apensadas aos autos arquivados, tendo, então, o órgão do Ministério Público nova oportunidade de se manifestar a respeito. Se, com as novas provas, com as novas investigações, houver elemento que possibilite a propositura da ação penal, esta será promovida (TOURINHO FILHO, 2010, p.332).

Portanto, suficiente é a obtenção de novas provas para o desarquivamento e continuação da persecução pré-processual. Marcellus Polastri Lima (2009, p.134), contudo, atenta para a exigência legal que não condiz com a presença de novas provas. Na verdade, a condição satisfatória se resume a mera notícia da existência dessas provas.

Conclui o insigne jurista que o ato de desarquivamento do inquérito é privativo do membro do *Parquet* (Promotor Natural e Procurador Geral de Justiça), assim como, não é facultado ao judiciário impedir o seu desarquivamento. Ao magistrado pertence o controle pelo arquivamento e não pelo desarquivamento. Imaginar o contrário seria uma verdadeira afronta ao sistema acusatório instituído pela Constituição. Assim sendo, a legitimidade para desarquivar o inquérito pertencerá ao membro do *Parquet* com a atribuição junto à vara criminal onde se encontra arquivada, afinal deve-se observar o princípio constitucional do promotor natural (RANGEL, 2013, p.217, 220).

A nosso sentir, o desarquivamento é ato privativo do Ministério Público, sem a necessidade de intervenção judicial, ocorrendo quando o promotor, convencido da existência de novas provas (súmula nº 524, STF), oferece denúncia, exercendo a ação penal. O ato jurídico do desarquivamento ocorreria com o oferecimento da denúncia, que está condicionada ao surgimento de novas provas, segundo a jurisprudência sumulada do Pretório Excelso, sempre que em momento anterior tenha ocorrido o arquivamento (TAVORA; ALENCAR, 2012, p.136).

Dessa forma, a autoridade policial, quando houver *notícia de novas provas*, representará ao membro do *Parquet* para que este analise a possibilidade de desarquivamento do procedimento investigatório (RANGEL, 2013, p.217).

#### 2.3.1.7 Inquisitorialidade

A atribuição para presidir e conduzir o citado procedimento investigativo pertence a apenas um órgão estatal: o delegado de polícia. Esta autoridade é responsável para guiar o inquérito perante suas escolhas e determinações visando a busca pela verdade real. Pelo citado, não há na fase pré-processual a presença de partes litigantes, pois nem sequer pode-se atribuir uma lide judicial. Perante essa investigação, comumente encontram-se o delegado de polícia, suspeito ou indiciado e o perito criminal.

Neste contexto, sustenta Marcellus Polastri Lima (2009, p.70) que “o sistema processual pátrio, mormente após a CF/88, é nitidamente acusatório, com a acusação, em regra, a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório”.

Entretanto, esta não é a realidade encontrada em sede procedimental, visto que não há litígio ou processo judicial em andamento. Sendo assim, predomina na doutrina que o sistema brasileiro contemporâneo é *misto*. Dessa forma, o sistema inquisitório incide na fase pré-processual ou procedimental e o acusatório no momento processual da persecução penal. Aury Lopes Júnior (2013, p.106) critica a insuficiência da distinção, arguindo que não há mais sistemas intrinsecamente puros.

Em linhas gerais, as principais características do *sistema acusatório* se resumem na plena distinção entre a figura do acusador e do julgador, e assim, a iniciativa probatória pertence às partes; o juiz é um terceiro passivo e imparcial, pautado pelo crivo do livre convencimento motivado; há um tratamento igualitário das partes, respeitados o contraditório e a possibilidade de resistência; o duplo grau de jurisdição; e o escopo da segurança jurídica e social concretizada pela coisa julgada. Portanto, é um imperativo do moderno *processo penal* (LOPES JÚNIOR, 2013, p.108).

Diversamente, no *sistema inquisitório* as funções de investigar, dirigir, acusar e julgar se concentram nas mãos de um único sujeito, ou seja, não há a posição de árbitro imparcial, e sim, de inquisidor. O contraditório, aqui, é acostado e o acusado perde a condição de sujeito processual e torna-se simplesmente objeto da investigação do poder soberano (LOPES JÚNIOR, 2013, p.112).

Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p.258) enfatiza que “se o inquérito policial é eminentemente não contraditório, se o inquérito policial, por sua natureza, é sigiloso, podemos, então, afirmar ser ele uma investigação inquisitiva por excelência”, afinal o indiciado é um objeto de investigação, não um sujeito de direitos. Remata que a peculiaridade é extraída do art. 107 do CPP quando “não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos autos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal”.

Marcellus Polastri Lima (2009, p.70) sustenta que “o fato por si só de haver um procedimento preliminar inquisitivo não desnatura o sistema acusatório da fase processual, pois este sim é que deve ser puro”.

Destarte que diante da presente peculiaridade, o indiciado, ou até mesmo a vítima, não podem opor suspeição a autoridade policial, como ocorre em sede processual quando as partes o fazem em relação ao Juiz, Promotor e aos Serventuários ou Funcionários da Justiça (TOURINHO FILHO, 2010, p.259).

#### 2.3.1.8 Autoritariedade

Afirmam os ilustres juristas Nestor Távora e Rosmar Alencar (2012, p.110) que o presidente da sindicância, o delegado de polícia, é autoridade pública, determinado pelo legislador constitucional:

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

§4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (*grifos nossos*).

A atribuição para presidir o inquérito, portanto, pertence ao delegado de polícia, definido pela *Carta Magna* como a autoridade pública responsável para tanto.

### 2.3.1.9 Dispensabilidade

Os elementos norteadores de uma ação penal podem ser colhidos através de variáveis formas, o que torna o inquérito policial prescindível a sua propositura.

O art. 12<sup>57</sup> do CPP dispõe que o inquérito policial deverá acompanhar a ação penal quando sirva de base para ela, e, assim, se vê que poderá existir ação penal sem que tenha havido inquérito policial, ou seja, apesar da investigação preliminar do inquérito ser feita para fundamentar a futura ação penal, o processo pode existir sem esta, o que demonstra a autonomia do inquérito policial, sendo no Brasil, facultativa a sua instauração. Assim, trata-se o inquérito de procedimento pré-processual autônomo e instrumental (LIMA, 2009, p.71).

O art. 4º CPP<sup>58</sup> deixa claro a possibilidade de inquéritos não policiais, ou como assinala a doutrina: “inquéritos extrapoliciais<sup>59</sup>”.

Ademais o art. 27<sup>60</sup> do código processual atribui a qualquer sujeito o direito de provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato, a autoria e os elementos de convicção. Ainda assim, o art. 39, §5º<sup>61</sup> induz que o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito se, com a representação, forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal. E ainda, o §1º do art. 46 do mesmo diploma trata expressamente da

---

<sup>57</sup>Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

<sup>58</sup>Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (*grifos nossos*).

<sup>59</sup>Nestor Távora, Rosmar Alencar (2012, p.101), Bruno Calabrich (in CHAVES; MOREIRA ALVES; ROSENVALD, 2010, p.616); Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p.241) e Hidejalma Muccio (2012, p.174).

<sup>60</sup>Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

<sup>61</sup>Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial. §5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

possibilidade de dispensa do inquérito policial: “quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou representação” (*grifos nossos*).

Outrora, a dispensabilidade do inquérito também se encontra em legislações específicas, como na Lei nº 4.898/65 que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. O art. 12 dispõe que a ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação, por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso.

E assim complementa Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p.250): “em circunstâncias do próprio ofendido ou o seu representante legal possuir em mãos os elementos necessários e suficientes a propositura da ação penal, poderá iniciá-la, sem a necessidade do relatório inquisitorial produzido pela polícia judiciária”.

Nessa acepção, ratifica o STJ na súmula nº 234 que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” e quando “a polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal (HC 18.060)”.

Ante o exposto, a titularidade inquisitorial investigatória não está concentrada apenas nas mãos de uma autoridade estatal, polícia judiciária. O legislador infraconstitucional possibilitou a outros órgãos administrativos, mediante legislação específica, instauração de inquéritos investigatórios a fim de apurar a justa causa em uma determinada situação fática. Alguns exemplos aludidos pelos supracitados doutrinadores:

- Inquérito Parlamentar, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)

Dirley da Cunha Júnior (2009, p.930), afirma que as Comissões Parlamentares de Inquérito são comissões temporárias, limitadas às Casas Legislativas, que possuem peculiar objetivo investigatório/inquisitivo na apuração de possíveis responsabilidades. Seu fim, no entanto, diverge dos procedimentos afins. Este, diversamente, não possui natureza preparatória. Seu escopo não é amañhar uma ação judicial, porém apenas indagar a legalidade de determinado e preciso ato ou

fato, sempre de interesse público. São normatizadas pelo art. 58, §3º da CF/88<sup>62</sup> e pelo art. 1º da Lei nº 10.001/00<sup>63</sup>.

Nesta senda, STF súmula nº 397:

O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito (grifos nossos).

Destarte que não há impedimento para que o relatório desta Comissão Temporária sirva para fundamentar futuras ações penais ou civis, apesar desta não ser a sua principal meta.

- Inquérito Policial Militar

Este é o procedimento investigatório independente pertencente ao universo do regime militar, e sua previsão legal se encontra no art. 8º do CPP Militar<sup>64</sup>. A finalidade é a mesma do âmbito civil: apurar a infração penal e o seu possível autor, embasando uma futura ação processual.

Ocorre que, por estarmos diante de um regime divergente, pautado na hierarquia e disciplina, o Inquérito Policial Militar possui peculiares características que o ajusta a este distinto regime.

Destarte que no tipo doloso contra a vida praticado por militar em vítima civil, a autoridade policial judiciária militar irá instaurar o inquérito, o encaminhará ao juízo

---

<sup>62</sup>Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. §3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (grifos nossos)

<sup>63</sup>Art. 1º Os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito respectiva, e a resolução que o aprovar, aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência (grifos nossos).

<sup>64</sup>Art. 8º, Código Processual Penal Militar. Compete à Polícia judiciária militar: a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria; b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas; (...) g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar (grifos nossos).

militar competente e este o remeterá a justiça estadual comum (art. 125, §4º, CF, art. 9º, p.ún., CPM, e art. 82, *caput* e §2º, do CPPM).

- Inquérito Civil

Possui previsão normativa no art. 129, III, da Carta Política<sup>65</sup> e no art. 8º, §1º da Lei 7.347/85<sup>66</sup>.

O citado procedimento é um instrumento de atuação exclusiva atribuída e presidida pelo *Parquet*. Assim como o inquérito policial, o civil também possui incumbência investigatória e fomentadora a uma futura ação processual, nesta senda, Ação Civil Pública. Esta última que, de acordo com Dirley da Cunha Junior (2009, p.832), é “um dos mais significativos meios de efetivação das normas constitucionais na defesa coletiva dos direitos fundamentais”.

Nesse sentido se manifestou Celso de Mello Filho, Ministro do STF:

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública (DIDIER JÚNIOR, 2013, p.233).

Na essência, entretanto, não deve ser confundido com o objeto do presente estudo – inquérito policial. Algumas são as distinções trazidas pelo Professor Fredie Didier Júnior (2013, p.235).

O IC se destina precipuamente para a área cível *lato sensu*, enquanto o IP volta-se sempre para a área criminal; no IC é o próprio MP que preside as investigações, enquanto que no IP, em geral, é a polícia que atua no inquérito; no IC o arquivamento é controlado pelo próprio MP, que determina o arquivamento (com obrigatória remessa de ofício para Conselho Superior

---

<sup>65</sup>Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

<sup>66</sup>Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. §1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

do Ministério Público); no inquérito policial, o controle de arquivamento é efetuado pelo juiz, o MP apenas requer o arquivamento (art. 28 do CPP).

Em assim sendo, o presente inquérito “extrapolicial” possui o fulcro de colheita probatória e elementos de convicção no sentido intuitivo de proposição de Termo de Ajustamento de Conduta ou futura Ação Coletiva.

Ademais, além do art. 6º Lei Complementar nº 75/93, diversos outros diplomas - Microsistema Processual Coletivo - tratam sobre o tema: art. 6º, Lei nº 7.853/89; arts. 223 c/c 201, V, Lei nº 8.069/90; art. 26, I, Lei nº 8.625/93; art. 8º, §1º da Lei nº 7.347/85.

Quanto ao Inquérito Ministerial, promovido pelo Ministério Público, o *habeas corpus* nº 91.661/PE da Ministra Ellen Gracie expõe que:

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti (*grifos nossos*).

Apesar de ainda subsistir controvérsia doutrinária e jurisprudencial, prevalece a competência investigativa atribuída ao membro do *Parquet*, formalizada mediante o Inquérito Ministerial.

A Teoria dos Poderes Implícitos (originária da Suprema Corte Norte Americana, 1819) aduz que uma concessão constitucional a um órgão ou instituição deve vim acompanhada, implicitamente, do poder necessário a sua execução. Ora, se o Promotor de Justiça efetivado no cargo é o competente a propor a ação penal (art. 129, inciso I, CF), este também deve ser abalizado a realizar as necessárias investigações preliminares (quem pode o mais, pode o menos).

Ademais, da correta interpretação dos dispositivos contidos na Lei Complementar nº 75/93 (organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União) e Lei nº 8.625/93 (institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério

Público dos Estados e outras providências) conclui-se pela amplitude da legitimação do membro do *Parquet* a realização de procedimentos investigativos. Nesse sentido é o entendimento do STF no acórdão do *habeas corpus* nº 94.173/BA:

A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis"<sup>67</sup>, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial.

Ainda coadunando com esse entendimento, o Ministro Hamilton Carvalhido do STJ, ao julgar o Recurso Especial 2001/0191236-6, concluiu que:

Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

Dessa forma, o Ministério Público possui a atribuição de colher material probatório, através de procedimento administrativo investigatório (inquérito ministerial), dentro dos seus limites constitucionais e legais, objetivando propositura de futura ação processual.

- Investigação particular capaz de embasar uma futura ação penal

Em relação às investigações particulares capazes de embasar futura ação penal, Bruno Calabrich In Farias, Moreira Alves, Rosenvald, coord. (2010, p.616), ao escrever sobre a atuação ministerial, classifica as investigações em estatais e privadas ou particulares. Essa distinção se pauta na presença da *imperatividade*, o *poder de coerção* e eventualmente da própria *coação*, nas primeiras.

---

<sup>67</sup>Dono da lide, autor, o que manda na ação (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.319).

O cidadão comum também encontra guarida na obtenção de elementos capazes de fomentar uma justa causa. No entanto, este se encontra limitado por não possuir as atribuições inerentes às autoridades estatais. Este sujeito se encontra agarrado a uma penúria recursal no que tange a colheita de elementos probatórios, o que não retira a sua legitimidade dentro dos limites legais impostos.

Portanto, a atuação da polícia judiciária na atribuição investigativa é prescindível diante de determinadas situações definidas em lei. Fato este que torna o inquérito policial dispensável à proposição da ação criminal. Diversos são os exemplos elencados pela doutrina, como: inquéritos por crimes praticados por magistrados ou promotores, os quais possuem respectivas investigações presididas pelos órgãos de cúpula de cada carreira; inquérito promovido pelo STF em crimes ocorridos em sua dependência; investigações realizadas pelas Receitas Federal e Estadual, pela Controladoria Geral da União, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, pelas Delegacias do Trabalho, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e agências reguladoras [Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), etc.]; e outros.

Destarte que, caso haja inquérito policial e este fundamentar a conseguinte ação judicial, o mesmo, como já exposto, deverá acompanhar a inicial acusatória. Conforme o art. 12 do CPP, “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (*grifos nossos*).

#### 2.3.1.10 Unidirecionalidade

Paulo Rangel (2010, p.97), explica que “assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente à apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo”.

O legislador constituinte atribuiu a função de presidir o inquérito à autoridade de polícia. Essa peça administrativa possui uma singular finalidade: investigação de um possível fato delituoso e a sua autoria. Dessa forma, não deve o delegado atribuir nenhum valor à sua peça.

### 2.3.1.11 Sistematização

Deve haver uma sequência lógica e cronológica na estruturação do relatório – peça resultante da investigação ocorrida em sede policial. Afinal, “o inquérito é um livro que conta uma história, história esta que deve ter início, meio e fim” (RANGEL, 2013, p.90).

## 3 DIREITO DE DEFESA E O CONTRADITÓRIO

### 3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O objetivo expresso da atual CF é “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”, o que ratifica a pretensão protetiva individual. Nesta senda, o ordenamento principiológico<sup>68</sup> altera a coerência lógica entre o Estado e o particular. Agora, incontestemente é a predominância dos direitos individuais perante a objeção estatal, o que limita a sua atuação (MENDES; BRANCO, 2012, p.153, 155). Complementam os juristas:

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático (MENDES; BRANCO, 2012, p.190).

Não há na presente doutrina uma uniformidade conceitual inerente aos direitos fundamentais. No orbe jurídico, diversas expressões convergem à mesma conclusão. Comumente são encontradas, na teórica e prática vida jurídica, definições como: direitos humanos, direitos naturais, direitos do homem, direitos

---

<sup>68</sup>No âmbito dos direitos fundamentais há uma predominância das normas que configuram princípios. Diante desse contexto, importante conceituar estes últimos como “determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 209). São, portanto, mandados de otimização de caráter *prima facie* (p. 210).

individuais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas.

