

A PROBLEMÁTICA ACERCA DA INSTAURAÇÃO DE CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

*** Alex Pereira Empereur**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

**** Joélida Jullyene Rocha Ferreira**

Advogada, especialização em Direito pela Universidade Gama Filho, professora na Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO

O artigo teve como objetivo levantar os argumentos favoráveis e contrários a adoção do Princípio do Contraditório no Inquérito Policial. Para a realização da fundamentação teórica do presente trabalho, utilizou-se do método qualitativo, baseado em análise detalhada de estudos e pesquisas de artigos, bem como, leituras e fichamentos de obras pertinentes de renomados doutrinadores que tratam da aplicação do contraditório na primeira fase da persecução penal e redação das questões suscitadas e das conclusões que emanaram da pesquisa. O trabalho abordou o tema proposto com amparo legal da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Código de Processo Penal de 1940 e suas alterações, bem como os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário. Concluiu-se que, exigir que o Procedimento Inquisitivo deva se dar com a observância do Contraditório, sob o argumento de se preservar a dignidade da pessoa humana não procede, uma vez que, além de não interferir na vida privada do investigado, tal procedimento seria ainda mais moroso, e, assim, se tornaria uma antítese de seu próprio propósito, sendo certo que o investigado tem o direito a uma solução célere, o que não ocorreria com a implantação do princípio supra citado.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio do contraditório. Inquérito policial. Procedimento inquisitivo

1 INTRODUÇÃO

O tema, “O Princípio do Contraditório na primeira fase da persecução penal”, que se propõe no presente trabalho, traz consigo controvérsias a respeito de entendimentos doutrinários, filosóficos e sociológicos. Apesar de todas essas controvérsias, a pesquisa aqui proposta será feita sob um enfoque eminentemente jurídico.

É cediço que com a ocorrência de determinada infração penal, nasce para o Estado o dever de punir (*jus puniendi*), sem deixar de respeitar, evidentemente, os princípios atinentes àquele, amparados pela Carta Magna de 1988, em especial o Direito de Liberdade.

Respeitando o princípio do devido processo legal, o Estado se utiliza, na maioria das vezes, de um instrumento legal para a propositura da cabível ação penal, qual seja, o inquérito policial, embora não seja exclusivo.

É por meio do inquérito policial que o investigado será submetido a um procedimento, meramente investigatório, para a apuração dos fatos. Trata-se de um procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, e constituído por um complexo de diligências realizadas pela polícia judiciária com, vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores (TOURINHO FILHO, 2004, p.192).

Todavia, a outra fase da persecução tem a marca de um dos mais importantes dos princípios que asseguram o sistema acusatório: o contraditório.

O princípio do Contraditório, ou princípio da bilateralidade da audiência, revela em si o pressuposto indeclinável da realização de um processo justo. Sua essência processual ressalta que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pela parte contrária, para serem contrariados e refutados (SILVA, 2009, p. 154).

A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois em se tratando de um processo legal, visando elucidar a verdade dos fatos, deve-se possibilitar ao investigado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas contra si, propiciando às partes plena igualdade de condições.

Contudo, majoritariamente, o contraditório não é aceito nesta fase das diligências preliminares, em virtude de sua principal característica – a de ser o inquérito policial um procedimento inquisitivo. Desta forma, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não deve ser interpretado extensivamente, na medida em que não há que se falar em processo nem em acusado nessa fase preliminar.

E é justamente este enfoque que será tratado neste trabalho, onde se pretende levantar os argumentos favoráveis e contrários a adoção do Princípio do Contraditório no Inquérito Policial.

Para a realização da fundamentação teórica do presente trabalho, utilizar-se-á do método qualitativo, baseado em análise detalhada de estudos e pesquisas de artigos, bem como, leituras e fichamentos de obras pertinentes de renomados doutrinadores que tratam da aplicação do contraditório na primeira fase da persecução penal e redação das questões suscitadas e das conclusões que emanarão da pesquisa.

O trabalho abordará o tema proposto com amparo legal da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Código de Processo Penal de 1940 e suas alterações, bem como os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário.

