

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
John Eleno Ananias Rufino

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DO INQUÉRITO
POLICIAL**

TAUBATÉ - SP
2019

John Eleno Ananias Rufino

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DO
INQUÉRITO POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito apresentado ao Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos
requisitos para colação de grau.
Orientador: Prof. Ernani Assagra Marques.

TAUBATÉ - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

R926p Rufino, John Eleno Ananias
O princípio do contraditório na fase do inquérito policial / John Eleno Ananias Rufino -- 2019.
47 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Me. Ernani Assagra Marques, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Inquérito policial - Brasil. 2. Contraditório (Direito). 3. Ampla defesa. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 343.131(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

JOHN ELENO ANANIAS RUFINO

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau.
Orientador: Prof. Ernani Assagra Marques.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Nome do Professor _____ Data: _____

De acordo: _____.

Coordenador

Nome do Professor _____ Data: _____

De acordo: _____.

Professor Convidado

Nome do Professor _____ Data: _____

De acordo: _____.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor e Orientador, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Diretoria da Faculdade pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas.

RESUMO

A pesquisa visa analisar, acerca da aplicabilidade ou não do princípio do contraditório previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal durante a fase pré-processual do inquérito policial. Abordar o conceito e principais características do inquérito policial observando quais direitos e garantias são estendidas ao investigado, para uma melhor compreensão sobre este procedimento que é de suma importância em nosso ordenamento jurídico. As variáveis que poderão interferir no processo de pesquisa e elaboração do trabalho de graduação são as legislações constitucionais e as infraconstitucionais vigentes, bem como as possíveis regulamentações ou mudança de entendimento pelos Tribunais superiores.

Palavras Chave: Inquérito Policial. Contraditório. Ampla Defesa.

ABSTRACT

The research aims at analyzing the applicability or not of the principle of the contradictory provided for in article 5, LV of the Federal Constitution during the pre-procedural phase of the police investigation. To approach the concept and main characteristics of the police investigation observing which rights and guarantees are extended to the investigated, for a better understanding about this procedure that is of paramount importance in our legal system. The variables that may interfere in the research process and elaboration of the graduation work are the current constitutional and infraconstitutional legislations, as well as the possible regulations or change of understanding by the higher Courts.

Keywords: Police Inquiry. Contradictory. Wide Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 APONTAMENTOS SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL	09
1.1 Origens e Conceito.....	09
1.2 Finalidade e Características	10
1.3 Valor Probante	12
1.4 Nomeação de Curador a Menor	15
1.5 Encerramento.....	16
2 A ATUAÇÃO DO MP NO INQUÉRITO	20
2.1 Investigação Criminal Direta.....	20
2.2 Teoria dos Poderes Implícitos	21
2.3 O MP e a Ação Penal	23
3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL	25
3.1 O Sistema de Valoração das Provas no Brasil e as Provas no Inquérito	25
3.2 Sistemas de Investigações e de Processo Penal.....	33
4. CONCLUSÃO	42
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

Recentemente foi promulgada a lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Com a introdução desta lei no ordenamento jurídico, que teve por escopo a alteração da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil); teve reflexos consideráveis também no processo penal brasileiro.

Até a entrada em vigor da lei supracitada, se discutia a possibilidade de utilização do contraditório na investigação criminal, apenas com base na jurisprudência, que informava a necessidade de contraditório em processos administrativos. Ocorre que, para alguns doutrinadores, a investigação criminal não se trata de processo administrativo, mas sim de procedimento administrativo; portanto não abarcava a jurisprudência sobre o inquérito policial.

Outrora a tese acima muito bem posicionada, não se sustenta em face da nova lei, visto que em seu bojo dispõe que é direito do advogado assistir a seus clientes investigados; até então nada de novo para a prática em inquéritos policiais. Porém a mesma lei menciona que em caso de cerceamento deste direito, o ato será classificado como “nulo”; reforçando a presente lei que a nulidade será absoluta¹.