José Afonso da Silva (2005, p.56) prefere *direitos fundamentais do homem*, por este instruir o nível do direito positivo e a ideologia presente no determinado ordenamento jurídico. Aduz que a terminologia adotada no art. 5º - direitos fundamentais – se complementa com o exposto no art. 17 – direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, reportam-se situações jurídicas, subjetivas e objetivas, precisas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Sua adoção, conclui, é um elemento essencial ao próprio conceito de Constituição.

Dirley da Cunha Júnior (2009, p.533) adota o termo *direito fundamental* por este possuir maior abrangência, englobando as demais definições, além de ser a nomenclatura utilizada pela atual Constituição, veementemente adotado como epígrafe do Título II.

Essa dificuldade conceitual se justifica pela evolução gradativa histórica que cerceia o instituto, principalmente no período após a Segunda Guerra Mundial, e no Brasil após a Ditadura Militar. Os direitos fundamentais, dessa forma, na sua atual interpretação e contextualização, compreendem os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos garantidos pela *Carta Magna* em oposição aos arbítrios abusivos cometidos pelo particular ou próprio Estado. Neste trâmite, o direito individual fundamental deve predominar sobre os interesses estatais (NERY JUNIOR, 2012, p.216).

Silvia Bernardi in Célio Janczeski, coord. (2010, p.44) conceitua como um conjunto de garantias e de direitos que objetivam a proteção da pessoa, particularmente considerada, e o respeito à sua dignidade diante do arbítrio estatal e condições mínimas de vida e desenvolvimento. Nesse sentido, possui natureza de *cláusula pétrea*<sup>69</sup>, o que veda sua alteração, rejeição ou até mesmo exclusão do ordenamento vigente.

Dirley da Cunha Júnior (2009, p.539) aduz que os direitos fundamentais “compreendem os direitos civis (individuais e coletivos), os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos e culturais”, exteriorizados através de

---

<sup>69</sup>A disposição constitucional imutável (CUNHA, 2007, p. 49).

*normas-princípios* de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1, CF/88<sup>70</sup>), e os conceitua como:

(...) todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material) (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.540).

A aplicabilidade imediata garante a plena positivação do exposto. O sujeito, no atual Estado Democrático de Direito, possui a atribuição de guarnecer sua fundamental tutela perante o Estado e os próprios particulares. Para citado fim, Alexandre de Moraes (2007, p.406) lembra que diversas são as ferramentas jurídicas fornecidas ao cidadão, *v.g.*, a Iniciativa Popular e o Mandado de Injunção.

Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (STF - MI 721 DF).

Destarte que os princípios garantidores de tutelas fundamentais são unificados por um critério ou teor comum, porém não exclusivo, estimado como norteador dos demais e como fundamento da República Federativa do Brasil: o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III (CUNHA JUNIOR, 2009, p.537). No presente contexto, torna-se um mínimo invulnerável cujo exercício será limitado apenas em circunstâncias excepcionais. Há, para isso, uma garantia ao particular quando os direitos fundamentais se relacionam com a “não ingerência” estatal aos direitos individualmente infundidos.

Diante do aludido, Alexandre Moraes (2007, p.61, 95) distingue a dupla concepção da dignidade da pessoa humana como: um direito individual protetivo ante o Estado e/ou demais indivíduos, além de dever fundamental de igualitário tratamento entre os próprios semelhantes. Em outra vertente, José Afonso da Silva (2005, p.37) destaca a duplicidade de valores jurídicos inseridos no vértice principiológico. Primeiramente, a *pessoa humana*: ser racional sobre o qual recai o ordenamento

---

<sup>70</sup>CF/88. Art. 5º. §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

jurídico; e *dignidade*: qualidade intrínseca do âmago da pessoa humana que o torna hábil a legitimar um valor interno. O conceitua como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Uma referência constitucional unificadora de todos esses princípios.

Não divergindo dos aludidos posicionamentos, Narciso Baez in Célio Janczeski, coord. (2010, p.21) instrui que o mencionado princípio é uma qualidade intrínseca a cada sujeito que requer, do conjunto social que o cerca, o respeito aos demais direitos fundamentais, dentro de sua dimensão cultural. Ademais, pautado no embasamento teórico de Immanuel Kant, traz que o presente fundamento norteador universal não pode ser removido ou imposto às pessoas, afinal é corolário de sua qualidade como ser humano e da própria razão. Dessa forma, é anterior inclusive ao direito. Influi, portanto, na sua consciência de liberdade, autonomia e autodeterminação. Assim, quando se equipara o Homem a objeto ou instrumento omisso de direitos, *v.g.*, escravidão, tem-se caracterizado uma ofensa a Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, vinculam a atividade estatal a um limite incapaz de transfixar a esfera individual e conseqüentemente embasam o ordenamento jurídico vigente. Dirley da Cunha Júnior (2009, p.618) conclui pela existência de um *Sistema de Direitos Fundamentais* no Direito Constitucional pátrio. A finalidade é a tutela para com o arbítrio estatal, assim prevalece a garantia de condições mínimas a cada indivíduo particularmente considerado.

Corroborando com o citado, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) define genericamente os Direitos Humanos Fundamentais como uma “proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana” (MORAES, 2007, p.94).

Diante de tamanha importância na conjuntura estruturante do ordenamento social, os direitos fundamentais possuem peculiaridades que os distanciam para uma condição hierárquica hermenêutica superior, tais como: historicidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, universalidade, inviolabilidade, efetividade, interdependência, concorrência, irrenunciabilidade, limitabilidade e complementaridade.

Dessa maneira, importa destacar a natureza relativa disposta ao instituto. Os direitos fundamentais são limitados aos demais de semelhante natureza, igualmente ratificados pelo ordenamento constitucional. É o posicionamento do STF<sup>71</sup>. Ademais, a própria Lei Maior<sup>3</sup> reconhece, em excepcionais circunstâncias e/ou situações, a possibilidade de restringir ou suprimir temporariamente os mencionados direitos sem, inclusive, a necessidade de autorização judiciária, a exemplo da decretação do Estado de Sítio e de Defesa, art. 21, inciso V<sup>72</sup> (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.99).

Nelson Nery Junior (2012, p.217) didaticamente aponta cinco requisitos cumulativos necessários a autorizar uma restrição de uma norma fundamental. Primeiramente, esta limitação deve ser constitucionalmente autorizada e fundamentada. Assim, se porventura advier uma restrição imposta por legislação infraconstitucional ou por ato administrativo, sobrepujando as restrições acima impostas, estará eivado de inconstitucionalidade e será considerada nula. Posteriormente, esta limitação deverá ser proporcional, observando-se a *proibição de excesso* com o escopo de impedir uma possível aniquilação daquele direito. Ademais, a restrição em tela deve atender ao interesse social de forma a privilegiar as demais garantias fundamentais. O quarto requisito cumulativo importa na fundamentação exaustiva. Todo ato que restringir um direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado<sup>73</sup>. Por último, e não menos importante, todo ato restritivo de tutela fundamental deve ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário para não violar o preceito constitucional do art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

---

<sup>71</sup>MS nº 23.425/RJ - Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (grifos nossos).

<sup>72</sup>CF/88, art. 21 - Compete à União: V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal.

<sup>73</sup>Art. 93, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A garantia constitucional da *proibição de excesso*, exposto pelo citado autor, nada mais é do que a proporcionalidade em sentido amplo. Nelson Nery Junior (2012, p.219) o eleva ao “papel de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual”. Este se subdivide em três subprincípios: idoneidade ou adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito. Pelo primeiro, as medidas restritivas devem ser suficientes ao fim visado. Por necessidade, compreende-se que o meio apurado seja o que traga menores consequências restritivas. A proporcionalidade em sentido estrito aduz à “justa medida ou relação de adequação” entre os interesses presentes no embate, uma ponderação entre o “sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela almejado”.

Não há, portanto, hierarquia entre os direitos fundamentais. Nesse sentido, em uma eventual colisão das mencionadas garantias, deverá o intérprete aplicar o *Princípio da Concordância Prática* ou *Harmonização*. Diante deste, não urgirá uma supremacia ou imolação de um perante o outro. Diversamente, assentará um equilíbrio proporcional de modo a melhor adequar o fato ou circunstância concreta ao objetivado pela Constituição. Em um conflito dessa natureza, deve-se buscar a conciliação e adequá-los as circunstâncias fáticas. Sua normatividade, portanto, é provisória e apesar de estarem no mesmo nível hierárquico, possuem “pesos abstratos” divergentes à aplicação concreta<sup>74</sup> (MENDES; BRANCO, 2012, p.101, 210).

É o que se extrai do posicionamento do STF:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com

---

<sup>74</sup>Juízo de ponderação: proporcionalidade em sentido estrito (MENDES; BRANCO, 2012, p. 211).

desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF - MS: 23452 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

Paulo Bezerra (2007, p.230) induz que para a solução de citado conflito, faz-se necessária a aplicação do princípio da *razoabilidade*. Este comporta três elementos: *proporcionalidade*, *necessidade* e *nexo de causalidade*. Logo, o emprego do mais proporcional, necessário e com maior nexo à circunstância fática deve ser o preferido.

Além disso, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p.241) ressaltam o nominado “Limites dos Limites”, que demarcam a atuação do legislador infraconstitucional quando restringem direitos fundamentais. Decorre da própria CF.

Portanto, conclusiva é a supremacia hierárquica dos direitos fundamentais perante os demais do ordenamento, e a equivalência proporcional entre eles, na dependência da circunstância concreta.

### 3.2 ORDENAMENTO JURÍDICO

A Teoria do Ordenamento Jurídico traz para o direito uma visão unitária e fechada da sua estrutura, pautada na coerência lógica existente na sua ordem. Falar em ordenamento jurídico, portanto, aduz uma contextualização sistêmica. Nessa realidade predominante brasileira, o ordenamento jurídico e a interpretação sistemática são dois conceitos que se interligam perante a formalização e materialização do direito.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p.177) já afirmava que o ordenamento é um conceito operacional que permite a integração das normas em um conjunto, pois aquele que fala em ordenamento pensa necessariamente na noção de sistema. A teoria do ordenamento jurídico concede uma “proposta racional de compreensão da totalidade do Direito como um sistema ordenado dos elementos que compõem o Direito” (FREIRE, 2009, p.38). Ordenamento configura-se, portanto, como uma estrutura organizada hierarquicamente.

A visão do direito como um ordenamento prevaleceu de forma tão majoritária, que nos moldes jurídicos atuais, principalmente no ocidente, enxerga-lo diversamente configura-se como um exercício de extrema complexidade, dificuldade técnica e inaplicabilidade prática. Historicamente, um determinado jurista firmou o seu nome na história ao tornar-se um dos grandes responsáveis por essa visualização normativa, discípulo de Kant, seu nome é Hans Kelsen (Áustria, 1881-1973).

Hans Kelsen (2009, 427 p.) desenvolveu umas das maiores teorias jurídicas da história: a Teoria Pura do Direito. A ciência jurídica aludida pelo respeitado doutrinador pauta-se na unificação conceitual. Kelsen buscou uma teoria jurídica uníssona, passível de ser adequada aos mais diversos contextos sociais e políticos que rondavam a Europa no marco da Primeira Guerra Mundial. Um modelo conceitual que transformasse, de fato, o direito em uma ciência autônoma. A lógica jurídica deve, portanto, ser idêntica, independentemente do contexto social e político. O direito soviético, o direito nazista, o direito fascista e o direito democrático-liberal deveriam seguir o mesmo raciocínio, a mesma base metódica deveria irrigar a estrutura jurídica, independentemente da realidade presente em cada sítio. O direito, dessa forma, torna-se hábil de labutar em indeterminadas circunstâncias e ou situações, temperado com as particularidades presentes em cada nacionalidade, cultura e momento histórico. Essa é, portanto, uma teoria geral do Direito.

O marco inicial do raciocínio kelseniano encontra-se na premissa do entrelaçamento das normas. Para Kelsen, o sistema é uno, apesar da pluralidade de normas. Essas que nunca estiveram soltas fazem parte de uma estrutura lógica e escalonada que pode ser representada figuradamente por uma pirâmide. Desse conceito nasceu a expressão *pirâmide normativa*, amplamente utilizada no cotidiano dos estudiosos e aplicadores do direito (Figura 1).

A ciência jurídica instituída por Hans Kelsen apresenta o direito como um sistema de normas. A pirâmide kelseniana demonstra, de forma clara e didática, a estrutura lógica e hierarquizada do ordenamento jurídico. Nesta pirâmide, o inquérito policial, em discussão, é definido pela majoritária doutrina como um procedimento administrativo regido pelas normas dos atos administrativos. Sendo assim, percebe-se a sua subordinação perante a garantia do devido processo legal e os seus afluentes – ampla defesa e contraditório – previstos no ápice normativo<sup>3</sup>.

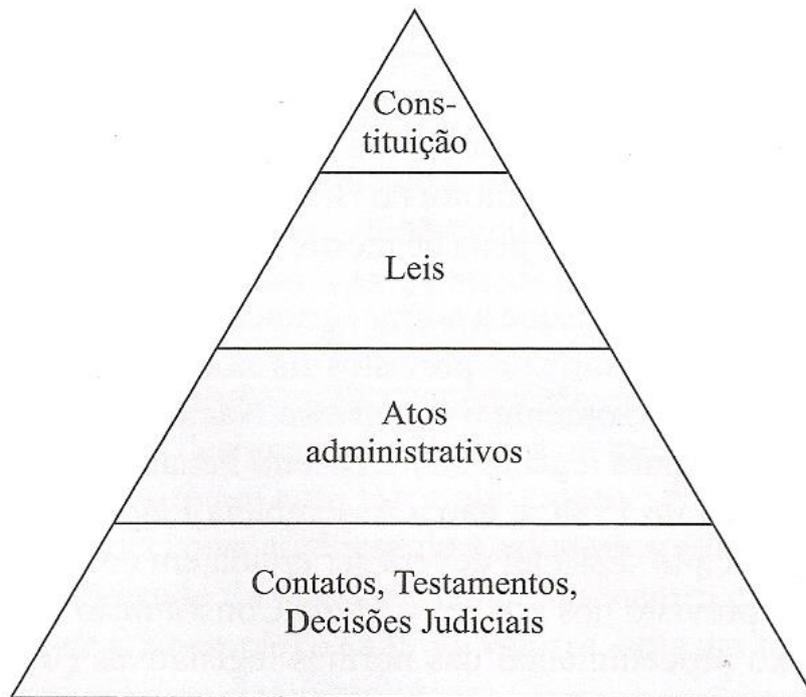


Figura 1: Pirâmide de Kelsen  
 Fonte: Ricardo Maurício Freire (2009, p.39)

O grau máximo da hierarquia legal escrita é, portanto, a CF. Essa é fundamentada na norma hipotética que afirma: “o que nesta Constituição se pactua deve ser mantido” (REALE, 2009, p.476b).

O suporte do qual decorre todo o esqueleto normativo é nomeado por Kelsen como Norma Hipotética Fundamental. Esse é o suporte que integraliza o sistema, pressuposto de unidade e validade da ordem jurídica positiva. Atribui, nesse contexto, poder legal a uma autoridade dando-lhe competência para emitir comandos jurídicos. O legitima a estruturar os moldes pelos quais devem ser criadas as normas gerais e individuais. O direito, assim, regula a sua própria criação.

A referida norma básica não é preceituada por uma identidade jurídica, não é uma norma positiva. Não confere direito nem prescreve obrigação. Possui natureza de hipótese lógica para sistematizar o contexto de normas válidas. Maria Helena Diniz (2009, p.129), ao tratar da norma hipotética, leciona:

É uma norma pensada pelo jurista como pressuposto logicamente indispensável para a cognoscibilidade do direito. Pode-se dizer que a norma hipotética fundamental é *metajurídica* no sentido de não ser uma norma positiva, criada por um ato de vontade de um órgão jurídico, e sim uma norma pressuposta no pensamento jurídico.

Segundo o filósofo austríaco, o mundo jurídico configura-se tão somente em um sistema de normas hierarquizadas que se afunilam em direção ao ponto culminante da estrutura normativa: a norma hipotética fundamental. Essa fundamenta a validade das demais. Somente através dela o jurista pode afirmar se uma lei ou regra é ou não parte integrante do sistema (REALE, 2009, p.457b; FREIRE, 2009, p.133). Kelsen, na sua teoria, afirma que a vida jurídica é uma “Stufenbau”, ou seja: uma estrutura organizada que hierarquiza as normas, desde as constitucionais até as convenções individuais (REALE, 2009, p.477b).

A natureza da Teoria Pura é unicamente normativa. As normas serão válidas quando inseridas em um sistema jurídico e se adequarem ao preceito superior imposto pelo Estado. A origem desse ordenamento não possui relevância constitutiva. Podem resultar, portanto: do poder legislativo, multiplicidade de vontades, costumes ou até golpes de estado. A “ideologia do poder” é indiferente perante a Teoria Pura.