2 INQUÉRITO POLICIAL

O surgimento do *jus puniendi* para o Estado se dá em razão da prática de um fato tido por infração, e será na ação penal que deverá ser deduzida em juízo sua pretensão punitiva. Para tanto, é necessário que o Estado disponha de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal, e o meio mais comum para a colheita desses elementos é o inquérito policial, sob pena de rejeição da inicial por falta de justa causa. Desta forma, a soma dessa atividade investigatória com a ação penal, promovida pelo Ministério Público, ou ofendido, em caso de Ação Penal Privada, se dá o nome de persecução penal (MIRABETE, 2003, p.73).

Com efeito, o Inquérito Policial é a primeira fase da Persecução Penal.

A *priori*, fala-se da apuração e esclarecimento de fatos, tidos por infrações penais, e de todas as suas circunstâncias, e para tanto, a lei defere à determinados órgãos, responsáveis pela segurança pública, a competência para identificação de tais fatos, e da respectiva autoria. Trata-se da chamada Polícia Judiciária (OLIVEIRA, 2011, p.37).

A Polícia Judiciária é uma instituição de direito público em prol de garantir a paz pública ou segurança individual, que, depois de praticada uma infração penal, providencia o recolhimento dos elementos necessários à instauração da competente ação (MIRABETE, 2003, p.74).

Sendo um órgão auxiliar da Justiça, cabe à Polícia Judiciária a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado, bem como, investigar as ocorrências delituosas, fornecendo ao Ministério Público, os elementos pertinentes à propositura da ação penal. Ou seja, sua principal finalidade é a elaboração do Inquérito Policial (GARCIA, 2004, p.6).

No âmbito estadual, as atividades da Polícia Judiciária, cabem às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, entretanto, sem prejudicar as demais autoridades (artigo 144, §4º, da Constituição Federal); e, no âmbito federal, por sua vez, cabem com exclusividade à polícia federal (artigo 144, §1º, IV, da Constituição Federal).

Neste íterim, o inquérito policial, sucintamente, pode ser entendido como sendo o conjunto de atos que visam procurar informações sobre um fato tipificado como delito. Trata-se da primeira fase da *persecutio criminis*, sendo um procedimento de caráter administrativo, preliminar, extrajudicial e preparatório para a ação penal.

A título de curiosidade, vale dizer que, o inquérito não é indispensável, pois a denúncia, ou a queixa, pode ser oferecida com base em qualquer outra peça de informação (conforme expresso nos artigos 12, 39, §5º, e 46, §1º, do Código de Processo Penal).

Inicia-se por Portaria, baixada de ofício pela autoridade policial, assim que tiver notícia do crime, ou receber requisição do Juiz ou do Promotor de Justiça, ou ainda, por prisão em flagrante.

Tem-se como regra que, o inquérito deve terminar em 10 (dez) dias, improrrogáveis, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou preso preventivamente, contado o

prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou, no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, prorrogáveis de acordo com a necessidade¹.

A atribuição para presidir o inquérito policial é do Delegado de Polícia da circunscrição onde se consumou a infração penal, ou seja, é conduzido pela polícia judiciária, conforme disposto no artigo 4º do Código de Processo Penal: “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.”

Desta forma, o inquérito policial, é peça informativa, é o instrumento prévio formal de investigações que abrange todas as diligências realizadas pela autoridade para a apuração do fato e a descoberta da autoria (GARCIA, 2004, p.7). Assim, este conjunto de atos administrativos, visando à elucidação de um fato considerado, em tese, infração penal, precede a instauração da competente ação penal (RANGEL, 2010, p.65).

Em outras palavras, há quem afirma que o conjunto de diligências visando apurar uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, trata-se tão meramente do inquérito policial (CAPEZ, 2011, p.70).

Para Mirabete (2004, p.77), o inquérito policial,

[...] constitui-se em um dos poucos poderes de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, nomeação de curador a menor etc.).

Concluindo esse entendimento, elucida Nucci (2013, p.127):

O inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário. Se, desde o início, o Estado

¹ Artigo 10, CPP. “O inquérito deverá terminar no prazo de dez 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 trinta dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela”.

possuir elementos confiáveis para agir contra alguém na esfera criminal, torna-se mais difícil haver equívocos na eleição do autor da infração penal. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex.: exame do cadáver ou do local do crime).

Ao término da apuração do fato, a Autoridade Policial fará um relatório objetivo e, o remeterá ao Juiz competente e a vista do representante do Ministério Público.

Com base em tais conceitos percebe-se o caráter inquisitivo.