Enfatiza ainda o mesmo texto legal que a defesa poderá apresentar razões e quesitos, instrumentos estes até então, com previsão apenas no processo penal; instrumento regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, há de se questionar: Teria a Lei 13.245/16 alterado o sistema acusatório no Brasil, em especial na sua fase pré-processual, trazendo a operacionalização do contraditório e da ampla defesa já na fase de investigação?

A jurisprudência, para esta situação, devido à inovação recente sobre o tema, não nos socorre neste momento; tendo apenas decisões isoladas, espalhadas pelo Brasil a fora e de forma controvertida.

A doutrina por sua vez nos ampara com diversas teses sobre o assunto, dentre elas há quem sustente a manutenção do sistema inquisitório no inquérito policial; de outra ponta há quem sustente a nova sistemática da investigação tornando-a também num sistema acusatório; e por fim há quem sustente a manutenção do sistema inquisitorial flexibilizado ou sistema acusatório mitigado.

¹ A nulidade absoluta impede que ato produza qualquer efeito, desde o momento da sua formação (ex tunc).

Há duas correntes em torno do inquérito policial, a primeira, e que prevalece é a qual o inquérito policial é meramente inquisitivo serve apenas para investigar e colher provas. A segunda corrente, defende que durante o inquérito há a necessidade do contraditório, com base no direito previsto na Constituição que em processo judicial ou administrativo é assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Observa-se que as cortes superiores são contraditórias ao tratar do contraditório e a ampla defesa na fase do inquérito policial. Se de um lado aduzem genericamente que não se aplica o contraditório e a ampla defesa ao inquérito policial, de outro lado o STF edita a súmula vinculante n. 14 e o STJ assenta que apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre as quais o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado.

1 APONTAMENTOS SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL

1.1 Origens e Conceito

O embrião do inquérito policial surge pela primeira vez em 1841, com a edição da Lei n.º 263, de 03 de dezembro do mesmo ano, a qual modificou o Código de Processo Criminal do Império. Por esta norma, competia aos delegados e chefes de polícia a elaboração de um procedimento informal que recebeu o nome de auto de corpo de delito² e serviu para substituir o sumário de culpa anteriormente elaborado pelos juízes. Por seu turno, as autoridades policiais deviam remeter este auto ao juiz competente, a fim deste ultimar e concretizar a formação da culpa.

Por este sistema, as competências do Juiz de Direito e do Delegado de Polícia eram concorrentes, ou seja, ambas as autoridades podiam proceder à apuração da formação de culpa, preliminarmente. Foi somente em setembro de 1871, com a edição da Lei n.º 2.033, modificando a Lei n.º 263/41, que houve a divisão do sistema de perseguição criminal em duas fases. Antes, concorrente, entre os delegados e juízes, a competência para a elaboração do auto de corpo de delito passou para a titularidade exclusiva daqueles.

Cabia, portanto, ao delegado proceder à investigação prévia dos fatos delituosos e compilá-los no auto respectivo, indicando testemunhas a fim de remetê-lo ao Juiz de Direito para a devida formação de culpa. Este procedimento prévio, realizado pelo Delegado de Polícia, não possuía nomenclatura própria específica, dizia-se genericamente auto de corpo de delito, de modo a diferenciá-lo de outros procedimentos administrativos e judiciais da época. Também não havia necessidade de qualquer formalidade para realizá-lo.

Para Queiroz Filho (2000, p.46):

Inquérito Policial é o instrumento pelo qual o Delegado de Polícia materializa a investigação criminal, compila informações a respeito da infração penal, de suas circunstâncias e resguarda provas futuras que serão utilizadas em juízo contra o autor do delito. Portanto, o Inquérito Policial é um procedimento escrito, ou seja, um conjunto de atos, consubstanciados em documentos formais ordenadamente dispostos e num só processado, em função da atividade de uma autoridade, o Delegado de Polícia, cujo objetivo precípua é o de aplicar a lei penal.