O sistema jurídico, portanto, possui duas premissas necessárias à validade das suas normas: derivação e fundamentação. Para a visão jurídica adotada por Hans Kelsen (2009, 427 p.), a norma jurídica, para ser válida e considerada parte do sistema deve ser pautada formalmente e materialmente na norma superior. Será válida, portanto, quando estatuída por quem possui competência para tanto, através dos moldes pré-estabelecidos e quando contenha conteúdo harmônico ao disposto no comando normativo superior. Há uma lógica hierárquica na pirâmide. A norma superior determina a forma e o conteúdo da norma subalterna. Assim, as normas localizadas na parte alta da pirâmide possuem grau de abstração maior, se comparadas às localizadas na base. Essas, contudo, regulam situações mais concretas e específicas, na medida em que se afastam do topo.

A posição kelseniana é majoritária e hegemônica. As normas devem ser interpretadas conforme um sistema unitário. Esse é o método sistemático de interpretação jurídica. O professor Eros Roberto Grau (2006, p.44) afirmou: “não se interpreta o direito em tiras”. No neoconstitucionalismo (pós-positivismo jurídico) (FREIRE, 2009, p. 188), atual período hermenêutico, toda norma deve ser interpretada com fulcro na CF. É o chamado processo de filtragem hermenêutica. Afinal, o sistema jurídico é um todo interligado. A aplicação de uma norma configura-se na aplicação do ordenamento.

A função do intérprete aplicador do direito coaduna-se na acepção pontual da norma inserida no contexto jurídico. O preceito isolado deve ser lido de forma a resguardar a conformidade geral do sistema. Uma norma jamais deve e pode ser isolada do preceito fundamental. Há um padrão lógico que enreda o ordenamento como um todo uníssono.

No século XIX, a partir do código Napoleônico, surgiu na França a Escola de Exegese. A doutrina hermenêutica assim divide-se em duas etapas: a primeira consiste em uma interpretação literal ou gramatical; a segunda, uma interpretação lógico-sistemática. Dessa forma, o dever do intérprete, primeiramente, é identificar a vontade do legislador reproduzindo fielmente a literalidade da lei. Acreditava-se que a legislação era capaz de prever todas as situações fático/sociais. Após essa interpretação, portanto, impõe-se ao intérprete um trabalho lógico. Afinal, nenhum dispositivo legal encontra-se em posição separada dos demais. O seu valor é considerado perante sua localização sistemática. A interpretação deve ser pautada de acordo com os seus valores gramaticais, no entanto, deve-se sempre considerar uma estrutura normativa na qual está inserida. A norma deve ser contextualizada perante a estrutura hierárquica. Miguel Reale (2009, p.277a) afirma, enfaticamente, em sua obra, que não há distinção entre a interpretação lógica e a interpretação sistemática. Ambas são faces da mesma moeda e assim devem ser interpretadas organicamente.

A situação, portanto, da interpretação constitucional da norma processual penal, o que inclui o procedimento investigativo preliminar, deve-se pautar em uma lógica sistêmica. Assim, incoerente é observar o termo *“acusados em geral”* e deixar de incluir a garantia de um contraditório constitucionalmente previsto no bojo do inquérito policial. O sistema visto externamente possui uma complexidade teórica normativa e hermenêutica. O sistema jurídico, como observado, deve ser compreendido como único, de forma unitária. Uma norma infraconstitucional não pode estar em desacordo com os preceitos defendidos na Carta Social<sup>3</sup>. Há, além do conflito interpretativo, questões de legalidade hierárquica presente nessa singular relação. O ordenamento jurídico não pode se confirmar como sistema quando possuir antinomias no seu conteúdo, considerada una.

### 3.3 APLICABILIDADE IMEDIATA

Inicialmente, necessária é a superação definitiva, da limitação positiva dos direitos fundamentais a regulamentação oriunda de legislação ordinária, ante o presente *Estado Democrático de Direito* e o princípio norteador da *Dignidade da Pessoa Humana*. No presente ordenamento, há a previsão expressa no §1º do art. 5º da Lei Maior quando diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sua natureza é de Norma-Princípio e, diante disso, os mencionados direitos individuais se embasam no próprio *Lex Legum*<sup>3</sup>, não na lei infraconstitucional. Conclui-se, portanto, que “é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário” (MENDES; BRANCO, 2012, p.174, 176). Sua aplicabilidade jurídica ocorre de forma direta, inclusive se for contrária à própria norma ordinária, o que acarreta a inconstitucionalidade desta. Situação posta não impede, evidentemente, que haja na Ordem Máxima, princípios fundamentais que não sejam autoaplicáveis, usualmente os de feição social, como a educação<sup>75</sup> e o lazer<sup>76</sup>. Inclusive, a inércia decorrente de eventual inaplicabilidade fundamental normativa pode atrair a repreensão da inconstitucionalidade por omissão (MENDES; BRANCO, 2012, p.175, 176).

José Afonso da Silva (2012, p.180; 2005, p.57,177) ressalta que a aplicabilidade imediata concedida aos direitos fundamentais não soluciona as pequenas peculiaridades constitucionais quando estes expressamente necessitam de norma ulterior para eficiente aplicação. É o que ocorre com alguns princípios relativos a direitos sociais e econômicos. Nestes, faz-se necessário o ato legislativo posterior. Entretanto, esta, em regra, não atinge os direitos fundamentais democráticos e individuais - direito ao contraditório e à ampla defesa. A regra, portanto, é que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (1ª dimensão) sejam de imediata aplicabilidade. Diversamente ocorre com as regras definidoras dos direitos

---

<sup>75</sup>Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>76</sup>Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

sociais, econômicos e culturais (2ª dimensão), que por vezes necessitam de posteriores providências para afiançar a seu devido alcance.

O STF ratificou quando:

Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (CF. art. 5º, §1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o estado a guardar-lhes estrita observância (STF - Ext: 986 BO, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 14/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00021 EMENT VOL-02292-01 PP-00030).

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.103) ratificam o exposto quando desvincula o caráter absoluto da presente norma. Apesar de essa aplicabilidade imediata ser a regra, existem normas fundamentais que são dependentes de posterior regulamentação para sua plena eficácia, verificável no próprio texto normativo, notadamente nos direitos sociais<sup>77</sup>. A doutrina jurídica concebeu o princípio da *reserva do possível* e o conseqüente princípio da *proibição do retrocesso social*: o primeiro preserva a garantia dos direitos sociais às condições econômicas de uma determinada época, enquanto o segundo impede um retrocesso ou retração aos direitos dessa natureza já ofertados (BEZERRA, 2007, p.211).

O aludido princípio da *proibição do retrocesso social* veda a reversibilidade dos direitos fundamentais adquiridos, o que conduziria a uma visível inconstitucionalidade. Assim, o núcleo essencial já efetivado não pode ser limitado sem a criação de uma medida alternativa e ou compensatória (NERY JUNIOR, 2012, p.219).

Divergindo do exposto, Dirley da Cunha Júnior (2009, p.619) tutela a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, ou seja, incluem aqueles que não se encontram previstas no catálogo (Título II) ou até na própria Carta Política, diante de uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo. Acredita o autor, inclusive, que em situações de omissão, o próprio judiciário deve empregar a eficácia fundamental, independentemente de providência administrativa ou legislativa. Sustenta, pois, pela “deslocação da doutrina dos *direitos fundamentais*

---

<sup>77</sup>CF/88, art 7º.

*dentro da reserva de lei para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*” (CUNHA JUNIOR, 2009, p.630).

De forma semelhante se posicionam os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.103) quando ratificam que o alcance da norma definidora da imediata aplicabilidade não se restringe ao rol descrito no seu artigo<sup>78</sup>. Sua incidência recai sobre todas as classes de direitos e garantias expostas na *Carta Magna*, inclusive os que não se encontram no catálogo a eles destinado - art. 5º ao 17.

### 3.4 DESTINATÁRIOS

O art. 5º da *Carta Magna* impõe que todos serão iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*grifos nossos*).

O artigo 5º, *caput*, faz menção tão somente aos brasileiros, sem distinguir os natos dos naturalizados, e estrangeiros residentes no país. Mediante uma interpretação sistemática, no entanto, devem ser incluídos no rol normativo os estrangeiros não residentes, apátridas e pessoas jurídicas. Afinal, o §2º não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O preceito amplia o alcance tornando o rol meramente exemplificativo. Posteriormente, EC nº 45/2004 acrescentou o §3º à presente norma, ratificando o posicionamento adotado. Nada impede, portanto, a um estrangeiro que esteja em trânsito em território nacional, ilegalmente preso, que impetre um *Habeas Corpus* (LENZA, 2011, p.865).

A plena aplicabilidade jurídica fundamental aos estrangeiros não domiciliados no Brasil possui vasta corroboração na jurisprudência da Corte Máxima nacional, o STF. É o que se extrai dos julgados a seguir, *in verbis*:

(...) o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais

---

<sup>78</sup>CF/88, art. 5º.

razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado. Isso significa, portanto, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte e dos Tribunais em geral, que (RDA 55/192 - RF 192/122) o súdito estrangeiro, mesmo (RDA 59/326 - RT 312/363) o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou, notadamente, o 'habeas corpus': É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de 'habeas corpus', eis que esse remédio constitucional - por qualificar-se como verdadeira ação popular - pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional. Cabe advertir, ainda, que também (RTJ 164/193-194, Rel. Min. CELSO DE MELLO) o estrangeiro, inclusive aquele que não possui domicílio em território brasileiro, tem direito público subjetivo, nas hipóteses de persecução penal, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal, pois - como reiteradamente tem proclamado esta Suprema Corte - a condição jurídica de não-nacional (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488 - RTJ 185/393-394, v.g.) do Brasil e a circunstância de esse mesmo réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Nesse contexto, impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, a preservação da integridade do seu direito de ir, vir e permanecer, bem assim os direitos básicos ("jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque") que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. O fato irrecusável é um só: o súdito estrangeiro, ainda que não domiciliado no Brasil, assume, sempre, como qualquer pessoa exposta a atos de persecução penal, a condição indisponível de sujeito de direitos e titular de garantias, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e Tribunais deste país, especialmente por este Supremo Tribunal Federal. Por reconhecer, desse modo, que o súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe asseguram a preservação do 'status libertatis' e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do 'due process' (...)" (STF - HC: 94404 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/08/2008,

Data de Publicação: DJe-159 DIVULG 25/08/2008 PUBLIC 26/08/2008 RTJ VOL-00207-03 PP-01310)

“O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena (STF - HC: 97147 MT, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 04/08/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-02 PP-00291).

Dirley da Cunha Junior (2009, p.619) corrobora com aplicação do preceito diante do §2º. Entretanto faz uma pequena ressalva: aos estrangeiros não residentes, legítimos destinatários, há uma exceção na fruição de alguns desses direitos, como os direitos políticos exercitáveis somente por brasileiros natos ou naturalizados (§§2º e 3º do art. 14).

Em verdade, o citado autor aduz que o art. 5º, *caput*, deve ser interpretado à luz do princípio da *Unidade da Constituição* para estendê-lo às “pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, com residência ou não no Brasil” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.619). José Afonso da Silva (2005, p.65), em caminho diverso, afirma que é o art. 1º *Lex legum* - Dignidade da Pessoa Humana - que garante a extensão tutelar normativa aos estrangeiros não residentes no País ante a sua abrangência valorativa universal.

A regra hermenêutica constitucional direciona sua interpretação em sentido amplo, que condiz com uma maior tutela praticável dos seus termos. Assim, a leitura da expressão “residente no país” deve ocorrer para uma aplicação dos citados direitos àqueles que se encontrem dentro do território nacional. Nesse sentido, não se deve excluir os que aqui estiverem em trânsito, como um turista em deslocamento. Este igualmente possui acesso às mesmas prerrogativas mandamentais como o Mandado de Segurança e demais remédios constitucionais (MORAES, 2007, p.103). É o que se extrai do STF – HC nº 74.051-1 – Rel. Min. Marco Aurélio – *Informativo STF*, nº 45 – “A teor do disposto na cabeça do art. 5º da Constituição Federal, os estrangeiros residentes no País têm jus aos direitos e garantias fundamentais”; e STJ – RHC nº 3.729/SP – Rel. Edson Vidigal – “As razões de Estado, em se tratando de direito individual de qualquer pessoa neste país, brasileiro ou estrangeiro, não podem transcender aos limites da Constituição da República. As leis penais, que como quaisquer outras têm que se conformar com os mandamentos

constitucionais, sob pena de não valerem nada, não podem ser interpretadas preconceituosamente, ao sabor de cada situação”. O intérprete deve ter como parâmetro orientador o princípio da igualdade (BERNADI in JANCZESKI, coord., 2010, p.48). Na mesma acepção, titulares destas prerrogativas são as pessoas físicas e jurídicas, embora haja divergência doutrinária.

Entretanto, existem considerações mais profundas. Suplementar e moderna é a observação trazida por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.96). Destacam os autores que, além de destinar as garantias fundamentais às pessoas físicas e jurídicas, o Estado em sentido amplo (Pessoa Estatal) também possui a titularidade arguida. É um exímio destinatário do direito em questão. Dessa forma, assim como tudo que engloba a jurídica fundamental, a destinação das garantias individuais devem se estender a uma concepção abrangente, de forma a concretizar sua maior efetividade no corpo social.

Os destinatários são também aquelas vítimas do procedimento inquisitorial estudado. A estes, os direitos fundamentais devem ser garantidos de forma a evitar um abuso e arbítrio estatal. Precisas garantias devem ser compulsoriamente observadas pelo delegado de polícia na condução de sua atividade, sob pena de macular o relatório embasador de futura ação processual. Nesse escopo, o contraditório, a vedação à prova ilícita e os demais direitos subjetivos fundamentais devem ser garantidos e jamais preteridos.

### 3.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA HISTORICIDADE CONSTITUCIONAL NACIONAL

O princípio do contraditório se encontra presente no ordenamento constitucional brasileiro antes mesmo da independência nacional. O príncipe regente Dom Pedro I convocou, no dia 23 de junho de 1822, uma Assembleia Constituinte. No entanto, esta somente se fundou no ano seguinte, 3 de maio de 1823, com a independência nacional efetivada, agora sob a presidência de José Caetano da Silva Coutinho, então Bispo do Rio de Janeiro. A meta era a elaboração de uma Constituição escrita que estruturasse um governo monárquico centralizador. Entretanto, as divergências do então consagrado Imperador Dom Pedro I e a Assembleia Constituinte ultimaram

na elaboração da primeira constituição do Brasil: a Constituição do Império do Brasil de 1824 (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.486). Na Carta do Império, primeira Constituição brasileira, o contraditório se encontra expresso no art. 179, VIII<sup>79</sup>.

Posteriormente, no dia 24 de fevereiro de 1891, promulgou-se a primeira Constituição da República Federativa, sob um governo de regime representativo (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.489). Tal mudança radical no sistema governante não alterou a observância expressa do contraditório, agora no art. 72, §16<sup>80</sup>.

Corolário da Revolução Nacional articulada por Getúlio Vargas em 30 de outubro de 1930, no Rio Grande do Sul, que despedaçou a ordem constitucional vigente e o colocou ditatorialmente no poder, e a conseguinte Revolução *Constitucionalista* em São Paulo, 9 de julho de 1932, chefiado por Pedro de Toledo, interventor federal daquele Estado, que exigiu o retorno do regime democrático (derrotado posteriormente pelas forças da União), resultaram, no dia 15 de novembro de 1933, na convocação da Assembleia e promulgação da nova Constituição Brasileira, de 16 de julho de 1934. Nesta nova Ordem, mantiveram-se os princípios fundamentais, dentre eles, o contraditório, no art. 113, 24<sup>81</sup>. Iniciou-se então a era das Constituições sociais, pautadas no bem-estar social (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.490, 494).

Após a exposição ao público de um plano comunista para a tomada do poder, Getúlio Vargas instaurou uma ditadura, sem resistência, em 10 de novembro de 1937. Neste processo, impôs à nação uma nova constituição, nomeada posteriormente como “Polaca” por sua inspiração autoritária fascista polonesa (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.494). Nesta senda, apesar do regime ditatorial, o

---

<sup>79</sup>Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

<sup>80</sup>Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

<sup>81</sup>Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.

contraditório não se afastou do ordenamento ápice em vigor, precisamente no art. 122, 11<sup>82</sup>.

No período seguinte a Segunda Grande Guerra, se intensifica ao redor do globo uma valorização do regime democrático. No Brasil, essa redemocratização se iniciou com a eleição do General Eurico Gaspar Dutra. Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a nova Constituição democrática (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.495). Nesta, o contraditório é expresso no art. 141, §25<sup>83</sup>.

O Golpe de Estado (revolução de 31 de março de 1964, no Rio de Janeiro) orquestrado por militares insatisfeitos com as políticas reformistas de João Goulart, quebra a ordem Constitucional vigente visando legalizar o regime golpista. Posterior a este quadro de instabilidade, no dia 24 de janeiro de 1967 se instalou uma nova Constituição do Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.496). Apesar da presente arbitrariedade na norma, com amparo principal na segurança nacional, o contraditório mais uma vez se encontra presente, no art. 150, §15<sup>84</sup>.