O Inquérito Policial teve seu surgimento no Brasil, através da edição da Lei nº 2.033, de 20 de Setembro de 1871, devidamente regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824, de 28 de Novembro de 1871, do qual, em seu artigo 42, lia-se: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito".

E assim, desde então, tal instrumento tem sido usado como meio de apuração de infração penal e sua autoria.

O referido procedimento encontra fundamento legal nos artigos 4º a 23, do Título II, do vigente Código de Processo Penal, pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.

Contudo, a Carta Magna de 1988 também prevê a atividade investigatória da polícia judiciária, no âmbito federal e estadual, pelo artigo 144, §1º, IV, e §4º.

E desta forma, as legislações estaduais têm referendado tal prática e tal nomenclatura.

Segundo entendimentos majoritários, o inquérito policial não é uma relação jurídica processual, pois não visa diretamente à punição, mas sim, trata-se de procedimento administrativo informativo, objetivando tão-somente esclarecer a ocorrência delituosa, apontar o autor e fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos pertinentes à propositura da ação penal.

Assim, sem muitas delongas, sua natureza jurídica é de um procedimento de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal (RANGEL, 2010, p.67).

No tocante às suas características, vale ressaltar que são distintas do processo, em virtude desse procedimento se tratar de uma instrução provisória e preparatória. Dessa forma, elencam-se como as principais:

A autoridade policial no inquérito, não está diretamente ligada a seguir nenhuma forma predeterminada, ou seja, tem liberdade para agir como quiser, podendo basear-se em elementos de convicções pessoais, dentro é claro, dos limites legais, justamente, por esse procedimento apresentar caráter discricionário (RANGEL, 2010, p.84). Referente a essa característica, tem-se, por exemplo, que a autoridade policial poderá deferir ou indeferir qualquer tipo de prova solicitado pelo ofendido ou indiciado, conforme se pode extrair do artigo 14, do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

É consagrado pelo artigo 9º, do Código de Processo Penal, que, “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.” Dessa forma, trata-se de um procedimento escrito.

Dispõe a lei que, o inquérito policial é ainda sigiloso, conforme elucida o artigo 20, do Código de Processo Penal: “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

Conforme o artigo 17, ainda do Código de Processo Penal, “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”, ou seja, é também indisponível, pois, uma vez instaurado regularmente, em qualquer hipótese, não poderá a autoridade arquivar os autos (MIRABETE, 2004, p.78).

Por fim, caracteriza-se também como inquisitivo, tendo em vista que, as atividades persecutórias concentram-se nas mãos da autoridade policial. Diante disso, o investigado não tem direito de defesa, até porque, ele não está sendo acusado de nada, mas tão somente, objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.

O inquérito policial tem por finalidade a apuração de um fato que configure infração penal e sua respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares (CAPEZ, 2011, p.70).

Para alguns autores, por exemplo, o inquérito não é para apurar culpa, mas sim a verdade de um fato da vida que tem aparente tipificação penal (RANGEL, 2010, p.65).

No mesmo sentido, Ismar Estulano Garcia (2004, p.9) entende que a principal finalidade do Inquérito Policial é servir de base para a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público, nos crimes de ação pública. E, ainda completa:

Outra finalidade do Inquérito Policial, a ser levada em consideração, é fornecer elementos probatórios ao Juiz, de maneira a permitir a decretação da prisão cautelar (preventiva). A prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria, de que fala o art. 312 do Código de Processo Penal, somente será possível, via de regra, mediante Inquérito.

Por fim, Nucci (2013, p.126) explica bem o seu entendimento:

É importante repetir que sua finalidade precípua é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e o seu autor.

E considerando suas finalidades, percebe-se a razão de ser considerado Inquisitivo, em especial no que se refere à prática estatal de apurar infrações penais.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia do devido processo legal, foi incorporada como norma constitucional, na Carta Magna de 1988, pelo artigo 5º, inciso, LIV, assegurando que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Do mesmo modo que nossa Lei Maior, a Declaração Universal dos Direitos Humanos² também cita tal garantia.

Artigo XI, nº1: Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Vale ressaltar que, é através do processo que a parte vai obter o deferimento de seu direito garantido, de sua pretensão. Dessa forma, o Juiz exerce a atividade jurisdicional de forma equilibrada, seguindo o disposto pela ordem jurídica, e visando ofertar ao caso, a solução mais justa, envolvendo em síntese, a garantia do contraditório e a plenitude de defesa, que são consequências do tema em epígrafe.