² Exame de corpo de delito é a perícia que se faz para apontar a referida materialidade.

O nome inquérito policial surge somente com a edição do Decreto n.º 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano. A referida norma estabelecia nos artigos 11, § 3.º, in fine, e 42 que o objeto do inquérito era a verificação da existência da infração penal, o descobrimento de todas as circunstâncias e da respectiva autoria. Com isso, foi criado o inquérito policial, procedimento que perdura até estes dias.

1.2 Finalidade e Características

Em princípio, o inquérito é elaborado pela autoridade policial, que pertence ao Poder Executivo, e por isso o procedimento possui natureza administrativa. Esta característica é importante na primeira fase da persecução criminal, pois de certo modo estabelece a imparcialidade na colheita das provas que posteriormente serão remetidas a juízo para servir de subsídio ao órgão acusador. Desta maneira, a função da autoridade policial deve ser conduzida de modo a apurar a verdade real e não deve atuar como parte, quer seja acusadora ou defensora.

O Inquérito também é inquisitivo, pois, regra geral, não se aplicam todos institutos da ampla defesa, visto que, em princípio, sequer há acusado. Na verdade, a palavra inquisitivo transmite a idéia de inquirir, o que equivale a dizer indagar, perguntar, questionar e, portanto, vale como garantia de uma investigação dirigida única e especificamente à busca da verdade real, trata-se então, do dever de a autoridade policial procurar a verdade sob todas as formas legais e possíveis.

Segundo Silva (2009):

É também um procedimento formal de investigação, estabelecido no artigo 4.º e seguintes do Código de Processo Penal, fazendo parte do sistema jurídico em vigor. A partir da ocorrência de determinado crime, é através do Inquérito Policial que se inicia a persecução criminal do Estado. É, pois, a primeira fase da persecução estatal, enquanto a ação penal é a segunda. Por fim, o inquérito é preparatório da ação penal. Dessa forma, sem a investigação prévia realizada pelo Delegado de Polícia e seus agentes, permanece quase impossível exercer a acusação no processo penal.

Observem-se a seguir algumas jurisprudências:

CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA (STF): "A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT, 522/396), cujo magistério tem acentuado

que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo" (RT, 689/439).

INQUÉRITO. DISPENSABILIDADE (STF): "Não é essencial ao oferecimento da denúncia à instauração de inquérito policial, desde que a peça acusatória esteja sustentada por documentos suficientes à caracterização da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria" (RTJ, 76/741).

Nos mesmos moldes como foi criado, o inquérito policial ainda existe no ordenamento jurídico em vigor, como meio de apuração preliminar do processo penal, e o Delegado de Polícia é a autoridade policial que exerce as atividades de persecução criminal nessa primeira fase, antecedendo, assim, o próprio processo penal. No caso, o Juiz de Direito não deve intervir nas investigações policiais para não comprometer a livre convicção da futura sentença. Somente em determinados casos especiais, expressos na lei processual, ou quando solicitado pela autoridade policial, o juiz deverá interceder. Este sistema, chamado jurídico, é o que diferencia a Polícia Judiciária como órgão do Poder Executivo e não do Poder Judiciário. Na realidade, o inquérito é um procedimento administrativo e, como tal, presidido por uma autoridade pública do respectivo poder. O juiz poderá, sim, requisitar diligências se entender necessárias ao esclarecimento do crime, requisitar instauração de inquérito, mas, pelo atual sistema, não poderá presidi-lo.

Note-se que, com a especialização e diferenciação imposta por este sistema, com a criação do novo instituto e competência diversa do juiz em relação à primeira fase da persecução criminal, houve necessidade de ser criada a carreira policial, com atributos especiais para aquele que iria dirigir as investigações e, então, elaborar o inquérito policial, agora peça jurídica formal com características próprias e funções bem definidas no sistema processual penal brasileiro.