Em 17 de outubro de 1969, foi outorgado a *Emenda Constitucional (EC) nº 1*. Entretanto, ao invés de reformar a Norma Maior, instituiu uma nova Constituição, inclusive com uma nova nomenclatura: Constituição da República Federativa do Brasil. Sua natureza era autoritária, pois mantinha o regime de repressão (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.498). Porquanto, conservou a lisura do contraditório, art. 153, §15<sup>85</sup>. Todavia, somente aplicável ao processo penal<sup>86</sup> (NERY JÚNIOR, 2004, p.169).

---

<sup>82</sup>Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.

<sup>83</sup>Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

<sup>84</sup>Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

<sup>85</sup>Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos

Com o falecimento de Tancredo Neves, que à época da sua eleição (1985) prometeu a convocação de uma Assembleia Constituinte legítima e democrática, o encargo ficou para o vice que assumiu a Presidência, José Sarney. Este enviou ao Congresso Nacional a proposta que posteriormente foi aprovada como EC nº 26, de 27 de novembro de 1985. Esta convocou um *Congresso Constituinte* formado por membros eleitos pelo povo, Senadores e Deputados, que se reuniram para elaborar a nova e atual CF, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.499). A inovação de maior expressão, com relação à norma constitucional anterior, é a previsão expressa do alcance do princípio aos processos cíveis e administrativos, pois na norma revogada, havia a expressa previsão somente ao processo penal<sup>87</sup>. Entretanto a doutrina já se manifestava, à época, positivamente na aplicação do contraditório também no âmbito civil e administrativo (NERY JUNIOR, 2009, p.204).

### 3.6 CONTRADITÓRIO: VISÃO E APLICAÇÃO MODERNA

Na nova realidade fática e jurídica nacional, posterior à promulgação da Carta Social, CF/88, o direito de defesa foi ampliado aos litigantes. Em verdade, a ideia de defesa se expandiu. Dúvidas do alcance desse exercício individual foram demasiadamente reduzidas. Agora, a concretização do pleito é uma realidade imposta a cada individuo particularmente ou socialmente tutelado.

Na moderna *Carta Magna*, o art. 5º, inciso LV, expressa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesta esteira, afirma Julio Fabbrini Mirabete (2004, p.46), que o princípio em tela é corolário da igualdade perante a lei, da isonomia processual. Dessa forma, há uma imposição legal pela manifestação, em igualdade de condições, da parte adversa.

---

seguintes: (...) §15. A lei assegurará ao acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção.

<sup>86</sup>§16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

<sup>87</sup>Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

Contudo, nenhum direito fundamental é absoluto. A amplitude do contraditório também comporta limitações diante da presença de demais garantias fundamentais que incessantemente influenciam as relações jurídicas. Posicionou-se o STF:

Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais (AI 152676 PR. Rel. Min. Maurício Corrêa).

Remontam Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p.499) que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, e sim a uma tutela efetiva jurídica. Dessa forma, a *pretensão à tutela jurídica*, consagrada na mencionada norma, abrange os direitos de informação, manifestação e consideração de argumentos. O direito de informação presume ao julgador um ônus de informação para com as partes sobre os atos do processo e todas as suas ramificações e consequências. O direito à manifestação garante ao indivíduo, como destinatário da norma fundamental, a contingência de manifestar-se mediante todos os meios assegurados em direito, oralmente ou por escrito, sobre as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas presentes no processo amplamente considerado. O direito de ver seus argumentos considerados talvez consista na maior evolução do dispositivo. Este exige do julgador a aptidão jurídica e isenta de ânimo para apreciar as razões apresentadas em todas as suas oportunidades (MENDES; BRANCO, 2012, p.500).

O princípio do contraditório, com assento constitucional, vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir prova ou debater a que se produziu (STJ - REsp: 998 PA 1989/0010590-6, Relator: MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 24/10/1989, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.11.1989 p.17297 JBCC vol. 156 p.180 RJM vol. 81.82 p.74).

O citado direito individual é uma plena manifestação do princípio do *estado de direito*. Nesse sentido, a Carta Política de 1988 expõe que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do presente princípio do contraditório. Esta é uma intrínseca garantia às partes litigantes, todos eles: autor, réu, oponente,

chamado ao processo, litisdenuciado, assistente litisconsorcial e simples, e ao próprio Ministério Público, ainda quando atua como fiscal da lei. Situação que não alcança as testemunhas e os peritos diante da ausência de pretensão a ser combatida. A estes, por essa circunstância, não é garantido o pleito em questão. O magistrado possui a incumbência de garantir aos litigantes a igualdade de tratamento<sup>88</sup> e conseqüentemente o contraditório (NERY JUNIOR, 2009, p.205).

Ainda nesse sentido, o ilustre autor Nelson Nery Junior (2009, p.206) corrobora o entendimento das duas concepções do princípio. Primeiramente, a premência de ofertar o conhecimento da existência de uma ação e de todos os atos processuais às partes e; segundo, garantir a real possibilidade de reagir eficientemente contra os atos que lhes sejam desfavoráveis. Além disso, o texto impõe que o ato processual seja oral ou escrito, e devida inobservância formal ofende o direito garantista. Dessa forma, é vedado ao julgador dificultar ou impedir a plena participação processual dos sujeitos. Inversamente, deve ofertar a maior amplitude participativa às partes. Se, porventura, suceder de forma diversa, se o dito princípio não for devidamente aplicado, caracteriza-se o *cerceamento de defesa* e conseqüente anulação do processo ou procedimento (NERY JÚNIOR, 2009, p.210).

Complementa o jurista que a essência do princípio consiste, “para o autor, a possibilidade de alegar e provar os fatos constitutivos de seu direito, e quanto ao réu, ser informado sobre a existência e o conteúdo do processo e poder fazer-se ouvir”. Além do exposto, para o ilustre, portanto, a ampla defesa constitui fundamento lógico do contraditório. Afinal, este último não abrange somente as garantias processuais, mas também o direito da parte de ter garantido o seu direito a liberdade, cidadania, religião etc. (NERY JUNIOR, 2012, p.229).

Assim, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008, p.165) defendem que o citado princípio é reflexo do devido processo legal, pois o exercício pleno de defesa faz parte, pertence, àquele. Diante disso, conceituam o contraditório como “o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo”. Os autores refletem a inerência do instituto com a ampla defesa, presente no mesmo inciso LV da Norma Constitucional<sup>3</sup>. Por este entende-se que é o direito de “trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os

---

<sup>88</sup>Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar a sua autoincriminação”. É o contraditório, portanto, que impõe para a defesa a oportunidade de trazer a juízo uma divergente aceção ou um novo fato capaz de influenciar no resultado final da lide.

Nessa vertente, o dito princípio se coaduna como uma condição para o exercício democrático de um poder e assim, ratifica Fredie Didier Júnior (2010, p.51), divide-se em duas dimensões. A *formal* importa na garantia de ser ouvido e poder falar no processo. A vertente *substancial* é o exímio exercício do “poder de influência”. À parte deve ser possibilitada a capacidade de influenciar na decisão. O instituto é corolário do devido processo legal e por isso é de aplicação vinculada no processo, inclusive nas questões fáticas apreciadas de ofício pelo magistrado. O órgão jurisdicional não pode apreciar e se fundamentar em um fato antes do próprio manifesto das partes litigantes. Dessa forma, define-se o modelo do processo civil brasileiro como sendo *cooperativo*. Completa o ilustre autor com a fusão da dimensão *substancial* do contraditório com o ideal da ampla defesa, qualificadora do contraditório, pois é o conjunto de meios habilitados à realização daquela.

Dessa forma, o contraditório exige a paridade de armas no processo ou procedimento, sendo assegurado ao réu as “condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário”, ou seja, é a própria exteriorização do exercício da ampla defesa. Ambos são, segundo o entendimento de Alexandre de Moraes (2007, p.314), corolários do devido processo legal.

Em sentido diverso, Marcellus Polastri Lima (2009, p.43) sustenta que “segundo a realidade brasileira, pode existir o contraditório estando ausente a paridade de armas, pois o contraditório pode existir mesmo havendo desigualdade entre sujeitos parciais na persecução criminal”. Recursos só previstos para a defesa, o *in dubio pro reo*<sup>89</sup>, a possibilidade de utilização da prova ilícita em favor do réu e a revisão criminal prevista somente para a defesa são, para o exímio autor, exemplos que fundamentam a inexistência de uma real paridade de armas.

---

<sup>89</sup>Na dúvida, julgue-se em favor do réu (CUNHA, 2007, p.144).

Contudo, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.47) aduz que “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”. É de se observar que para o jurista, não há dupla concepção do contraditório, e sim a ampla defesa como sendo essa segunda vertente defendida pela majoritária doutrina – realização efetiva da participação. Assim, o *contraditório* seria a garantia de participação e a *ampla defesa* a realização efetiva dessa participação.

Em ambas as acepções, o contraditório e a ampla defesa refletem o escopo político do provimento do pleito, em suas vertentes judiciais ou administrativas, assegurando a liberdade inerente ao indivíduo na tutela do próprio interesse, ofertando-lhe, com fulcro no Ordenamento Ápice<sup>3</sup>, a competência legal de aduzir fatos e inculcar provas refletindo na igualitária participação das partes no processo (BERNARDI in JANEZESKI, coord., 2010, p.65).

“Daí o brocardo latino *audiatur est altera pars*<sup>90</sup>, ou seja, sobre qualquer alegação de uma parte, a parte contrária deve ser ouvida” (LIMA, 2009, p.42). O âmago processual do instituto se reflete na regra *audiatur altera pars*<sup>90</sup> que incide a cada litigante, seja ele do processo judicial ou administrativo. O conhecimento de todos os atos alusivos praticados por seu oponente e também pelo julgador é fundamental, no propósito de serem eficientemente impugnados e respondidos. Consequente a esta realidade e contemplado pela Dignidade da Pessoa Humana, não pode o magistrado ser omissivo na questão, deve observar o contraditório e a concretização da paridade de armas em busca da verdade material, combatendo as dificuldades que diferem socialmente as partes colidentes. Afinal, um juízo meramente inquisitório e autoritário não encontra guarida no atual Estado Democrático de Direito (SILVA, 2005, p.154).

Do exposto, a defesa amplamente considerada conforma-se com o modelo acusatório instituído pela vigente CF. Somente assim, concretizada estará a verdadeira paridade de armas. Esta deve incidir tanto aos processos quanto aos procedimentos, diante da necessária interpretação uníssona e sistemática do ordenamento jurídico.

---

<sup>90</sup>*Audiatur altera pars* – ouça-se a outra parte (CUNHA, 2007, p.28).

### 3.7 CONTRADITÓRIO APLICADO AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: INQUÉRITO POLICIAL

O inciso LV do artigo 5º da Norma Constitucional garante a aplicação do contraditório nos processos judiciais e administrativos<sup>91</sup>. Importante observar que nada menciona sobre o procedimento administrativo. Prevalece na doutrina a distinção do instituto justamente na presença, ou não, do mencionado princípio, cabendo-o somente aos processos de qualquer natureza.

Nessa linha de raciocínio, facilmente conclui-se que não há contraditório a ser observado no inquérito policial, afinal, este possui natureza de procedimento. Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p.254) atenta para a expressão “acusados” utilizado pela *Carta Magna*. Ocorre que, na fase procedimental, não há “acusados”, porquanto há “indiciados”. Nesse sentido, quando a Norma Constitucional menciona processo administrativo, traduz aqueles que podem culminar com algum tipo de sanção, o que não ocorre na investigação policial. O autor é enfático ao frisar que “no inquérito não se admite o contraditório” (TOURINHO FILHO, 2010, p.255, 258).

Destarte que o Egrégio doutrinador se posiciona no sentido de admitir a presença do contraditório no inquérito administrativo, e somente neste. O inquérito administrativo é aquele “cuja instauração é determinada à Polícia Federal, pelo Ministro da Justiça, visando a expulsão de estrangeiro, nos termos do art. 102 do regulamento da Lei nº 6.815/80” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 260).

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete (2004, p.47) sustenta que apesar da necessária aplicabilidade do instituto em qualquer instrução criminal, esta não deve incidir sobre o procedimento investigativo policial, pois este se resume a colheita de elementos que possibilitam a posterior instauração processual, e não possui natureza de “instrução” em sentido estrito. Dessa forma, aduz que a Constituição da República<sup>3</sup> apenas assegura o emprego da presente garantia na própria “instrução criminal<sup>92</sup>” que, pela norma processual penal, tornou-se divergente do inquérito policial<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup>LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>92</sup>CPP, arts. 394 a 405.

<sup>93</sup>CPP, arts. 4º a 23.

O posicionamento predominante segue pela inaplicabilidade do instituto. No entanto, a questão não é tão simples. O processo criminal, em sentido amplo, abarca três fases distintas. Primeiro, a fase objeto da atividade policial: inquisitorial. Esta, instrumentalizada pelo inquérito policial, finaliza na formulação de um relatório encaminhado ao titular da realizável ação penal, momento que se inicia a segunda etapa. Diante do relatório policial, o titular da ação penal, em regra o Ministério Público<sup>94</sup>, se concluir pela ação ou omissão delituosa, oferece a denúncia. Terceira fase se resume a apreciação jurisdicional da denúncia, que poderá receber ou rejeitar. Ao receber, se iniciará o processo criminal propriamente dito (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.166).

Sendo dito isto, o inquérito policial é a fase investigatória de natureza procedimental administrativa. Não é processo propriamente dito e não está previsto expressamente no inciso LV. Por este motivo, as provas levantadas durante o procedimento devem ser rediscutidas em juízo para que seja ofertada às partes a possibilidade de manifestação aos fatos apresentados sob pena de nulidade da sentença. Afinal, “é nula a sentença penal condenatória proferida com base exclusivamente em fatos narrados no inquérito policial”. As provas colhidas nesta fase poderão servir de suporte probatório se não contradizerem os apurados na instrução processual. Necessária, portanto, se faz a observância judicial com o fim de garantir o presente direito (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.167).

O Ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Extraordinário 331.133 ratifica quando:

O inquérito policial, procedimento administrativo de caráter investigatório e unilateral, é peça informativa que permite ao órgão da acusação a instauração da persecução criminal em juízo. Assim, as provas produzidas na 'informatio delicti' não se apresentam aptas a ensejar a prolação de um decreto condenatório quando não ratificadas no curso da instrução criminal por outros elementos probatórios, sob pena de se ferir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (...) Não se olvide, entretanto, que a peça inquisitorial serve para formar a opinio delicti e alicerçar a instauração da ação penal. Não pode ser a base ou fundamento de uma decisão condenatória, isto é, sem respaldo em elemento probante produzido durante a instrução criminal, sob pena de ferir o princípio constitucional do contraditório. (...) Concluindo, prova exclusivamente

---

<sup>94</sup>Ação Penal Pública e Ação Penal Pública Condicionada. Na Ação Penal Privada, o titular é o ofendido.

produzida em inquérito policial, sem respaldo em qualquer elemento probante colhido em juízo, não se presta para alicerçar sentença condenatória. Este *decisum* é nulo por inobservar a garantia constitucional do contraditório.

Assim, a orientação da Corte Máxima, no âmbito criminal, prossegue no sentido da maior clareza, concisão e exata descrição da conduta do réu para que seja ofertado ao mesmo o pleno exercício constitucional do contraditório. Não sendo assim, a denúncia vaga ou imprecisa será reputada nula (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.167).

O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas a garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria res in judicio deducta. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso e denuncia inepta (RTJ 57/389). (STF - HC: 70763 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 27/06/1994, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23-09-1994 PP-25328 EMENT VOL-01759-03 PP-00514) (grifos nossos).

O inquérito policial não é um instrumento destinado a resolver uma situação litigiosa. Seu escopo pauta-se na elucidação de fatos, possui natureza investigativa, e por isto torna-se prescindível a garantia do contraditório. Entretanto, vislumbra-se um conflito principiológico do contraditório com o direito de assistência por advogado (art. 5º, LXIII<sup>95</sup>). Para a devida questão, o STF editou a Súmula Vinculante nº 14,

---

<sup>95</sup>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.

onde “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgãos com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Na doutrina, todavia, a matéria não é inteiramente pacífica. Há uma corrente minoritária, e sem repercussão no seio jurídico nacional, que defende a presença do contraditório em todas as etapas da persecução penal, inclusive na investigação policial (MENDES; BRANCO, 2012, p.511).

Nesse sentido ilustra Aury Lopes Júnior (2013, p.338):

Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão dos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através de *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Suscita o exímio autor (LOPES JÚNIOR, 2013, p.338) pela confusão terminológica provocada, no postulado art. 5º, inciso LV, da *Carta Magna*, na visível intenção protetiva do legislador ao regidir *processo administrativo* quando, em verdade, deveria ter escrito *procedimento*, não deve impedir a sua aplicação no inquérito policial. Além do fato de que a expressão *acusados em geral* corrobora com a advogada vertente. Acrescenta, o jurista, que apesar de toda repercussão em torno da aplicação do instituto, este não deve ocorrer de forma plena perante a ausência de uma relação jurídico-processual. Assim, citado o *contraditório*, este deve ser entendido como o primeiro momento, o direito de informação.