O devido processo legal proporciona uma garantia dúplice às partes, pois protege seu direito de liberdade e de propriedade, e confere plenitude de defesa e igualdade de oportunidade, permitindo a participação equânime das mesmas no processo. Não se trata de um monólogo, e sim um diálogo que permite a troca de informações, de ações e de reações, ou melhor, um conflito de razões (PORTELLA, 2013).

Segundo Fernando Capez (2011, p.30), devido processo legal, “Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – CF, art. 5º. LIV)”.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2012, p.105):

² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (artigo 5º, LV).

Dessa forma, são asseguradas constitucionalmente em nosso Estado de Direito, as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, respectivamente nos incisos XXXV, LIV e LV, do artigo 5º da referida Lei Maior (GARCIA, 2013).

Assim, os processos em geral (administrativos e judiciais) são instrumentos usados para garantir todos os direitos assegurados às partes, sem deixar de lado, a desburocratização em seus procedimentos e, a máxima eficácia de suas decisões.

3.1 Princípio constitucional do contraditório

O Princípio do Contraditório encontra-se expressamente previsto no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988.

art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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:

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.

Tal Princípio pode ser conceituado como a ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariedade, ou seja, possibilitando a atuação das partes na formação da convicção do juiz (NOGUEIRA, 2013).

Pelo contraditório, é garantido o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação a ambos, como também, que a oportunidade de resposta possa se realizar na mesma proporção (OLIVEIRA, 2011, p.28).

Sendo assim, a parte acusada, deve ter pleno conhecimento da acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, elaborando sua defesa e produzindo as provas necessárias, sob pena de inépcia da inicial (CAPEZ, 2011, p.31).

A instrução criminal contraditória tem por conteúdo essencial garantir a plenitude da defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Sobre essa idéia, entende José Afonso da Silva (2008, p.154-155) que,

[...] a essência processual do contraditório se identifica com a regra *audiat altera pars*, que significa que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados. A ciência se dará por meio de citação, notificação e intimação.

Decorrente disso nota-se que, a igualdade das partes impede que, tanto acusação quanto defesa possua privilégios, ao menos sem justa razão. Ou seja, tanto acusação como a defesa devem nortear-se pelos mesmos direitos (ROCHA, 1999, p.20).

Desse modo, é fundamental que o contraditório seja pleno e efetivo para assegurar às partes (Ministério Público e acusado), um tratamento uniforme, garantindo-se a paridade de armas (*Princípio da par conditio*) no processo penal. Daí decorre o Princípio da Igualdade das Partes, que reza pelo mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo.

Nas palavras de Mirabete (2003, p.43):

Do princípio do contraditório decorre a *igualdade processual*, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a *liberdade processual*, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.

Por fim, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.29), doutrina:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Assim, constata-se que, o contraditório é garantia constitucional que assegura à parte acusada, o direito de ciência sobre todas as provas e alegações produzidas pela parte acusadora, exercendo, destarte, seu direito de ampla defesa.

3.2 Princípio constitucional da ampla defesa

O Princípio da Ampla Defesa é direito constitucional processual assegurado ao réu subjetivamente e, assim como o Princípio do Contraditório, encontra amparo legal no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988, como também, admitido pela Súmula nº 523 do Superior Tribunal Federal, da qual se verifica: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Desta forma, tem-se que, por esse Princípio, é assegurado à parte o direito de se manifestar sobre todas as alegações feitas pela parte contrária, bem como, as provas por esta produzidas.

Por Marcus Tito Tapioca De Andrade (2013),

A ampla defesa é garantia ao demandado inerente ao Estado de Direito. Mesmo quando se está diante de regime de exceção, a noção desse instituto não desaparece, porque é algo que se encontra arraigado ao ser humano, é uma necessidade inata do indivíduo, é algo que resulta do próprio instinto de defesa que orienta todo ser vivo.

Afirma-se com clareza que, a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado (OLIVEIRA, 2011, p.31).

Com efeito, doutrina Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.31):

O princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar todas e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que

a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF/88).