Foi então que em São Paulo, com a Lei n.º 979, de 23 de dezembro de 1905, foi criada a Polícia Civil Estadual, cujo embrião já existia; porém, a referida lei estabeleceu a profissionalização dos seus integrantes com a criação de cargos policiais, dentre os quais, o de Delegado de Polícia, ao qual passou a ser exigido aptidão e conhecimento técnico de Direito.

O inquérito policial deve ser instaurado pela autoridade policial tão logo tenha recebido a "notitia criminis", se concluir que possa estar diante de um fato típico penal. Na mesma linha e complementando, Queiroz Filho (2000) leciona: "Note-se

que esta interpretação é a literal, pois, de fato, somente se inicia com o despacho da autoridade policial ou mediante portaria, o que vale dizer de ofício.

Necessário consignar que mesmo nos despachos lançados em requerimento ou requisição a autoridade deve fazer a classificação provisória do tipo penal, que pode ser diferente daquela que consta do instrumento, bem como determinar as providências preliminares a realizar. Tal despacho deve ser manuscrito, datado e carimbado pela autoridade, como forma de personalizá-lo, valorizando-o e dando-lhe destaque em face do requerimento ou requisição.

A Portaria pode dividir-se em duas partes distintas:

A) introdução, com narração dos fatos, tipificação penal e declaração de instauração;

B) determinações, estas em duas partes distintas.

Outras formas de instauração: além da Portaria ou Despacho em requerimento ou representação, podem ser: o auto de prisão em flagrante (com condutor ou sem ele); auto de resistência; ou auto de apresentação espontânea. Também é recomendável que neles se lance um despacho formal da autoridade, preferencialmente manuscrito.

O relatório final é exigido pelo artigo 10 do diploma processual. A autoridade deverá esclarecer de forma imparcial e minuciosa, a verdade do que foi apurado, para que, tudo levado à instância penal pela denúncia do Ministério Público, possa auxiliar na realização da Justiça.

O relatório do inquérito poderá ser terminativo, requisitório ou complementar embora o Código de Processo Penal só se refira ao primeiro, ou seja, na forma descritiva, com minúcias. O requisitório seria aquele com pedido de prisão preventiva, nos permitindo concluir que a autoridade deve emitir juízo de valoração para justificar a necessidade da medida extrema. O relatório complementar, hoje, quase sempre é substituído por ofício. Concluindo, conforme aparece no Manual de Polícia Judiciária (DGP/SP, 2000, p. 41), “o inquérito policial bem feito, com um relatório final bem elaborado, pode justificar tanto a condenação do autor de um delito como a absolvição de um inocente”.

1.3 Valor Probante

Já sobre o seu valor probatório, acompanhem-se algumas jurisprudências a seguir:

INQUÉRITO. VALOR PROBATÓRIO (STF): "Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial, pois, se assim ocorresse, restaria violado o princípio do contraditório" (RTJ, 59/786).

"O inquérito policial é mera peça informativa destinada à formação da opinião delicti do Parquet, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, e, mesmo que existisse irregularidade nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo"(STJ, 6ª T., rel. Min. Pedro Aciole, DJU, 18 abr. 1994, p.8525).

INQUÉRITO VALOR PROBATÓRIO (TACrimSP): "O inquérito é peça meramente informativa, destinada tão-somente a autorizar o exercício da ação penal. Não pode, por si só, servir de lastro à sentença condenatória, sob pena de se infringir o princípio do contraditório, garantia constitucional"(JTACrimSP, 70/319).

As provas, válidas no inquérito, previstas no Título VII do Código de Processo Penal, devem ser buscadas, exaustivamente, pela autoridade policial e seus agentes. Pode-se provar por um ato, fato, estado pessoal, ou uma circunstância. A fonte da prova poderá ser qualquer dado que, tendo ligação com o crime ou criminoso, contenha informações do fato delituoso e de suas circunstâncias.