Alexandre de Moraes (2007, p.314) traz uma distinção na matéria. Inicialmente, o autor sustenta pela plena aplicabilidade do instituto aos litigantes envolvidos em processos judiciais e aos procedimentos administrativos<sup>96</sup>. Remonta também o seu emprego garantido aos militares<sup>97</sup> e aos acusados de uma forma geral. Afinal, nenhuma penalidade poderá ser imposta sem a devida oferta da ampla defesa. Ademais, essa garantia constitucional se encontra renunciada nos procedimentos

---

<sup>96</sup>(RTJ 83/385; RJTJSP 14/219).

<sup>97</sup>(STF – 2ª T. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 142.847/SP – Rel. Min. Marco Aurélio).

administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>98</sup>, o que avigora o minoritário posicionamento.

Entretanto, o ilustre distingue os procedimentos administrativos dos procedimentos penais que incluem o estudado inquérito policial. Nessa divergência, o contraditório não deve ser aplicado à peça investigativa, aqui chamada de “procedimento penal”. Apesar, portanto, do princípio ser aplicável aos procedimentos administrativos, o mesmo não ocorre nos procedimentos penais. Dessa forma, robustece o majoritário posicionamento pela inaplicabilidade do instituto (MORAES, 2007, p.319).

O citado autor encontra respaldo na jurisprudência quando da aplicação do dispositivo nos procedimentos administrativos. O TRF da 1ª Região autenticou o seu posicionamento quando se manifestou a respeito de procedimento administrativo previdenciário:

É necessária a realização de regular procedimento administrativo para a apuração de eventual fraude na concessão de benefício previdenciário, assegurando-se ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa antes da suspensão do pagamento respectivo (AC n. 2000.01.00.063531-6/PI, TRF-1ª Região, 1ª Turma, rel. Des. Federal Eustáquio Silveira, DJ de 18/12/2002, p.65; AMS 1997.01.00.018716-7, TRF-1ª Região, 1ª Turma Suplementar, rel. Juiz Ricardo Machado Rabelo (conv.), DJ de 09/07/2001, p.18). (TRF-1 - AC: 2864 PI 1999.40.00.002864-2, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Data de Julgamento: 23/05/2007, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 18/06/2007 DJ p.12).

Ainda corroborando a minoritária doutrina, o Tribunal da Justiça do Paraná se posicionou no sentido de que se estiverem devidamente comprovados o perigo da demora e a fumaça do bom direito, faz-se possível o deferimento de liminar para suspender decisão que não devidamente observou as garantias do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma: “Devidamente comprovados o *periculum in mora* e o

---

<sup>98</sup>Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: (...) §2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

*fumus boni iuris*, é possível o deferimento de liminar para suspender decisão que não observou o contraditório e ampla defesa em procedimento administrativo.” (AI: 7516983 PR 0751698-3).

Ocorre que essa distinção trazida pelo aludido autor não prospera veementemente na doutrina. Prevalece que o inquérito policial é procedimento administrativo e por isso, passível de analogia perante os mencionados julgados, isto para aqueles que defendem a necessidade da imposição das garantias do contraditório na peça investigativa, é o que conclui Nelson Nery Júnior (2012, p.231). O doutrinador se posiciona de forma favorável ao minoritário posicionamento. Alude que a Norma Constitucional aponta como destinatários os “acusados em geral”, nesse sentido, “é conveniente que a autoridade administrativa que presida o inquérito propicie, aos juridicamente interessados, vista dos autos do inquérito para que possam manifestar-se como de direito”. “Assim, ao indiciado, bem como ao investigado ou acusado no procedimento inquisitório, deve se garantir o contraditório e a ampla defesa”. Posiciona-se o autor pela vedação da investigação inquisitória e sigilosa quando já houver, em curso, investigado determinado. A este, deve-se garantir o contraditório por injunção constitucional (NERY JÚNIOR, 2012, p.231).

O STF adotou a ideologia da ampla defesa *transcendente*. O contraditório é pressuposto do direito de defesa e não se esgota no âmbito do processo penal. Todavia, em verdade, o transcende para que seja possível a ampla defesa, não na presente etapa procedimental, mas na própria e posterior fase processual (NETO, 2009, p.714).

O posicionamento da Corte Máxima, portanto, reflete a corrente doutrinária majoritária. Não há imposição do contraditório na fase de inquérito policial. Esta ausência não macula o procedimento investigativo, nem o torna ilegal, afinal o mesmo requer, muitas vezes, sua omissão para substancial eficiência. Assim, “o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal” (STF - HC: 83233 RJ, Relator: Min. NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 4/11/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00033 EMENT VOL-02144-04 PP-01051).

Ainda nesse sentido, HC nº 69.372/SP – Rel. Min. Celso de Mello:

A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que e somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Precedente: RE 136.239-1, rel. Min. CELSO DE MELLO.

O STJ mantém o posicionamento, consolidando de vez a matéria em sede jurisprudencial:

O inquérito policial e mera peça informativa, destinada a formação da *opinio delicti* do *parquet*, simples investigação criminal de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que existisse irregularidades no inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo. A denúncia narra os fatos, particularizando com referência aos pacientes e os demais co-réus a atuação dita criminosa tipificando-a plenamente. Podem os pacientes defender-se amplamente da acusação (STJ - HC: 2102 RR 1993/0021582-5, Relator: Ministro PEDRO ACIOLI, Data de Julgamento: 29/11/1993, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.04.1994 p.8525 LEXSTJ vol. 62 p.268 RSTJ vol. 67 p.132 DJ 18.04.1994 p.8525 LEXSTJ vol. 62 p.268 RSTJ vol. 67 p.132).

Não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que e apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denuncia formal que poderá ser recebida ou não pelo juiz (STJ - RHC: 3898 SC 1994/0026766-5, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 13/09/1994, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.10.1994 p.28768 LEXSTJ vol. 69 p.276 DJ 24.10.1994 p.28768 LEXSTJ vol. 69 p.276).

Em outro contexto, no supracitado teor da Súmula Vinculante nº 14, um detalhe não deve passar despercebido. Importante frisar a expressão “já documentados”. O presente termo impede que a garantia atribuída ao advogado dificulte a eficiência intuitiva da investigação. Afinal, uma plena literalidade interpretativa da norma do inciso LXIII faria com que o determinado procedimento perdesse uma das suas mais importantes peculiaridades: o sigilo. Para evitar a inofensibilidade e o fim objetivo do presente instituto, a Suprema Corte incluiu a pequena sentença mencionada. O

advogado, logo, somente pode ter acesso às investigações já finalizadas e documentadas e, assim, evita-se que o procedimento torne-se inócuo e, conjuntamente, garante a plena observação do contraditório, inclusive na fase pré-processual investigatória, o que, vale lembrar, não possui observância vinculativa.

Nesse sentido:

Não está caracterizado cerceamento de defesa decorrente da negativa de acesso aos autos suplementares, porque a própria redação da Súmula Vinculante nº 14/STF, prevê que o advogado poderá ter acesso aos autos do procedimento investigatório sigiloso somente após a documentação das diligências realizadas. Ademais, a defesa teve acesso ao procedimento suplementar tão logo foram encerradas as diligências e encaminhados os documentos ao Magistrado respectivo (STF - HC: 96511 PE, Relator: MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 28/04/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-07 PP-01223).

A Súmula Vinculante vai de encontro ao art. 7º, inciso XIV, da lei 8.906/94, Estatuto de Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que define 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. Entretanto, o próprio STF se posicionou pacificando a divergência:

I - O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos (HC 94.387, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 18-11-2008, Primeira Turma, DJE de 6-2-2009).

Conclui Marcellus Polastri Lima (2009, p.90):

Destarte, o fato de não existir contraditório pleno na fase investigatória no Brasil não impede que sejam admitidos alguns reflexos deste princípio, que podem e devem se fazer presentes, mormente no que diz respeito ao acesso aos autos e às provas nele já produzidas, e, ainda, se assegurando à defesa a faculdade de poder indicar e fornecer elementos que levem à exculpação, mas é intuitivo que aqui 'não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o

requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante e a impetração de *habeas corpus*.

Pelos motivos e circunstâncias brevemente expostas, há um posicionamento minoritário, mas crescente na doutrina nacional, que advoga pela aplicabilidade do contraditório no inquérito policial. Contudo, essa aplicação não ocorre de forma ampla como no processo judicial. Diversamente, no procedimento investigativo, sustentam os autores por uma aplicação mínima, diferida ou mitigada do aludido princípio.

#### **4 A DEFESA APLICADA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Para Luiz Rascovski (2012, p.111), a persecução preliminar resulta, quando presente a justa causa, no ajuizamento da ação penal. Pela sua natureza inquisitiva, faz emergir uma clara situação favorável a acusação. Afinal, não houve uma efetiva possibilidade da participação da defesa no transcorrer do seu procedimento, o que somente fortalece a tese acusatória. “Na realidade, o inquérito policial possui nítido perfil acusatório, preocupado mais em formar o acervo probatório da acusação, dando a falsa impressão de que a eficácia da investigação está atrelada à comprovação do crime” (RASCOVSKI, 2012, p.120).

Apesar de ser o posicionamento aqui defendido, não possui unicidade na doutrina. Bruno Calabrich (in FARIAS; MOREIRA ALVES; ROSENVALD, 2010, p.629), muito esclarecidamente, sustenta que, na verdade, quem se encontra em desvantagem não é o investigado, e sim a sociedade, a polícia judiciária e o Ministério Público. Pois, aquele que comete o ilícito conhece todos os fatos que o rodeiam e os seus detalhes relevantes, diferentemente do Estado investigador. As “armas” que os seus agentes legalmente possuem, os seus poderes investigatórios, são os instrumentos necessários para compensar esta “desvantagem”.

Diante da presente desarmonia, um equilíbrio deve ser priorizado e aplicado, de modo a garantir o ajustamento entre a “paridade de armas” e o modelo acusatório adotado pela Carta Política de 1988.

O modelo de investigação adotado no Brasil não favorece a defesa, afinal não permite uma efetiva participação para contraditar uma tese acusatória inquisitiva.

Sendo assim, o momento constitucional impõe um reexame do modelo investigatório adotado no Brasil, de modo a garantir as tutelas máximas do ordenamento (RASCOVSKI, 2012, p.111,122).

A CF trouxe um vasto conjunto de direitos imediatamente aplicáveis aos sujeitos individualmente considerados. Ademais, impôs o modelo acusatório no âmbito da persecução penal. Nesse sentido, uma norma infraconstitucional não pode, vista a teoria hierárquica do ordenamento, ir de encontro a Norma Maior. Caso ocorra esta incompatibilidade, a norma hierarquicamente inferior deve ser expurgada do ordenamento.

Dessa forma, sustenta Édson Luís Baldan (2007, p.264) que o inquérito policial não pode ser uma peça puramente inquisitiva, mediante uma “inquisitorialidade cega”. Pois, ainda que seja na fase pré-processual, acha-se ungido pela garantia constitucional do devido processo legal.

É hora de lançar ao fogo o dogmatismo descompromissado com a justiça e obediente tão só a interesses corporativos. Ninguém é dono de qualquer coisa no processo penal; exceto o imputado que é detentor inalienável de direitos fundamentais que lhe foram conferidos como resultado da histórica luta contra a tirania do Estado (BALDAN, 2007, p.273).

Sendo assim, há uma corrente doutrinária especializada, crescente no anseio jurídico, que questiona a legalidade, ou até a constitucionalidade, da natureza inquisitiva plena que prepondera na órbita doutrinária e jurisprudencial. Afinal, inquestionável é a unicidade do posicionamento prático no sentido da inaplicabilidade dos consagrados princípios constitucionais, especificamente o contraditório e a ampla defesa, no procedimento preliminar aqui estudado.

A investigação, instrumentalizada pelo inquérito policial, mantém resquícios de um momento inquisitorial que predominava na ordem jurídica, e por esta circunstância prevalece na doutrina sua natureza de peça informativa. Condição que não tem apoio na realidade forense, onde “a quase totalidade das ações penais em curso baseiam-se nos inquéritos policiais e milhares de condenações, mesmo nos Tribunais Superiores, vêm calcadas em elementos coletados na fase investigativa” (RASCOVSKI, 2012, p.112). Nesta esteira, com vista à nova ordem jurídica, amparada no Estado Democrático de Direito, deve a isonomia, como verdadeira diretriz da paridade de armas entre acusação e acusado e a conseguinte amplitude

de defesa deste último, direcionar o modelo investigatório para exercitar a garantia do devido processo legal.

Afinal, como é cediço, há uma disparidade entre a teoria, estudada em uma sala de aula, e a prática vivenciada diariamente. Além das quatro paredes, a realidade e o contexto social vivenciado pelo brasileiro (a miséria, o constante medo imposto ao cidadão, a pressão da mídia e do clamor social, somados ao vasto sentimento de impunidade que pressiona a atividade jurisdicional) afastam a impraticável teoria da presente e dinâmica conjuntura.

A imparcialidade judicial, determinada pela CF, acaba sendo impraticável quando se deparam com fatores metajurídicos, que influenciam fortemente no andamento de toda a persecução penal. Diante da forte influência externa, o conjunto probatório embasador de uma futura sentença criminal, matéria jurídica aplicada apenas nas circunstâncias extremas – *ultima ratio*<sup>99</sup> – adquire relevância exorbitante.

A sentença penal é capaz de retirar garantias fundamentais constitucionais, como a liberdade. Dessa forma, dúvida não pode haver em sua concretização. Para isso, a Carta Política de 1988 implementou um modelo acusatório capaz de garantir a defesa em uma paridade de arma. Entretanto, entende a doutrina e jurisprudência majoritária pela inaplicabilidade dessa defesa no instante de maior necessidade: colhimento e formação probatória. O que faz por enfraquecer ainda mais a parte já em desvantagem.

Diante desse contexto, a investigação policial, materializada no relatório do inquérito, traz componentes que instruem o magistrado, *v.g.*, depoimentos das testemunhas e declarações do acusado, mesmo sendo produzidos aquém do contraditório. A verdadeira intenção informativa acaba por ser extrapolada quando se trata da prática forense. Luiz Rascovski (2012, p.115) advoga por uma participação efetiva da defesa em sede também procedimental.

Dessa forma, poderá haver uma equiparação sustentada e fundamentada pela nova estrutura acusatória adotada com a Carta Política de 1988. O indiciado, para tanto, poderá realizar uma *investigação criminal defensiva*, para a efetiva observação da paridade de armas, em toda persecução penal. Isso forneceria a possibilidade de trazer, junto ao magistrado, elementos capazes de contrapor a tese acusatória com

---

<sup>99</sup>Última razão, o argumento de maior força (COSTA; AQUAROLI, 2008, p.375).

o fito de evitar a instauração de futura ação penal. Sendo assim ter-se-ia uma investigação promovida pela defesa paralela à oficial sustentada pelo Estado. Conclui Luiz Rascovski (2012, p.143) que “a investigação criminal defensiva é capaz de patrocinar uma efetiva e ampla defesa ao acusado”.

Édson Luís Baldan (2007, p.270) enaltece a garantia dúplice do instituto. Primeiro a *formal*, que é traduzida no próprio direito de produzir elementos de convicção ou provas; e a *material*, relativa ao direito de preservar a liberdade, a moral e o patrimônio do investigado. Ademais, o exímio autor traz inexoráveis benefícios quando da aplicação do instituto, como o aprimoramento da atividade policial; criação de categoria profissional, os investigadores privados; estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal; redimensionamento da estatura jurídica do advogado, de inerte a protagonista na formação da prova criminal; obrigação da motivação judicial na admissão da acusação; e, principalmente, a maior proximidade da persecução penal com a verdade real, pelo fortalecimento da prova criminal. Sendo assim, na investigação criminal defensiva, o defensor assume um papel atuante, enquanto que na investigação presidida por órgão público, o mesmo não passa de um espectador.

Verifica-se, destarte, a concretização da reclamada possibilidade de efetiva participação da vítima, ou de quem seja legitimado a representa-la, na investigação criminal, colaborando com os agentes estatais da persecução penal para devida elucidação do fato e da respectiva autoria; e, assim também, ao pórtico da ação penal, acelerando a sua propositura (TUCCI, 2004, p.99).

Não resta dúvida que a investigação criminal defensiva aproxima o procedimento preliminar, o qual mantém um forte e aplicável resquício da realidade inquisitorial vivenciada em momento anterior, do atual modelo acusatório imposto pela CF/88. Esta concepção ainda não encontra guarida no direito processual brasileiro, circunstância que não impede a sua realização. A investigação criminal defensiva, todavia, se encontra prevista no projeto do novo CPP<sup>100</sup>. Esta traduz uma

---

<sup>100</sup>PL nº 8.045/10, art. 13: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas. §2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado seu consentimento. §3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar

investigação dirigida pelo defensor, pautada nos limites augurados pela *Carta Magna*, com o intento de reunir, lícitamente, dados e provas materiais capazes de favorecer o imputado e influir no convencimento judicial. Rogério Lauria Tucci (2004, p.101) conclui que “em suma, ser-lhe-á garantido participar, efetivamente, da investigação criminal, inclusive em *regime de contraditoriedade*”.