Fica possível se verificar que, os direitos de ação e defesa são garantias constitucionais indispensáveis ao correto exercício da jurisdição e amparo às partes processuais.

4 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO

Dizer, a doutrina dominante, que o cidadão indiciado é apenas objeto de investigação e não um sujeito de Direito de um procedimento jurisdicionalmente garantido, é o mesmo que dizer que o inquérito policial é seara onde a Constituição não pisa, é foro onde o Direito bate em portas lacradas (REIS, 2013).

A ausência do contraditório, juntamente com a ampla defesa, no inquérito policial estaria afetando o valor probatório da investigação, por exatamente, ter seus elementos colhidos na ausência de garantias constitucionais em estudo.

Toda investigação preliminar deve respeitar os direitos básicos do indivíduo objeto, mesmo que a fase preliminar investigatória não seja contraditória, e não tenha observância à ampla defesa constitucional.

Destarte, a investigação preliminar é inquisitiva, mas não é medieval, tendo em vista que, após a promulgação da Carta Magna de 1988 parece totalmente pertinente falar-se em inquisitividade regrada, pois, nossas leis processuais e, sobretudo, a Constituição Federal, garantem vários direitos ao suspeito, ao indiciado, à vítima, à testemunha, etc. (GOMES, 2013).

Assim, são direitos e garantias mínimas e básicas, que devem ser estritamente observados em favor do investigado, como exemplos:

I - de ser ouvido, ainda que não tenha contraditório e ampla defesa;

- II - de requerer diligências;
- III - ao silêncio e não auto-incriminação, bem como, assistência de advogado em todos os atos que participe;
- IV - de não ser preso ilegalmente;
- V - à integridade física e moral;
- VI - à própria dignidade da pessoa humana;
- VII - de não ficar incomunicado;
- VIII - ao estado de inocência; entre outros.

Em suma, tem-se que, a investigação pré-processual fundada em medida coercitiva, embasando em arbitrariedade, deve ser corrigida de plano, tendo em vista que, tanto o Código de Processo Penal quanto a Constituição Federal de 1988 asseguram esse fundamento.

5 A PROBLEMÁTICA ACERCA DA INSTAURAÇÃO DE CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL: PRÓS E CONTRAS

A priori, destacam-se posições doutrinárias que apostam pela possibilidade de instauração do referido quesito.

Para os seguidores dessa posição, o contraditório deverá existir em uma determinada questão, sempre que houver pólos opostos, pois, se uma parte tem atribuição de acusar, segundo a ordem constitucional, não se pode privar a parte contrária do direito de se defender. Isso deve ser assim para dar maior força às possíveis argumentações daquele que está tendo a sua honestidade questionada, pois, do contrário, estar-se-ia ofendendo os próprios ideais da democracia (MACEDO, 2013).

Dessa forma, entende-se pela admissão do contraditório na investigação criminal, pois, este procedimento meramente de cunho administrativo, composto por um conflito de interesses, expressa à existência de litigantes, proporciona uma carga processual, e origina a necessidade de garantias inerentes ao processo.

No tocante ao Juiz, este deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, que não podem servir exclusivamente de base para a posterior condenação, somente devendo intervir para tutelar

violação ou ameaça de lesão a direitos e garantias individuais das partes, ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional (OLIVEIRA, 2011, p.37).

A respeito dessa ideia, doutrina Grinover:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciado* (e não *acusado*, ou *réu*), mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com *litigantes* (art. 5º, inc. LV, CF/88). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito (DINAMARCO, 2011, p. 63).

Tem-se por entendimento de Nucci:

Não se poderia pensar em coletar provas sem a participação do investigado ou de seu defensor para depois utilizá-las livremente durante a instrução do processo criminal. Seria nítido contraste com o princípio constitucional da ampla defesa, infringindo ainda o contraditório. Pois bem. Por outro lado, se o inquérito colhe as provas perecíveis – como as periciais – não é possível que estas sejam desprezadas pelo juiz. Esse é o seu caráter conflituoso: pretende ser um instrumento de garantia contra acusações levianas, mas acaba funcionando contra o próprio investigado/réu, que não pôde contrariar a prova colhida pela polícia (NUCCI, 2013, p.127).