Meio de prova é a forma através da qual se materializa. Temos como exemplos, a perícia, que é o meio de prova da qual a fonte é o vestígio, e o interrogatório que é o meio cuja fonte é o próprio indiciado. As provas podem ser classificadas quanto ao objeto e quanto a fonte ou sujeito. Quanto ao objeto, pode ser direta ou indireta. Direta é a que incide sobre o fato principal. Indireta, ou prova de probabilidade ou circunstancial, é a que incide sobre circunstâncias secundárias.

Quanto ao sujeito, pode ser pessoal ou real. Pessoal é a que provem de uma fonte consciente de prova, como a própria pessoa ou um documento elaborado por ela. Real é advindo de uma fonte inconsciente, como as impressões digitais. Quanto à forma, pode ser testemunhal, documental e material. Testemunhal é oriunda da pessoa que, na qualidade de testemunha, vítima ou indiciado, presenciou o fato ou parte dele. Documental é a que se origina através dos escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. E material é a que pertence às coisas da natureza e possuem massa. Quanto à especificação legal podem ser nominadas ou inominadas. Nominadas são as expressamente previstas e elencadas no Código de Processo Penal.

Como a finalidade precípua do inquérito é a apuração da infração penal e da sua autoria e que somente se concretiza no processo penal, através da produção das provas em face do princípio do contraditório, é salutar que a autoridade policial tenha sempre o objetivo de produzi-las o quanto antes.

A jurisprudência dos Tribunais tem sido no sentido de que o inquérito policial tem valor probatório relativo. Observe-se a decisão do STF corroborando esse fato:

5001575 - HABEAS CORPUS - ACÓRDÃO QUE MANTENDO A SENTENÇA EMPRESTOU VALIDADE AO LAUDO PERICIAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA SOBRE A PERÍCIA TÉCNICA - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - 1. A perícia não é um simples indício e sim prova técnica e, por isso, pode ser considerada pelo julgador na sentença, sem que caracterize cerceamento de defesa, pois o acusado, ciente da sua juntada ao inquérito policial que instruiu a ação penal, poderia pugnar por elidi-la. 2. Laudo pericial. Validade. Prova hábil a ser considerada judicialmente para demonstrar a imprudência do paciente que, ao conduzir o seu veículo em velocidade incompatível com o local e as condições do tempo, causou duplo atropelamento do qual resultou a morte de uma das vítimas. (STF - HC 73.647 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJU 06.09.1996)

Porém, nos demais casos, diz-se que o valor probatório do inquérito policial, além de relativo é limitado. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

16034597 - RECURSO ESPECIAL - FURTO QUALIFICADO - RÉUS ABSOLVIDOS - PROVA POLICIAL NÃO CONFIRMADA EM JUÍZO - ACUSAÇÃO QUE TEM COMO SUFICIENTE, AS OBTIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL, DESDE QUE NÃO CONTRARIADAS NA FASE JUDICIAL - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA EM SENTIDO INVERSO - 1. Para que seja respeitado, integralmente, o princípio do contraditório, a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração. Tal significa que, acaso não ratificada na fase judicial, a solução será absolver-se o acusado. Precedentes. 2. Apelo raro que não se conhece. (STJ - REsp 93464 - GO - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 29.06.1998 - p. 333)

Questão de fundamental importância para a formação da culpa e do corpo de delito é a do indício. A autoridade policial deve valorizar muito os indícios, pois, em regra geral, o autor de uma infração penal procura esconder ou eliminar as provas concretas e, até mesmo, as pessoais. O indício é tão importante que, se bem fundamentado, pode servir de elemento de prova que, em conjunto com as demais circunstâncias do evento, justifica e mantém a prisão em flagrante e, até, o próprio convencimento da autoridade judiciária a sustentar sentença penal condenatória.

Apesar de, em boa parte da doutrina, haver menção de que o inquérito é uma peça meramente informativa, na realidade alguns juristas enganam-se com a adjetivação do termo empregado. O inquérito pode ser peça informativa sim, mas não meramente. Isto ocorre porque é nos autos de Inquérito Policial que muitas provas, irrepetíveis, em Juízo, são realizadas. Assim, temos como exemplo, o auto de prisão em flagrante, que por sua natureza cautelar e instrumentária, é atualmente a melhor prova de autoria, uma vez que a maioria das condenações advém de inquéritos iniciados por esta valiosa peça.