Não obstante, existe na prática forense o problema resultante da valoração probatória. O resultado dessa investigação privada é vista pelos promotores e magistrados com alguma desconfiança (RASCOVSKI, 2012, p.123, 127), o que não deveria ocorrer. Entretanto, obviamente, a investigação particular possui interesse pessoal. O indiciado não possui a atribuição legal de buscar a verdade “real”. Nesse sentido, ele direciona a formação probatória de acordo com o interesse próprio. Além disso, a atividade jurisdicional é pautada no livre convencimento motivado, o que acaba por enfraquecer o valor probatório no momento da fundamentação em juízo.

Importante observar que a escudada investigação particular não se confunde com o requerimento de diligências a autoridade policial em sede de investigação, protagonizada no art. 14 do CPP<sup>101</sup>. A direção da persecução preliminar se encontra no âmbito de discricionariedade do delegado de polícia, e, por isto, este possui a atribuição de escolher entre efetivar, ou não, o pedido<sup>102</sup> (RASCOVSKI, 2012, p.129).

Visando uma interpretação constitucional do dispositivo, Édson Luís Baldan (2007, p.265) invoca que “o único ‘juízo’ possível, nessa nova interpretação conforme à Constituição, consiste na aferição, pelo Delegado de Polícia, quanto à legalidade da prova cuja produção a pessoa investigada indica”. O jurista sustenta, portanto, que a vedação somente será possível em caso de ilegalidade (ilegitimidade ou ilicitude), o que diminui, ou até elimina, a discricionariedade policial.

---

condições para a realização da entrevista. §4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discricção e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”

<sup>101</sup>Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

<sup>102</sup>O Projeto de Lei nº 8.045/10 acrescenta um novo dispositivo na previsão do pedido de diligências, no art. 26: A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade. §1º Se indeferido o requerimento de que trata o *caput* deste artigo, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público. É de clareza solar que a futura norma processual visa diminuir o campo de discricionariedade do delegado de polícia.

O posicionamento do autor está de acordo com a tendência forense da investigação preliminar. O projeto do novo CPP possui previsão nesse sentido, como será brevemente aqui exposto.

Diante do visível direcionamento empregado ao instituto, conclui-se pelo fortalecimento da investigação além dos órgãos públicos, precisamente atribuído ao particular, com vista a concretizar o modelo acusatório constitucionalmente adotado.

A atividade de investigação criminal não pode ser considerada como exclusiva dos órgãos estatais. Quando conveniente, deve-se facultar ao particular a obtenção dos elementos de convicção, fora dos autos do procedimento conduzido pela autoridade pública, promovendo a sua investigação privada. Somente dessa maneira o modelo investigatório observará as garantias previstas constitucionalmente ao imputado, fazendo valer a expressão denominada “ampla defesa” (RASCOVSKI, 2012, p.116).

Nesse contexto, o ínclito jurista aduz que para a concretização da aplicação do contraditório e da ampla defesa, pautada na investigação defensiva criminal, necessário faz-se, portanto, o respeito do direito à prova, compreendido como “a possibilidade de as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, por meio da arrecadação dos dados que são pertinentes e relevantes” (RASCOVSKI, 2012, p.126). Consequente a esta previsão, está o direito das partes à investigação.

Importante lembrar que o defensor não possui poderes coercitivos para a promoção de suas atividades investigatórias, carece de imperatividade e poder de polícia, conferidos exclusivamente aos órgãos públicos. Sendo assim, o sucesso da investigação, em alguns momentos, depende do consentimento do titular do direito para sua concretização. Se houver, porventura, algum estorvo para a apuração do fato, aquele deverá recorrer à outorga judiciária (RASCOVSKI, 2012, p.135).

Os atos de investigação estatal possuem natureza de *atos administrativos*, e por isso são necessariamente envolvidos pela imperatividade, exigibilidade e eventualmente pela executoriedade. Pela imperatividade, os atos praticados se impõem independentemente da concordância do particular. Ao investigado, também, pode-se exigir determinado comportamento, sob pena de sanção - essa é a exigibilidade. Por executoriedade, entende-se que os atos administrativos são realizados de ofício e, caso seja necessário, mediante uso da força – coação (CALABRICH in FARIAS; MOREIRA ALVES; ROSENVALD, 2010, p.616).

O que diferencia as investigações estatais das investigações privadas é, essencialmente, a *imperatividade*, ou, mais marcadamente, o *poder de coerção* (e, eventualmente, de *coação*), existente apenas na primeira espécie de investigação. Quando o particular investiga, contará apenas com seus recursos pessoais e com a colaboração de outras pessoas e de entes públicos ou privados, atendendo a solicitações suas. Naturalmente, qualquer elemento de convicção produzido pelo particular com violação a uma norma de direito material acarretará sua ilicitude (CALABRICH in FARIAS; MOREIRA ALVES; ROSENVALD, 2010, p.616).

Nessa condição, diante da natureza privada da investigação criminal defensiva, esta deve seguir os interesses particulares, o que traduz o verdadeiro modelo acusatório estabelecido pela Carta Política. Diversamente da investigação presidida pela polícia judiciária, onde o interesse público traduz uma verdadeira apuração da “verdade real” no fato concreto. Assim, o direito a prova deve ser possibilitado antes mesmo do nascimento da lide, condição que faz consagrar o modelo acusatório. O direito a prova não deve ser negado ao defensor, pois, este serve para a fundamentação de sua tese defensiva ou, até mesmo, evitar a instauração processual.

Como já exposto alhures, a autoridade policial também encontra baliza em sua discricionariedade que não é plena. Essa limitação se encontra nas *cláusulas de reserva da jurisdição* que findam tutelar os direitos e garantias fundamentais no procedimento investigatório. Obviamente, a restrição conferida aos particulares é muito maior do que aquela conferida à autoridade pública, justamente pela ausência da imperatividade nos sujeitos comuns.

Portanto, independentemente da natureza pública ou privada atribuída à investigação preliminar, esta deve obedecer a limites individuais impostos pelo ordenamento máximo. Afinal, a busca pela verdade não pode transpor qualquer fronteira do razoável, principalmente aquela promovida sobre o crivo do interesse particular.

Destarte que a atividade investigativa promovida pela defesa não pode, jamais, impedir ou comprometer fontes de prova sob pena de conformar ilícito penal. Se, porventura, houver colisão entre a diligência pública e privada, a primeira deve prevalecer por seu valor probatório. A meta da atividade particular consiste em buscar componentes que não estejam sendo averiguados pela autoridade policial,

que pode, diante da discricionariedade do delegado responsável, seguir outra linha ou vertente de investigação (RASCOVSKI, 2012, p.135).

Dessa forma, a investigação criminal defensiva, aqui escudada, não possui as peculiaridades e atributos promovidos à efetivada pelo órgão público, o que a torna incomparável efetivamente àquele. No entanto, é uma importante ferramenta atribuída ao particular para o correto exercício do contraditório imposto constitucionalmente.

Além do mais, o exercício de defesa aqui promovido não deve ser efetivamente aplicável tão somente àquela classe social capacitada a promover uma investigação paralela mediante os meios e recursos monetários exigidos para tanto. Com vista a realizar o efetivo direito de defesa a todos constitucionalmente e indistintamente considerados, para a plena eficácia da investigação particular e conseqüentemente observação da ampla defesa e do devido processo legal, necessária é a presença atuante da Defensoria Pública quando o investigado for hipossuficiente, condição que concretiza suas funções e objetivos institucionais<sup>103</sup> (RASCOVSKI, 2012, p.142). No modelo presente, o indiciado se encontrará sempre em posição de vulnerabilidade se comparado à acusação. Por isso, o Estado Democrático de Direito deve garantir a todos, independentemente de sua condição financeira ou social, o contraditório e a ampla defesa.

A necessidade de uma eficiente defesa promovida pelo Estado ultrapassa as fronteiras econômicas. Vislumbrando, pois, uma real necessidade de assistência jurídica, independente da condição financeira, sustenta-se pela inserção da Defensoria Pública de modo a efetivar sua atividade institucional e garantir a plena paridade de armas em momento também de investigação preliminar.

Sendo assim, “a regulamentação da investigação criminal exercida pela defesa, paralelamente à investigação oficial, introduz o modelo investigatório em outro patamar, muito mais próximo aos princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito” (RASCOVSKI, 2012, p.129).

Diante do exposto, atualmente e tendenciosamente, vivencia-se uma fase de “*processualização dos procedimentos*”. Há uma forte tendência doutrinária com

---

<sup>103</sup>Art. 5º, inciso LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

intuito de ofertar uma maior amplitude aos direitos fundamentais, além de lhes garantir a aplicabilidade imediata, tudo como institui a Ordem Máxima, a CF/88. Ante uma interpretação sistemática do ordenamento, veemente no Título II, e as garantias impostas por esta realidade, afunila-se o entendimento neste sentido. Os procedimentos são métodos de exercício do poder e por conta disso há uma consolidação na garantia do contraditório no âmbito também administrativo, inclusive em favor do direito de defesa no inquérito policial (DIDIER JÚNIOR, 2013, p.239).

Do ponto de vista da jurisprudência nacional, o tema pode não despertar maiores indagações, estando ali assentado, como regra, a não aplicação dos citados princípios constitucionais à fase de investigação. No entanto, parece crescente na doutrina brasileira, ao menos em pesquisas e encontros acadêmicos (seminários, congressos etc.), o entendimento segundo o qual a presença do contraditório no inquérito policial seria uma exigência constitucional (PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p.58).

Para a materialização do mencionado raciocínio, o investigado jamais poderá ser tratado como estranho em procedimento preparatório ou preliminar (RASCOVSKI, 2012, p.116). Assim, o modelo processual penal eminentemente acusatório, sustentado pelos direitos fundamentais, deve prevalecer na persecução penal inteiramente compreendida. Isto inclui a fase preliminar investigativa e a processual, pois para a defesa devem ser garantidas as mesmas capacidades e poderes concernentes à acusação (RASCOVSKI, 2012, p.123).

E, reiterando que a proclamada *assistência de advogado* (que não se deve cingir ao preso, mas a todo imputado), “não deve ser concebida ‘como assistência passiva, de mero expectador de atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, *assistência técnica*, na acepção jurídica do termo, qual seja a *atuação profissional de advogado*’ legalmente habilitada”; e de demonstrar essa moderna e crescente tendência no direito comparado, - culminei por enfatizar a realidade da *contraditoriedade na investigação criminal* (TUCCI, 2004, p.101).

A investigação criminal defensiva, dentro dos limites constitucionais fundamentais, encontra guarida na realidade pós 1988. A efetivação do contraditório e da ampla defesa, mormente o modelo acusatório estabelecido pela e para a realidade fática, impõe assim uma nova tendência na persecução penal, precisamente na fase procedimental policial.

Nessa linha minoritária, mas crescente na doutrina especializada, se posiciona Aury Lopes Júnior (2006, p.351). O mencionado insurge, preliminarmente, que o contraditório emerge quando da comunicação da existência e do conteúdo da imputação, o que faz surgir, ao investigado, a possibilidade de conflitar perante a pretensão investigatória e coercitiva estatal. Afirma o autor que a respectiva regra fundamental, inciso LV, não deve ser objeto de leitura restritiva e literal. Aduz que essa perspectiva iludiria o aplicador a incorreta aplicabilidade do preterido pelo constituinte diante de dois equívocos terminológicos. Inicialmente, utilizou-se o legislador de “processo administrativo” quando deveria escrever *procedimento*. Esta ortografia não pode representar um óbice a sua aplicação no presente inquérito policial. Posteriormente, aponta o notável doutrinador a infelicidade do termo “acusados” utilizado, quando, em verdade, deveria ser *indiciados*. Todavia, a expressão utilizada foi “acusados em geral”, o que deve incluir também os indiciados.

A confusão ortográfica, portanto, não pode ser considerada um impedimento a contrariar a própria Carta de Direitos Fundamentais<sup>3</sup>, CF/88, de um modo um tanto paradoxal. Em um momento, prevê o modelo acusatório, a garantia da ampla defesa e do contraditório, mas em outro, por desvio ortográfico, limita a própria previsão de forma a apenas excluir o inquérito policial. Vale lembrar a peculiaridade expansiva ou ampliativa garantida às normas fundamentais, que não encontra abrigo nessa aplicação.

Dessa forma, quando se interpreta literalmente a linguagem textual constitucional, somente há “instrução criminal” no processo penal propriamente dito, ou seja, não incidente no inquérito policial, o qual possui escopo investigatório com vista a formar a convicção do *dominus litis*.

Nesta linha, possuindo natureza de procedimento inquisitório sem a destinação sancionadora, sustenta-se majoritariamente pela não incidência do dogma constitucional do contraditório. Essa é a determinação, como dita, predominante. No entanto, fomentando o exposto minoritário e crescente na teoria jurídica penal, Nelson Nery Junior (2004, p.176) traz a ressalva contida na expressão “acusados em geral” presente no próprio inciso LV. Assim, sustenta o autor pela ampliação do raciocínio jurídico, afinal, nos procedimentos administrativos, como o inquérito

policial, é possível a existência da figura do “acusado”, o que faz por possibilitar a incidência do dispositivo.

Dito isto, quando o inquérito for instaurado para a apuração da autoria, o posicionamento majoritário deve prevalecer. Contudo, se já houver acusado na fase procedimental, deverá haver a incidência do princípio do contraditório. A atribuição constitucional da autoridade policial nessa etapa inquisitiva consiste na averiguação probatória no intuito de buscar a verdade fática e, sendo assim, nada obsta a presença do acusado para manifestação, dando-lhe ciência do curso investigativo, o acesso aos autos, e assim ofertando-lhe possibilidade de se pronunciar sobre o andamento do procedimento. Afinal, já há a figura do indiciado, conhecedor da investigação que o envolve.

Com a presença do indiciamento, o sujeito torna-se passível a medidas cautelares capazes de restringir direito próprio, direitos fundamentais, o que não pode existir sem uma manifestação defensiva, afinal, a sociedade não vivencia um momento medieval, ditatorial ou inquisitorial, e sim, um Estado Democrático de Direito, assegurado de um modelo acusatório e de direitos e garantias fundamentais.

No entanto, a medida aqui defendida não pode ser aplicada de modo desenfreado, pois há também o interesse público envolto na situação, que clama por punição quando confirmada a execução do fato típico. Destarte que necessário se faz o equilíbrio ante as diversas premissas constitucionais.

A inserção do contraditório pleno no procedimento investigativo impõe a necessária ciência de todos os atos já praticados e os que venham a ser praticados; e a abertura de contagem de prazo para a apresentação da manifestação, consumada com a efetiva participação dos litigantes, o que não existe na investigação inquisitorial. Contudo, a distinção a ser priorizada, no intuito da perfeita aplicação do princípio no procedimento preliminar, consiste na correta compreensão e separação do contraditório *do* inquérito e contraditório *no* inquérito, pois, visível é a impossibilidade da aplicação plena que resultará no desvirtuamento do desempenho da atividade policial. Todavia, circunstância que não impede o exercício do contraditório para determinados atos, com o devido acompanhamento técnico-jurídico, realizados no transcorrer da investigação, vez que a CF optou pelo modelo

acusatório<sup>104</sup>. Assim, “sente-se, posta a negativa de um contraditório *no* inquérito, uma lacuna que prejudica a figura de todos aqueles que se encontram na posição de investigados” (CHOUKR, 2011, p.75, 76).

Portanto, importante observar que o emprego do princípio no inquérito policial, abre a possibilidade de o acusado perturbar o correto andamento investigativo. Caso ocorra dessa forma, deve existir a mitigação ou abrandamento do contraditório (NERY JÚNIOR, 2004, p.177). O interesse público deve prevalecer perante a aplicação do *Princípio da Concordância Prática* ou *Harmonização* (MENDES; BRANCO, 2012, p.210), ou *Princípio da Razoabilidade* (BEZERRA, 2007, p.230).

Deve-se ir mais além no sentido de uma reestruturação global da investigação, que, no que diz respeito à participação do investigado, deve ter uma definição mais precisa no que tange aos denominados incidentes que devem ser jurisdicionalizados e com a necessidade (e não mera possibilidade) da presença de uma defesa técnica em todos os atos que venham a comportar restrições à liberdade individual (CHOUKR, 2011, p.76).

Nesse sentido, visível é o fortalecimento da presença do defensor e sua efetiva participação na relação defesa e inquérito (CHOUKR, 2011, p.76). Situação que se aplica aqui é a mencionada e defendida *investigação criminal defensiva*. Esta confere ao defensor a prerrogativa de desenvolver um trabalho de defesa mais participativo e eficaz. Contudo, a investigação particular não deve afrontar direitos e garantias protegidos até mesmo pela investigação pública (RASCOVSKI, 2012, p.132).

Em outras palavras, se por um lado o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos, para exercer uma investigação defensiva eficaz, em razão do princípio de paridade de armas e da ampla defesa, por outro, devem incidir também sobre tal investigação os mesmos limites da investigação pública. Isso se aplica, notadamente, em relação à necessidade de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais (RASCOVSKI, 2012, p.132).