Sobre a questão, Paulo Rangel ressalta:

Entendemos inadmissível a condenação do réu com base apenas nas provas (*rectius* = informações) colhidas durante a fase do inquérito policial, sem que as mesmas sejam corroboradas no curso do processo judicial, sob o crivo do contraditório, pois a “instrução” policial ocorreu sem a cooperação do indiciado e, portanto, inquisitorialmente (RANGEL, 2010, p.71-72).

E, ainda completa³:

[...] a valoração dos elementos colhidos na fase do inquérito somente poderá ser feita se em conjunto com as provas colhidas no curso do processo judicial, pois, sendo o inquérito, meramente, um procedimento administrativo, de característica inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juízo (RANGEL, 2013).

³ Regularizado pelo projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal (PJ nº 4209/01), que diz respeito à investigação policial, que, sendo aprovado, vedará, expressamente, condenação com base em informações colhidas no Inquérito Policial.

Sendo assim, essa investigação inquisitorial, exercida pela polícia judiciária, com o objetivo de colher provas sobre um fato típico criminoso, afetaria, além dos princípios em epígrafe neste trabalho, também o Princípio da duração razoável do processo, visto que a celeridade no deslinde das questões afetadas, é direito assegurado a todos pela Carta Maior de nosso Estado Democrático.

Assim, o contraditório, após o indiciamento, não conspira contra o deslinde das investigações, muito pelo contrário, assegura maior legitimidade às conclusões da investigação. A adoção do contraditório proporciona ao inquérito policial outra natureza, não de mera peça informativa, mas com valor de prova na instrução.

Alguns doutrinadores defendem que o direito ao contraditório deve surgir a partir do formal indiciamento e não a partir da instauração do inquérito policial. A partir do indiciamento, o contraditório passa a existir e o indiciado passar a contar com todas as garantias previstas na Constituição Federal.

De acordo com o STF, a situação de ser indiciado gera interesse de agir, sendo autorizado que se constitua a relação processual; e, a instauração de inquérito policial, faz incidir ao indiciado a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos inerentes a ela.

Para essa parte da doutrina, o indiciado é considerado um tipo de acusado, e o contraditório juntamente com a ampla defesa, devem ser aplicados aos “acusados em geral”, devendo estar presentes em todo e qualquer tipo de acusação, mesmo que não formal. Cabe ainda dizer que, o indiciado tem um interesse relevante de se defender, logo, dever-se-ia ser-lhe assegurado todo tipo de garantia.

Segundo Higor Vinicius Nogueira Jorge (2013):

Um posicionamento que vem adquirindo adeptos defende a processualização do inquérito policial, que consiste no afastamento do mecanismo inquisitorial do inquérito, admitindo o contraditório. A processualização seria uma saída rumo ao fortalecimento do procedimento e ensejaria a não repetição em Juízo, das provas obtidas no procedimento investigatório. Para esses operadores jurídicos, a admissão desses princípios no inquérito policial estaria prevista no inciso LV, artigo 5º da Magna Carta.

Fiel a este entendimento, Igor Teles Fonseca de Macedo conclui:

Em resumidas palavras, ainda que se acolha a concentração de poderes nas mãos da autoridade policial responsável pela direção do inquérito, assim se deve fazer com a condição de ser observado um mínimo de contraditório, pena de se tornar intocável os eventuais abusos ou equívocos que possam vir a acontecer, até porque nós sabemos que a jurisprudência dos nossos tribunais é pacífica no sentido de que eventuais irregularidades perpetradas na fase inquisitorial não têm o condão de repercutir de nenhuma maneira no processo criminal já instaurado.

Além disso, não há de se concluir que na fase do inquérito policial há mera colheita de elementos, como querem fazer crer alguns, tendo em vista que verdadeiras provas são levantadas neste instante, não sendo raras às vezes em que o magistrado se vale, ainda que por uma situação patológica – sem se falar naqueles casos em que o juiz não exterioriza as suas reais convicções, muitas vezes pautadas em elementos colhidos no inquérito policial – desses elementos probatórios para sustentar um decreto condenatório (MACEDO, 2013).

Tal posicionamento nos informa que mesmo que o juiz não possa criar sua convicção para fundamentar a decisão meramente nas provas obtidas através do inquérito, lamentavelmente muitos magistrados, valem-se desse meio inquisitorial para calçar suas decisões, como se este meio probatório estivesse produzido à luz do contraditório e a ampla defesa.