1.4 Nomeação de Curador a Menor

Conforme uma decisão em recurso de Habeas Corpus: RHC 59047 RJ – STF não constitui nulidade a falta de nomeação de curador ao réu menor no inquérito policial que investiga crime que enseja processo de rito ordinário, mormente quando na instrução foram dadas todas as garantias a defesa.

Conforme Sumariva (2011) o Código de Processo Penal, em seu artigo 15, observa que durante o inquérito policial “se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial. ” No mesmo sentido, já na fase processual, o artigo 194 disciplina que “se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador. ” Além destes artigos, o autor cita ainda outros que fazem referência ao curador, como o 262 e 499.

Lacerda (2004), por sua vez, também entende que com a entrada em vigor da Lei 10.792, em 2 de dezembro de 2003, significantes alterações foram introduzidas na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984) e no Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941). Dentre as inovações, Lacerda (2004) compreende que “a nova lei exige a presença de advogado, constituído ou nomeado, no interrogatório do réu (que poderá ser realizado até em estabelecimento prisional), como forma de assegurar maior amplitude de defesa (art. 185)”. Portanto, o ato não subsiste como inquisitivo do juiz, é contraditório. Não bastasse, o autor observa que “ampliando e assegurando os meios de defesa, garante o direito de entrevista reservada do acusado com o advogado, ocasião em que poderá receber orientação técnica (art. 185, § 2º) ”. Há a possibilidade de admitir perguntas do defensor e do promotor (art. 188). E, finaliza

dizendo que “em adequação ao novo Código Civil, já não há necessidade de nomeação de curador ao réu menor de 21 anos (art. 194 foi revogado) ”.

O autor ainda analisa que:

Se com a nova lei, profundas mudanças foram introduzidas no interrogatório, tais também deverão ser observadas pelo delegado de polícia no inquérito policial, por imposição do art. 6, V do Código de Processo Penal. Exige-se, agora (melhor dizer, desde 2 de dezembro de 2003), a presença de advogado, constituído ou nomeado, para o indiciamento do investigado, especialmente quando preso em flagrante delito. Possibilita-lhe a entrevista reservada com o defensor e deste a promoção de perguntas. Não há necessidade de nomeação de curador para indiciados menores de 21 anos, mesmo porque, presente o advogado, inútil a fiscalização dos atos por outra pessoa. O advogado, atuando no inquérito policial, é o reconhecimento do contraditório neste procedimento, porque assegura ao indicado conhecimento das provas produzidas na investigação, o direito de contrariá-las, arrolar testemunhas e promover perguntas, direito a não ser indiciado com base em provas ilícitas e o privilégio contra a auto-incriminação. (LACERDA, 2004).

Assim, segundo Lacerda (2004) considerando que a nomeação de curador nos atos processuais penais incluindo o próprio inquérito policial, “era feita apenas aos relativamente incapazes tidos como imputáveis criminalmente, é possível concluir que a regra anteriormente aplicada se tornou incompatível com a nova ordem legal”.

1.5 Encerramento

De acordo com o Código de Processo Penal - Decreto-Lei Nº 3.689 de 03/10/1941, quanto ao encerramento do inquérito policial:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (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 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1o A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2o No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 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.

O Art. 66 Lei n. 5.010/66 cuida do prazo na Justiça Federal, da seguinte forma:

Art. 66. O prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo.

Já o art. 10 da Lei n. 1.521/51:

§ 1º. Os atos policiais (inquérito ou processo iniciado por portaria) deverão terminar no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º. O prazo para oferecimento da denúncia será de 2 (dois) dias, esteja ou não o réu preso.

Portanto, importa considerar que o atraso no encerramento do inquérito policial acarreta constrangimento ilegal.