As investigações particulares não encontram previsão legal, não se conformam com os atos administrativos, e por isso possuem certas limitações. Nesse contexto, o direito de defesa possui a natureza de um *direito-réplica*. Nascente de uma

---

<sup>104</sup>CF/88, art. 129, incisos I e VIII.

agressão, representada ao investigado de uma imputação, tornando-o objeto de possíveis diligências e/ou vigilância policial. Sendo assim, qualquer notícia-crime que insira um aparente fato típico a alguém constitui uma imputação passível de uma resistência. Dessa forma, a comunicação e o chamamento a interrogatório eivado pela autoridade policial de forma coercitiva se configuram como uma plena agressão ao estado de liberdade de inocência, passível, assim, de uma resistência jurídico-processual (LOPES JÚNIOR, 2006, p.353). O autor resguarda, assim como o exímio Nelson Nery Junior (2006, p.352), a alusão do contraditório, na fase pré-processual, ao primeiro momento da informação, afinal antes disso, não há nesta uma relação jurídico-processual, uma estrutura dialética caracterizadora do processo.

Ora, qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato -, devem ser feitos a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma ‘agressão’ ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual (LOPES JÚNIOR, 2013, p.340).

Conclui o exímio jurista (LOPES JÚNIOR, 2013, p.340) pela inafastabilidade da proteção ao sujeito passivo na investigação preliminar, pois a imputação e o indiciamento são formas de *acusação* em sentido amplo e, o mesmo, se encaixa, indubitavelmente, na órbita protetiva do termo “*acusados em geral*”. Sendo assim, para Antonio Scarance Fernandes (2010, p.258), “a defesa deve estar assegurada desde a fase policial”.

Dessa forma, informado o suspeito e assim indiciado, inaugura-se uma relação jurídico-processual capaz de fomentar uma defesa diante da possível invasão a sua individualidade e consequentes direitos e garantias. Nesse tanto, passível se torna uma efetiva defesa do imputado. O próprio depoimento arguido no interrogatório, a possibilidade de resistência jurídica, e o pleno direito de permanecer calado ante as indagações policiais, podem ser consideradas efetivações do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ante o exposto, há a aplicabilidade do aludido direito fundamental em sede procedimental, especificamente no inquérito policial, porém não de forma plena, mas mitigada. Sendo garantido, portanto, alguns direitos aos acusados, investigados e indiciados para rebaterem as acusações e medidas cautelares impostas a fim de evitar uma preliminar sentença acusatória social.

Apesar de discordar da presença do aludido princípio no inquérito policial, Antonio Scarance Fernandes (2010, p.63) frisa pela necessidade de se admitir a atuação da defesa em sede investigativa preliminar. Conclui o ilustre autor que o contraditório aqui não se encontra presente, devido à ausência de prévia intimação dos atos a serem realizados por parte do órgão estatal. Entretanto, advoga, não pela defesa ampla, mas “limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de *habeas corpus*”.

Rogério Lauria Tucci (2004, p.102) vai além, advogando pela plena aplicabilidade defensiva no curso do procedimento: “todavia, ponderando, mais recentemente, que não há como cogitar de uma contraditoriedade, por assim dizer, mitigada, firmamos a convicção de sua indispensabilidade, mesmo na fase da investigação criminal”.

A defesa, portanto, se encontra atuante na fase pré-processual, mormente se extrai do art. 306, §1º, parte final, do CPP<sup>105</sup>, quando se faz necessário o encaminhamento da cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, quando o preso não indicar o seu defensor. Ante o exposto, o exercício da defesa encontra guarida e visível exercício em toda a persecução penal, inclusive na preliminar investigatória. Inegável é a presença do contraditório e da ampla defesa em sede inquisitiva.

Fortalecendo a necessidade de uma defesa em procedimento investigativo, a Lei nº 11.690/08 alterou a redação do art. 155<sup>106</sup>, trazendo que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos

---

<sup>105</sup>Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. §1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública (grifos nossos).

<sup>106</sup>Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. A introdução do termo “exclusivamente” permite o aproveitamento dos atos de investigação na posterior etapa processual, afrontando o preceito constitucional do devido processo legal, pois, dessa forma, não há exclusão física dos autos de investigação da fase processual (RASCOVSKI, 2012, p.115). Passível será, portanto, o julgamento contaminado pelo conjunto probatório produzido sem o crivo da ampla defesa ou contraditório.

Em assim sendo, as provas produzidas sem a devida observação constitucional podem, e são, aproveitadas em sede judicial. A ausência de separação física dos atos procedimentais dos processuais acaba por atingir diretamente o contraditório garantido pela Norma Maior, pois, como advoga majoritária doutrina, não há previsão do princípio no inquérito policial e o magistrado pode fundamentar sua decisão nelas, desde que não seja *exclusivamente*. Assim, “a repudiada influência em juízo dos informes colhidos nas investigações deve-se parcialmente à inexistência de separação dos autos da investigação daqueles que formarão a ação penal” (CHOUKR, 2006, p.136). Dessa forma, perante a ausência da mencionada separação física dos atos procedimentais dos processuais, prejudicada encontrar-se-á a decisão que, mesmo infimamente, será pautada em alguma prova produzida sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, como pode uma decisão criminal ser fundamentada sem a devida observância do contraditório ou da ampla defesa? Se for seguido o posicionamento adotado nos Tribunais e pela majoritária doutrina, essa possibilidade é evidente. Entretanto, com a defesa prévia, aqui defendida, não há espaço para incoerências ou inconstitucionalidades como estas. Aqui, jamais haverá uma privação da liberdade sem o manifesto e essencial exercício da defesa.

Conclui-se, portanto, que a viabilidade do magistrado em escorar o seu julgamento em quaisquer elementos informativos, argumentando não serem as únicas por ele utilizadas, configura uma visível e abusiva afronta ao princípio constitucional do contraditório (FERNANDES, 2010, p.65).

Destaque para a ressalva na parte final do artigo, relacionada às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Afinal, quando são produzidos no transcorrer da investigação preliminar, o contraditório deve ser imediato. Se assim não for possível, haverá o já mencionado contraditório postergado. O juiz não pode, sob pena de

nulidade, fundamentar sua decisão pautado em provas sem o crivo do aludido princípio constitucional.

Em suma, pelo art. 155, do Código de Processo Penal, o juiz somente pode julgar com base em provas produzidas em contraditório judicial, mas poderá levar em conta, não exclusivamente, elementos informativos da investigação quando constituírem provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (FERNANDES, 2010, p.65),

Fabio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos (in SOUZA, 2006, p.93) contrariam parcialmente a corrente aqui defendida, pois, apesar de sustentarem pela inaplicabilidade do princípio do contraditório durante o inquérito policial perante a ortografia constitucional, vislumbram pela incidência de alguns atos típicos do direito fundamental em tela, como por exemplo, o interrogatório policial. Os autores lembram que a *Carta Magna* não faz qualquer menção quanto ao momento aplicável do direito. Os ilustres, portanto, destrincham o momento desta aplicação em prévia; real ou simultânea; e diferido ou prorrogado. Neste último, a admissibilidade é justificada na potencial eficácia de determinado ato efetuado no procedimento, como a prisão cautelar e a prova pericial, por exemplo.

Sendo assim, nas situações em que a produção probatória deve ocorrer no presente instante sob risco de perecimento do mesmo, o contraditório deve ser garantido no intuito de legalizá-la. Caso assim não seja possível, diante de circunstâncias externas, ou pela própria natureza da prova, a manifestação da parte interessada deve ocorrer no primeiro momento oportuno: sede processual.

Ademais, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.46) chama a atenção para o “direito à participação da defesa técnica – do advogado – de corréu durante o interrogatório de *todos os acusados*”. Para o autor, portanto, o mencionado princípio exige a participação dos defensores de corréus no interrogatório de *todos os acusados*, ante a possível colisão de interesses entre os mesmos. O autor, em sua distinta obra, menciona o direito em sede processual. Porém, é importante observar que há interrogatório também no momento da investigação policial, e nada impede a aplicação do direito, acompanhamento técnico profissional, neste momento. De fato, defende-se uma aplicação do contraditório mitigado, uma defesa minimamente garantida em sede de investigação preliminar.

Apesar de possuir posicionamento diverso do aqui defendido, Paulo Rangel<sup>107</sup> (2013, p.74) traz em sua obra uma vertente da aplicação do contraditório mitigado em sede inquisitorial. O exímio jurista cita esta possibilidade quando da produção de *provas não renováveis*. Estas não poderão ser renovadas, por motivos peculiares, em juízo, e por isso, a manifestação defensiva deve ocorrer instantaneamente. Apesar de citada, esta não é a posição sustentada pelo mestre.

Assim sendo, em relação às provas periciais, particularmente nas hipóteses em que o objeto da perícia (corpo de delito) possua risco de perecimento no tempo ou relevante alteração de suas propriedades, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.59) advoga pela prévia realização do contraditório em sede investigativa. Possível é a participação da defesa na elaboração do laudo técnico.

No entanto, a unicidade não se preserva na matéria:

Entre nós, essas medidas e perícias são, em regra, determinadas durante a investigação sem a audiência do suspeito ou indiciado e sem participação de advogado. A observância do contraditório é feita depois, dando-se oportunidade ao acusado de, no processo, contestar a providencia restritiva ou de combater a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado (FERNANDES, 2010, p.63).

Conclui Antonio Scarance Fernandes (2010, p.63), portanto, de modo diverso. O autor segue a tendência que predomina no direito processual penal. Por conta da ausência de lide, não há partes em sede investigativa, o que faz por excluir a incidência do contraditório pleno.

Em regra, portanto, a perícia deve ser realizada na fase processual. Esta é a posição predominante. Entretanto, há forte e respeitada vertente que impõe, quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, a produção da prova pericial no transcorrer da investigação, o que a torna uma prova antecipada de natureza cautelar (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p.154).

Mais uma vez, há a aplicação defensiva em sede inquisitorial. Apesar do posicionamento amplamente majoritário direcionar em sentido diverso, inegável é a presença de uma defesa, ao menos mínima ou mitigada em sede preliminar.

---

<sup>107</sup>O mencionado autor defende a inadmissibilidade do contraditório no inquérito investigativo policial (RANGEL, 2013, p. 74).

As provas técnicas materializadas nos laudos periciais possuem valor probatório idêntico às coletadas em juízo. “Além disso, pelo *princípio do livre convencimento do juiz*, o IP pode servir de embasamento, desde que haja prova produzida perante o contraditório, ainda que menos consistente” (SMANIO,1999, p.17).

Hidejalma Muccio (2012, p.176) vai além: o didático autor sustenta que o magistrado pode valer-se da prova colhida em inquérito, ainda que na fase processual não seja reproduzida. O jurista fundamenta o seu posicionamento com o princípio do livre convencimento motivado e pelo supramencionado art. 155 do diploma processual<sup>108</sup>. Remonta o autor que a natureza de algumas provas impossibilita a sua reprodução em juízo. Isto é o que ocorre com algumas provas periciais *v.g.*, o corpo de delito, quando os vestígios já tiverem desaparecido.

Tenha-se o seguinte exemplo: o autor do furto foi identificado porque deixou impregnado no *vitraux* da residência sua impressão digital. A residência, na qual se colheu o material dactiloscópico, é de terceiro e nenhum motivo tinha o indiciado para ali estar. No inquérito, testemunhas o viram saindo do local. Além disso, por ter se ferido no local da subtração, conseguiu-se no investigatório realizar a prova de compatibilidade sanguínea entre o material fornecido por ele e o que foi encontrado no tecido do sofá da casa. Concluíram os senhores peritos que a substância hematoide colhida no local é da mesma tipagem sanguínea do indiciado. Apresentadas essas provas técnicas, que se somaram à testemunhal, o autor do fato acabou por confessá-lo na polícia. Iniciada a ação penal, o réu optou pelo seu direito constitucional de silêncio. As testemunhas não foram mais localizadas; por isso, não foram ouvidas. Nenhuma outra prova carregou-se para os autos. As únicas existentes são, então, aquelas do inquérito (MUCCIO, 2012, p.176).

No citado exemplo, o notável jurista (MUCCIO, 2012, p.177) expõe que o juiz competente não estaria impedido de condenar o réu perante um conjunto probatório inteiramente colhido em fase inquisitiva. Sendo assim, “não se pode sustentar que apenas a prova do inquérito é insuficiente para a condenação, pois dependerá muito do caso concreto, perquirindo-se como a prova foi obtida, qual a sua natureza etc”.

Neste escopo, a solução didática é a distinção dos atos próprios de investigação, para cuja efetivação não há como exigir uma intimação prévia do sujeito, a fim de acompanhá-la, como a interceptação telefônica e o ato de busca e apreensão; dos

---

<sup>108</sup>Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (*grifos nossos*).

atos outros, onde possível se faz essa participação do indiciado, v.g., inquirição de uma testemunha (FERNANDES, 2010, p.64).

Assim sendo, para os atos próprios de investigação, deve-se aplicar a majoritária doutrina e o posicionamento dos tribunais, de forma a impedir o prévio conhecimento da parte passiva implicando em uma ineficiência da investigação e conseqüentemente preterimento do interesse público. O que não deve ocorrer com os demais atos que não prejudicam o andamento preliminar. Diante dessa distinção, não há uma omissão ou aplicação plena da defesa no inquérito policial. Mas sim, a uma incidência mínima ou mitigada do direito fundamental mesmo em sede procedimental.

Para tanto, o argumento da dependência do sigilo e da surpresa para o sucesso da investigação não se confirma como uma alegação capaz de justificar o afastamento da ampla defesa na aplicação de medidas cautelares descabidas ou advento de ação penal insubsistente (RASCOVSKI, 2012, p.117). Possível é a coação em sede preliminar investigativa e, nesse sentido é a decisão da Sexta Turma do STJ, no julgamento do HC nº 69.405-SP, Rel. Min. Nilson Naves, em 23/10/2007, ao admitir a possibilidade de coação ilegal ou violência no curso do inquérito policial, e assim permitir o requerimento de diligências – contraditório e ampla defesa mitigado, a juízo da autoridade que preside o procedimento investigativo:

A despeito do entendimento de ser possível a ampla defesa, com os meios a ela inerentes, no Inquérito Policial, não se pode olvidar que, em vista da sistemática processual penal vigente, compete à Autoridade Policial que preside o procedimento investigatório, a seu critério, proceder à colheita das provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (artigo 6º, inciso III, do Código de Processo Penal) e também, a seu juízo, determinar ou não a realização de diligências requeridas pelo ofendido ou pelo indiciado (artigo 14, do Código de Processo Penal). (...) De todo o exposto, resta que o indeferimento da produção dos meios de prova requeridos, porque pertinentes e necessários à elucidação dos fatos em apuração e insubstituíveis pela simples atuação do paciente, significou ofensa ao artigo 14 do Código de Processo Penal e às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. (...) Ao final, em virtude da falta de justa causa a motivar o cerceamento ilegal de direito à produção de prova pertinente e relevante para as investigações, requer-se com fulcro nos dispositivos constitucionais insertos no artigo 5º, incisos LIV, LV, da Constituição da República, seja concedida a presente

ordem, para que se determine a devolução dos autos à Autoridade Policial competente, para realização das diligências requeridas.

O posicionamento supramencionado do STJ ratifica a existência e incidência de um contraditório mitigado, ou mínimo, no inquérito policial. Diversas são, portanto, as possibilidades de manifestação que induz a aplicação do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo. Vislumbra-se, por exemplo, na garantia do silêncio ou não autoincriminação.

Em sede investigativa, possível é a prisão provisória ou preventiva diante de requisitos estabelecidos pelo CPP. Neste trâmite, o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, art. 5º, inciso LXIII<sup>109</sup>.

Nesse sentido a Corte Máxima entendeu que “o privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável” (STF – *Habeas Corpus*: HC nº 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie).

O direito de silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, confirmado pela Suprema Corte, são claros indícios de uma aplicabilidade mínima da ampla defesa e do contraditório no momento da investigação policial. Nessa linha de raciocínio, importante é a guarida conferida ao advogado de defesa atuante em sede preliminar investigativa. A este profissional deve-se garantir a plena independência e autonomia perante o magistrado, promotor ou delegado de polícia a fim de garantir eficácia do exercício de sua atividade: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei<sup>110</sup>”.

O Estatuto da OAB<sup>111</sup> regulamenta o dispositivo constitucional quando atribui ao profissional de defesa o direito de comunicar-se com seus clientes, mesmo estes estando recolhidos em estabelecimentos civis ou militares; ingressar livremente em delegacias e prisões; examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem

---

<sup>109</sup>CF/88, art. 5º, inciso 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.

<sup>110</sup>CF/88, art. 133.

<sup>111</sup>Lei nº 8.906/94.

procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Nesta esteira e visando equilibrar o escopo e a eficácia da investigação com a o preceito fundamental constitucional, o STF editou a súmula vinculante nº 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.