Outra análise que deverá ser realizada, caracterizando um grave problema advindo da falta de contraditório no inquérito policial é o caráter efêmero de algumas provas que de acordo com o entendimento de Fauzi Hassan Chouck, possuem duas ordens de natureza: a perecível e a perene.

As provas de cunho perecível consistem nos laudos, perícias, local do delito, entre outras de caráter informativo ao suposto crime, enquanto as de natureza perene, são provas que podem ser reafirmadas em juízo por seu caráter duradouro. Estas podem se materializar com os depoimentos testemunhais, pessoal e da vítima.

Com a exposição acima, fica evidente o privilégio das provas perenes em relação as perecíveis, que atestam o crime em seu aspecto formal, uma vez que estas possuem uma difícil possibilidade de reafirmação em juízo.

No entendimento de Fauzi Hassan Chouck:

Pode-se concluir que, se o contraditório não foi previsto para surgir com todo o vigor na preparação da ação penal, sua existência foi preservada pelo lado “negativo”, digamos assim, na medida em que, como a garantia não se operacionaliza nesse momento, se restringe ao máximo a utilização desses meios de prova na atividade jurisdicional (CHOUKE, 1995).

Com isso, sabe-se de posições doutrinárias em prol da instauração do contraditório, na fase pré-processual e investigatória da polícia judiciária, tendo por base o respeito à pessoa do indiciado, mesmo tido como mero objeto de investigação, observando-se, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Diversamente daqueles que entendem pela aplicabilidade do contraditório no inquérito policial, por entenderem que sua ausência ofenderia os próprios ideais da democracia, tem-se também, opiniões de estudiosos que defendem por sua inaplicabilidade.

Majoritariamente, parte da doutrina consagra que, o Princípio do Contraditório, juntamente com a Ampla Defesa, não concerne à peça policial, tendo em vista a própria Carta Magna entender que estes, dizem respeito, tão somente, à esfera eminentemente processual. Logo, o indiciado é privado do contraditório, prejudicando-lhe o exercício da defesa, pois perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Desta forma, no que tange ao indiciado ser mero objeto de investigação, e não sujeito de direitos de um procedimento jurisdicionalmente garantido perante a autoridade policial, deve ser respeitado apenas sua integridade física e moral.

Muitos autores doutrinam que em virtude de não haver partes e, sequer conflito de interesses, não há que se falar em contraditório. Todavia, este incidirá, a partir do momento do indiciamento.

Sendo assim, não há aplicação do princípio do contraditório no inquérito policial, justamente por se tratar de um procedimento administrativo informativo, desprovido de qualquer litígio, resumindo-se a um método de investigação levado adiante pela polícia judiciária.

Portanto, se não há acusação, não se fala em defesa. O indiciado é o objeto da investigação, contudo, não é acusado, logo, não tem que se defender de nada (CAPEZ, 2011, p.79).

Ismar Estulano Garcia (2004, p.10), doutrina sobre a questão:

O Código de Processo Penal dita determinadas normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o Inquérito Policial (arts. 4º a 23). Mas a ausência do contraditório regular e o poder discricionário exercido pela Autoridade Policial são suficientes para descaracterizá-lo como Processo.

Mirabete (2003, p.43), elucida bem o seu entendimento dizendo que:

Indispensável em qualquer instrução criminal, o princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial que não é, em sentido estrito, “instrução”, mas colheita de elementos que possibilitem a instauração do processo. A Constituição Federal apenas assegura o contraditório na “instrução criminal” e o vigente Código de Processo Penal distingue perfeitamente esta (arts. 394 a 405) do inquérito policial (arts. 4º a 23), como, aliás, ocorre na maioria das legislações modernas.

Destarte, nas palavras de Paulo Rangel:

O operador do direito percebe, nitidamente, que, tratando-se de um procedimento (e não processo) administrativo com o escopo de apurar a prática de um fato, em tese, dito como infração penal, não há que se falar ou aplicar o princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, mas sendo objeto de investigação com todos os direitos previstos na Constituição. [...] Não estamos querendo dizer que, no exercício da função executiva, não se aplica o contraditório. Não é isto, pois será aplicado o contraditório quando se tratar de processo administrativo disciplinar, que é diferente de procedimento administrativo (inquérito policial) (RANGEL, 2010, p.67).