A maior parte dos estudiosos é clara em considerar que após o encerramento do inquérito policial podem ocorrer as seguintes situações:

- Oferecimento da denúncia
- Pedido de arquivamento
- Pedido de novas diligências – art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.
- Arquivamento do inquérito policial:

Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Art. 18. 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.

Importa observar também a Súmula 524 STF:

“Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

E ainda:

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.

Além disso, vale observar que não cabe recurso da decisão de arquivamento. Mas algumas exceções se dão no:

- Art. 7o da Lei n. 1.521-51:

Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial.

- Art. 6o, parágrafo único da Lei n. 1.508-51:

Art. 6º Quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do Art. 27 do Código do Processo Penal, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor Público, para os fins legais.

Parágrafo único. Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso no sentido estrito.

Observa-se a jurisprudência nesse sentido:

Arquivamento de Inquérito Policial. Atipicidade. Coisa Julgada Material - Não é possível a reabertura de inquérito policial quando este houver sido arquivado a pedido do Ministério Público e mediante decisão judicial, com apoio na extinção da punibilidade do indiciado ou na atipicidade penal da conduta a ele imputada, casos em que se opera a coisa julgada material. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu habeas corpus para determinar o arquivamento definitivo de inquérito policial instaurado contra acusado da suposta prática de homicídio. No caso concreto, o inquérito policial havia sido arquivado por decisão do juízo de primeira instância, a requerimento do Ministério Público, sob o fundamento de inexistência de fato típico perseguível mediante ação penal, tendo em conta que ficara constatado, por meio da reconstituição do crime, do exame pericial de uma mão de pilão, objeto de maceração encontrado próximo ao local do crime, e da exumação do corpo da vítima, que está teria morrido em decorrência de um acidente, provavelmente de um coice de animal. O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso havia reformado a decisão, em sede de apelação interposta por parentes da vítima, e determinado o desarquivamento do inquérito com vistas à reabertura das investigações. Ressaltou-se que não se poderia reiniciar a investigação penal, ainda que se admitisse a possibilidade de reabrir inquérito policial arquivado com base na atipicidade penal, porque, no caso, o pedido de desarquivamento não fora fundado em provas substancialmente novas, mas se voltava para análise do mesmo exame pericial, havendo de incidir o enunciado da Súmula 524 do STF ("Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas."). HC 84156/MT, rel. Min. Celso de Mello, 26.10.2004. (HC-84156)

Importante salientar que, conforme já decidiu a Suprema Corte, o habeas corpus é remédio inadequado para a análise da prova (HC- Rei. Celso de Mello – RT

701/401). Desse modo, segundo ainda Ferreira (2011) “quando o objetivo é o trancamento do inquérito policial, o motivo para tal decisão deve estar claro e objetivamente demonstrado nos autos”.

2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INQUÉRITO

2.1 Investigação Criminal Direta

Segundo Silva e Araújo (1999) já decidira a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público não pode efetuar investigação criminal diretamente, por ser esta uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, somente sendo lícito ao órgão ministerial a condução de inquéritos civis.

Silva e Araújo (1999) ainda observam que:

A tese consagrada no RE nº 205473-9-AL vai de encontro a dispositivos constitucionais expressos (art. 129, I, VI e VIII), bem como ao texto da Lei Complementar nº 75/93 (art. 8º, V e VII) - que disciplina especificamente os poderes e prerrogativas institucionais conferidos ao Ministério Público da União -, de aplicação supletiva aos Ministérios Públicos Estaduais (art. 80 da Lei nº 8.625/93), eis que tanto a *Lex Mater* como a Lei Complementar nº 75/93 são de uma clareza solar em caracterizar a legalidade da atuação do Ministério Público, em se tratando de condução de investigação criminal no bojo de procedimentos administrativos instaurados em seu âmbito interno. Resulta evidente, portanto, que se é facultado ao Ministério Público oferecer denúncia prescindindo do inquérito policial, lastreado em peças de informação contendo provas coletadas diretamente pela pessoa (física ou jurídica) representante, nada mais natural que se lhe conceda, igualmente, a oportunidade de investigar, em procedimento interno, a suficiência daquele acervo informativo para subsidiar, eventualmente, uma acusação penal, assegurando, a um só tempo, o não oferecimento de peça acusatória açodada e temerária, assim como a incoerência de provável "eternização" da apuração dos fatos pela Polícia Judiciária.