Agora, portanto, garantido é o acesso do profissional aos atos de investigação já documentados, e ainda assim, preserva-se o necessário sigilo mentor do procedimento. Caso seja negado o acesso ao advogado dos atos de inquérito, o art. 102, inciso I, “1” da Carta Política oferta a *Reclamação* como o remédio processual adequado, feito diretamente ao STF, além do Mandado de Segurança, interposto junto ao juízo de primeiro grau quando a negativa de acesso advier da autoridade policial; ou ao tribunal quando o ato coator emanar do juiz. Ademais, os tribunais superiores – STJ e STF, tem historicamente admitido o *habeas corpus* para a tutela dessa natureza. Ainda assim, perfeitamente invocável se faz a fungibilidade entre as ações constitucionais para a plena eficácia da tutela jurisdicional (LOPES JÚNIOR, 2013, p.341).

Nesse contexto, Aury Lopes Júnior (2013, p.340) leciona que:

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Não obstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal. É um dilema sério e uma vez mais devemos encontrar um meio-termo.

Conforme o próprio posicionamento, o autor concorda que uma plena aplicabilidade do contraditório em sede preliminar comprometeria o esclarecimento real do fato investigado, e iria de encontro ao fim destinado à atividade policial.

O que o autor defende, portanto, é a existência e aplicabilidade, no inquérito policial, de um *Contraditório Mínimo*, já sustentado neste trabalho, que de “forma concreta garantisse a comunicação e a participação do sujeito ativo em determinados atos.

Esse mínimo não afastaria uma participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o segredo interno não se justificasse” (LOPES JÚNIOR, 2006, p.293).

Portanto, a posição predominante pela ausência de eficiente defesa no momento da investigação policial, por tudo aqui exposto, não deve permanecer ou prosperar. O atual momento constitucional impõe a observância de: um modelo acusatório penal; dos direitos fundamentais individualmente considerados, como o contraditório e a ampla defesa, e; a própria processualização dos procedimentos, aqui referidos.

Entretanto, a abertura desenfreada da aplicação do princípio também encontra limite no interesse público. Este objetiva o controle e a segurança social, de modo a garantir a convivência harmoniosa mediante o ordenamento vigente.

Nesse contexto, o contraditório e a ampla defesa devem possuir uma aplicação mínima ou mitigada nesta etapa de procedimento investigativo. Afinal, diversos são os momentos exemplificados e práticos que levam a esta conclusão. O exercício forense, por todo o contexto que engloba a persecução penal, torna necessária esta incidência limitada para a concretização da verdadeira justiça social.

Nesse sentido, o ilustre Aury Lopes Júnior (2006, p.294) sustenta em sua obra as garantias mínimas que, além das constitucionalmente previstas, devem ser observadas a fim de respeitar a estrita legalidade do procedimento, são elas:

- A comunicação imediata da existência de uma imputação: adjacente ao instante da identificação da possível autoria delituosa, este deve ser chamado a comparecer diante da autoridade policial, para a correta aplicação do contraditório. Destarte que, ao suspeito autor, deve ser comunicado o seu direito da assistência jurídica, particular (prestada por advogado) ou pública (Defensor nomeado).
- Direito de silêncio e de solicitar diligências: no instante do interrogatório pessoal, ao suspeito deve ser comunicado o direito a plenitude do silêncio sem que lhe seja promovido nenhuma consequência jurídica negativa por seu exercício. Além disso, a autoridade policial também deverá comunicar ao interrogado o seu direito de solicitar diligências e indicar provas.
- Duração do segredo interno: o segredo interno deverá durar o suficiente a eficiente produção probatória. O prazo irá variar diante do caso concreto.

Afinal, uma prévia notificação ao suspeito tornaria o procedimento ineficaz. Após o decurso do razoável e necessário período de sigilo, abre-se margem a publicidade interna de modo a permitir ao sujeito passivo o respeito ao *contraditório mínimo*.

- Produção antecipada de provas e provas técnicas irrepitíveis: o suspeito deve participar ativamente da produção antecipada de provas, quando esta participação não impossibilitar a devida produção probatória. Caso assim ocorra, o contraditório deve ser respeitado em momento posterior. Em situação de provas técnicas irrepitíveis, o sujeito passivo possui o direito de oferecer quesitos e conhecer os resultados.

Marcellus Polastri Lima (2009, p.83) ratifica o posicionamento adotado:

Assim, as chamadas **provas repetíveis**, ou seja, aquelas que podem ser reproduzidas, devem sê-lo, no processo, sob o crivo do contraditório, apesar de já terem sido produzidas na investigação preliminar. Assim, v.g., a ‘prova’ testemunhal obtida no inquérito deve ser renovada em juízo. Tendo algum perigo no perecimento, para assegurar a validade destes elementos colhidos na investigação pré-processual, deverá ser feita a **produção antecipada de provas**, colhendo-as sob o crivo do contraditório (cf. art. 225 do CPP<sup>112</sup>).

Aury Lopes Júnior (2006, p.294), pela aplicação do contraditório mínimo ou mitigado, didaticamente continua:

- Fase intermediária contraditória: o renomado autor defende a presença de um juízo de pré-admissibilidade da acusação e que seja presidido pelo juiz garante. Afirmação básica do contraditório prévio ao processo. Afinal, a instauração de um processo judicial sem a devida observação prévia da defesa tornará o modelo acusatório processual desequilibrado desde o seu início.
- Valor probatório limitado dos atos de investigação e exclusão de peças: as diligências produzidas sem a observância das garantias mínimas expostas terão valor endoprocedimental, não integrando, preliminarmente os autos processuais com o fim de evitar a indesejável contaminação e invalidação

---

<sup>112</sup>Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

probatória. As provas técnicas irrepetíveis não serão excluídas se observadas as condições supramencionadas. Assim, as garantias mínimas devem ser observadas para o preenchimento da estrita legalidade probatória do procedimento.

É a separação prática já mencionada dos atos de investigação dos atos diversos, e o perigo da contaminação processual do conjunto probatório produzido sem o devido crivo do contraditório e da ampla defesa.

Para todo o exposto, conclui Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.59):

De se ver que o contraditório na fase de investigação pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a representação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação.

Dessa forma, diante de um crescente posicionamento e atual momento jurídico, a aplicação do contraditório durante o andamento do inquérito policial deve ocorrer, contudo de *forma mitigada*. Esta é uma enorme conquista do processo penal constitucional, pautada em um direito fundamental do imputado. A plena aplicabilidade, como a total ausência desta, macula o correto andamento e sua própria legalidade, podendo corroborar com uma futura nulidade, além de conclusões não perseguidas pela sociedade *lato sensu*.

## 5 CONCLUSÃO

A realidade jurídica imposta pela CF/88 traduz um equilíbrio na relação Estado/cidadão. Nesse contexto, a atuação soberana estatal encontra limitação legal preestabelecida e o particular possui uma esfera intransponível de direitos e garantias fundamentais. Diversos são os reflexos nos anseios sociais, políticos e jurídicos. Afinal, superada se torna a plena soberania inquisitiva do órgão estatal perante o cidadão comum, até então vítima das arbitrariedades, discricionariedades e abusividades promovidas pelo ente público. A persecução penal agora é construída perante uma limitada atuação estatal, balizada pela esfera de direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Para tanto, a assembleia constituinte impôs um modelo acusatório a ser utilizado na persecução penal, superando o modelo inquisitivo predominante até então. Agora, distinta é a figura do investigador, acusador e julgador, com vista ao equilíbrio entre as partes e o alcance a justiça. O modelo acusatório tornou-se vinculante aos *litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral*. Há, pois, uma imprecisão nos seus destinatários. Omissos constitucionalmente se encontra o inquérito policial.

A majoritária doutrina define a natureza da investigação preliminar como um procedimento, regido pelas regras dos atos administrativos. Excluído, portanto, da previsão normativa. Na realidade forense, indiscutível é a dissociação dos atos investigativos, produzidos atualmente sem o crivo do contraditório, daqueles produzidos em sede processual. Independentemente da incidência de um contraditório postergado, a prova constante no auto de inquérito é capaz de fomentar uma futura decisão parcial do magistrado.

Uma realidade um tanto quanto paradoxal, pois a Norma Maior da hierarquia jurídica impôs indubitavelmente um modelo acusatório, quando a investigação policial continua veementemente pautada em um ultrapassado modelo inquisitivo. A prática jurídica tende pela inaplicabilidade do direito de defesa em sede preliminar, com exceção das medidas cautelares impostas, sob o argumento da eficiência do procedimento.

Nesse sentido, sustentado é o modelo inquisitivo da investigação policial, pautado na discricionariedade daquele que o preside, o delegado de polícia, fundamentado pela eficiência do instituto que estaria prejudicada ante a incidência do acusatório. Para tanto, advoga ampla doutrina, deve prevalecer o sigilo dos atos policiais. A defesa deve ser afastada com vista ao sucesso da investigação.

No entanto, essa realidade não encontra conformidade com o direito individual posterior a promulgação da Carta Política. Há a previsão de uma esfera intransponível individual, dentre os direitos fundamentais se encontram o devido processo legal com seus afluentes: o contraditório e a ampla defesa. É cediço que uma aplicação plena dos institutos, assim como ocorre em sede processual, inviabilizaria o andamento investigativo. Mas a sua incidência não pode ser prejudicada. Afinal, o Estado se encontra em ampla vantagem diante do poder coercitivo e econômico, o máximo que o sujeito passivo pode fazer é um pedido de diligência. O modelo acusatório visa equilibrar esta relação. Isso deve ocorrer na persecução penal como um todo, inclusive na investigação policial. Pois os prejuízos sociais e pessoais do investigado são enormes.

Dessa forma, o imposto constitucionalmente deve ser aplicado também em sede de procedimento investigativo. O Estatuto da Ordem garante o acesso do defensor aos autos do inquérito, entretanto, o STF limitou, mediante súmula vinculante, este acesso ao conjunto probatório já documentado, o que ratifica a incidência de uma *defesa mitigada* em momento preliminar. Concluiu-se que um acusatório pleno inviabilizaria o sucesso das investigações. Diversas ferramentas policiais se tornariam ineficazes. A partir disso, surge uma divisão dos atos da investigação e dos atos comuns. Aos primeiros, o interesse público predomina ante o particular na busca pela verdade “real”, é o que acontece v.g., na interceptação telefônica e nas provas irrepetíveis; haverá o contraditório postergado. Nos atos comuns, diversamente, a defesa deve ser imediatamente aplicada no intuito de impor o modelo acusatório.

Surge, dessa forma, uma minoritária e crescente corrente doutrinária pela Processualização dos Procedimentos, afinal o indiciamento instaurará uma relação jurídica, e assim aplicar-se-á o modelo constitucional acusatório. Agora, a defesa deverá ser aplicada, contudo de forma mitigada ou mínima, com o objetivo de equilibrar o interesse público com a tutela particular intransponível. Uma defesa

prévia pode até modificar os rumos investigativos, trazendo novos fatos e ou argumentos capazes de inverter lógicas até então não percebidas pela autoridade policial.

Ademais, nada impede que o indiciado realize uma investigação criminal defensiva (promovida pelo particular ou pela Defensoria Pública) paralela a exercida pelo órgão estatal. Perante a ainda predominante inquisitorialidade da investigação, a paridade de armas possuirá uma maior incidência quando ocorrer uma investigação particular no intuito de colher um conjunto probatório por vezes não aproveitado pelo delegado de polícia. É a tendência do direito, da persecução penal materializada no Projeto do Novo CPP.

## REFERÊNCIAS

ALBERTI, Giovana Zibeti. **O inquérito policial**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1048/o-inquerito-policial>>. Acesso em: 9 de junho de 2013.

BAEZ, Narciso. Art. 1º ao 4º. *In* Janczeski, Célio. **Constituição Federal Comentada**. Curitiba: Juruá, 2010.

BALDAN, Édson Luís *in* BELLOQUE, Juliana Garcia (coord). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 64, ano 15, p.253, jan/fev. São Paulo, 2007.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco *in* SOUZA, Luciana Espíndola de Amorim (coord.). Princípios Constitucionais Do Processo Penal – Questões Polêmicas. **Revista Do Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária**, v. 1, n. 19, jul./dez. Brasília, 2006.

BERNARDI, Silvia. Art. 5º. *In* Janczeski, Célio. **Constituição Federal Comentada**. Curitiba: Juruá, 2010.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Criminal de 1832**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm)>.

Acesso em: 25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em:

25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>.

Acesso em: 25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 3

de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>.

Acesso em: 25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso

em: 3 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01)

-69.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004.** Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>.

Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.898/65.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de

2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.815/80.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de

2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347/85.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.853/89.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.960/89.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069/90.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072/90.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.625/93.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.906/94.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099/95.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.001/00.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10001.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343/06.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 75/93.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 8.045/10.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo.** Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ag. Reg. No Agravo de Instrumento: AI 152676 PR.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703408/agregno-agravo-de-instrumento-ai-152676-pr>>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ag. Reg. No Agravo de Instrumento: AI 142847 SP.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708303/agregno-agravo-de-instrumento-ai-142847-sp>>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Extradicação. Ext 986 BO.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756202/extradicao-ext-986-bo>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 69372 SP.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708650/habeas-corpus-hc-69372-sp>>. Acesso em: 1º de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 70763 DF.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747821/habeas-corpus-hc-70763-df>>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 83096 RJ.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769879/habeas-corpus-hc-83096-rj>>. Acesso em: 3 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 83233 RJ.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743688/habeas-corpus-hc-83233-rj>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 94.387 RS.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2610546>>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 96511 PE.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4127399/habeas-corpus-hc-96511-pe>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 97147 MT.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712307/habeas-corpus-hc-97147-mt>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus: HC 99936 CE.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6067849/habeas-corpus-hc-99936-ce>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Informativo nº 45.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo45.htm>>. Acesso em: 13 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Informativo nº 388.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo388.htm>>. Acesso em: 16 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Injunção: MI 721 DF.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727502/mandado-de-injuncao-mi-721-df>>. Acesso em: 13 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança: MS 23452 RJ.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 14 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar no Habeas Corpus: HC 94404 SP.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771012/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-94404-sp-stf>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário: RE 331133 PR.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14802442/recurso-extraordinario-re-31133-pr-stf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário: RE 345580 SP.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767686/recurso-extraordinario-re-345580-sp>>. Acesso em: 8 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula nº 524.** Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0524.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0524.htm)>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus: HC 2102 RR 1993/0021582-5.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568120/habeas-corpus-hc-2102>>. Acesso em: 1º de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus: HC 69405 SP.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8709734/habeas-corpus-hc-69405-sp-2006-0240511-4/inteiro-teor-13770005>>. Acesso em: 17 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial: REsp 998 PA 1989/0010590-6.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596269/recurso-especial-resp-998-pa-1989-0010590-6>>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 3729 SP 1994/0018556-1.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562506/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-3729>>. Acesso em: 13 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 3898 SC 1994/0026766-5.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561285/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-3898>>. Acesso em: 1º de outubro de 2013.

TRF-1. **Apelação Cível: AC 2864 PI 1999.40.00.002864-2**. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2208686/apelacao-civel-ac-2864-pi-19994000002864-2>>. Acesso em: 1º de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível: AC 63531 PI 2000.01.00.063531-6**. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2294572/apelacao-civel-ac-63531-pi-20000100063531-6>>. Acesso em: 1º de outubro de 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Francisco Sannini. **Poder Investigatório do MP não tem amparo legal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal>>. Acesso em: 2 de setembro de 2013.

CAMARGO, Marcus Lacerda. **O inquérito policial agora é legalmente contraditório**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5063/o-inquerito-policial-agora-e-legalmente-contraditorio>>. Acesso em: 3 de junho de 2013.

CALABRICH, Bruno. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. **Temas Atuais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Madras, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal Prático**. Salvador: Jus Podivm, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto de Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 4.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIPP, Gilson. STJ - **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 17691 SC 2003/0238100-0**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125504/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-17691-sc-2003-0238100-0-stj>>. Acesso em: 3 de junho de 2013.

EDITORA SARAIVA. **Códigos 3 Em 1 Conjugados - Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEIJÓ, Lauro Alberto. **Dicionário inFormal**. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/longa%20manus/>>. Acesso em: 4 de novembro de 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por fumus commissi delicti?** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/07/20/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti/>>. Acesso em: 5 de novembro de 2013a.

\_\_\_\_\_. **Princípio "ne procedat judex ex officio"**. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/02/01/principio-ne-procedat-judex-ex-officio/>>. Acesso em: 5 de novembro de 2013b.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JUSBRASIL. **Opinio delicti**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/295075/opinio-delicti>>. Acesso em: 8 de novembro de 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, 427 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. São Paulo: Método, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ampla defesa e contraditório no inquérito policial**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/aurylopesjr/2013/02/15/ampla-defesa-e-contraditorio-no-inquerito-policial/>>. Acesso em: 23 de maio de 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

- MUCCIO, Hidejalma. **Prática de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PARANÁ. TJ-PR. **Agravo de Instrumento: AI 7516983 PR 0751698-3**. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19425313/agravo-de-instrumento-ai-7516983-pr-0751698-3>>. Acesso em: 1º de outubro de 2013.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **Inquérito Policial**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=157](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=157)>. Acesso em: 9 de junho de 2013.
- PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 8 de novembro de 2013
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UNIVERSO JURÍDICO. **Periculum Libertatis**. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/dicionario/4399/periculum\\_libertatis](http://uj.novaprolink.com.br/dicionario/4399/periculum_libertatis)>. Acesso em: 4 de novembro de 2013.