Com efeito, esta corrente entende que não há que se argumentar qualquer vício no Inquérito Policial por ausência de contraditório e ampla defesa.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como ambição discutir a incidência das garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, face ao inquérito policial, em

que o Direito não se mostra preparado e confiante a ponto de decidir se deve acolher a dignidade da pessoa humana.

Ocupou-se ainda em demonstrar, que toda discussão acerca da incidência ou não do princípio constitucional do contraditório, na fase investigatória, não se deve ater que os direitos fundamentais são uma garantia ao cidadão, até mesmo contra direitos que porventura o Estado possa ter.

Destarte, constatou-se que nessa fase pré processual, não é possível a instauração do contraditório como meio de defesa do investigado, tendo em vista que, o inquérito policial, é apenas um instrumento utilizado para a obtenção de meios probatórios capazes de ensejar uma posterior instauração da cabível ação penal.

Com efeito, exigir o Contraditório durante a fase inquisitiva seria um despropósito, haja vista que tão apenas se presta a formar a *opinio delict* do titular da Ação Penal, sendo certo que toda e qualquer interferência na esfera do particular, como prisões provisórias e outras medidas cautelares, a exemplo da Lei de Violência Doméstica, buscas e apreensões, quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico, necessário se faz a intervenção do Poder Judiciário.

E além do mais, se não existe acusação formal, e tão somente investigação, não há que se falar em defesa, nem em contraditório.

Conclui-se ainda que, exigir que o Procedimento Inquisitivo deva se dar com a observância do Contraditório, sob o argumento de se preservar a dignidade da pessoa humana não procede, uma vez que, além de não interferir na vida privada do investigado, tal procedimento seria ainda mais moroso, e, assim, se tornaria uma antítese de seu próprio propósito, sendo certo que o investigado tem o direito a uma solução célere, o que não ocorreria com a implantação do princípio supra citado.

É necessário esclarecer, contudo, que não é possível impedir o acesso a defesa aos atos já documentados e formalmente incorporados ao Inquérito Policial, sem negar diversas garantias constitucionais asseguradas aos investigados em geral, como assistência de um advogado e de família quando o investigado se encontrar preso,

de ser informado do direito ao silêncio, do respeito à integridade física e mental, dentre outras.

Desta forma, há de se concluir que a ausência do Contraditório nas investigações criminais não afronta quaisquer Direitos ou Garantias Constitucionais.

REFERÊNCIAS

A DEFESA como garantia constitucional. Disponível em: <http://jus2.uol.bcom.br/doutrina/texto.asp?id=5034>. Acesso em: 20 jul. 2014.

A PROCESSUALIZAÇÃO do inquérito policial. é possível o contraditório no inquérito? Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5840> Acesso em 11 de jul. de 2014.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 16.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

AS FUNÇÕES essenciais à justiça como garantia da tutela jurisdicional efetiva: a capacidade postulatória. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4183#_ftnref5 Acesso em: 20 de jul. de 2014.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4183#_ftnref5 Acesso em: 20 de jul. de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONTRADITÓRIO referente ao inquérito policial e constitucionalização do procedimento ordinário disposto no CPP. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10151> Acesso em 11 de jul. de 2014.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Dec. nº 678, de 06 de novembro de 1992.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial**. 10. ed. rev. e atual. Goiânia: AB, 2004.

GENERALIZAÇÃO da defesa preliminar. Contraditório referente ao inquérito policial e constitucionalização do procedimento ordinário disposto no CPP. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10151>> Acesso em 11 de jul. de 2014.

INVESTIGAÇÃO preliminar e oitiva do suspeito ou indiciado: notas sobre o princípio da inquisitividade regrada. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/157324/?noticia=INVESTIGACAO+PRELIMINAR+E+OITIVA+DO+SUSPEITO+OU+INDICIADO+NOTAS+SOBRE+O+PRINCIPIO+DA+INQUISITIVIDADE+REGRADA>> Acesso em 24 de jul. de 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O PRINCÍPIO do contraditório em sede de inquérito policial. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/841/1/o-principio-do-contraditorio-em-sede-de-inquerito-policial/pagina1.html>> Acesso em 05 de jul. de 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OS PRINCÍPIOS da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/8625/1/os-principios-da-ampla-defesa-e-do-contraditorio-no-inquerito-policial/pagina1.html>> Acesso em: 19 de jul. de 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.