Decorre, via de consequência, que segundo Silva e Araújo (1999) "é incorreto afirmar que ao Ministério Público somente é dado conduzir investigações que se refiram a inquéritos civis". Tal ressalva, "só pode ter como objetivo obstaculizar a atuação do órgão ministerial, manietando a Instituição que tem, por destinação constitucional, o poder-dever de zelar pela correta e fiel aplicação das leis em geral".

Nesse sentido, Mazzilli (Apud Lima, 1997, p.89), analisa que:

No inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público - e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta *direta* de elementos de convicção para a opinio delicti: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III... Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais.

Por conseguinte, para Silva e Araújo (1999) “se incumbe ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal de iniciativa pública” e é necessário assim concluir que, “estarão compreendidos entre seus poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar, instaurando o procedimento administrativo pertinente (art. 129, VI, da Carta Política)”, devendo assim “proceder sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público consubstanciado na apuração da verdade real”, ou, como compreende Mazzili (Apud Lima, 1997, p.131), a “iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse em conduzir as investigações”.

2.2 Teoria dos Poderes Implícitos

Para Alvarenga (2004), por essa teoria, “o MP, por ser o titular exclusivo da ação penal pública, teria a competência de empreender investigações, com exclusão da participação da autoridade policial, a fim de instrumentalizar e otimizar o oferecimento da denúncia” e então “a juridicidade dessa tese, não se pode negar, tem o reconhecimento geral, embora em outra esfera de atuação do direito”.

O STJ decidiu que é permitido ao MP conduzir a investigação, pois isso advém naturalmente de sua própria função - a de titular da ação penal (LC, nº75/1993) (Min. Laurina Vaz, HC 33.462-DF, j. 27-9-2005). Mas em decisão unânime, o STF, em 2003, sendo relator o Min. Nelson Jobim, decidiu que:

“o Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-las à autoridade policial competente, não lhe cabendo por tanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas da autoria do crime, dada que a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são funções de atribuições exclusivas da polícia judiciária” (cf.). Informativo que não podem coexistir dois procedimentos, um polícia e outro aberto pelo MP (STJ, HC 32.586- MG, j. 16-3-2004).

Porém em decisão recente foi outra a decisão do Supremo numa sessão realizada em 02-02-2009, acompanhe-se:

Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “dominus litis” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “opinio delicti”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO- HC 89.837-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. (Segunda Turma, STF, Relator, Ministra Ellen Gracie. 2009)

Ainda quanto à teoria dos poderes implícitos, Alvarenga (2004) diz que os adeptos dessa idéia - e este é o fundamento mais simples, que beira a simploriedade, provam demais, uma vez que, se adotada, atribuiria ao ofendido, que é o titular da ação penal privada, iguais poderes de investigação, pelo que poderia ele notificar e ouvir o indiciado e as testemunhas, determinar a realização de perícias e outras diligências, como a reprodução simulada dos fatos, o reconhecimento de pessoas e coisas, as acareações, etc. Não é sustentável a aplicação da teoria dos poderes implícitos em favor do MP, quando os poderes já foram, explicitamente, atribuídos a outra categoria funcional. A afirmação pode ser resumida na seguinte frase: a explicitude exclui a implicitude, ou seja, o reconhecimento de poderes explícitos exclui a possibilidade do reconhecimento de poderes implícitos.

Dessa forma, só se admitiria que o poder de promover e dirigir a investigação criminal estivesse implícito na função ministerial contida no inciso I do art. 129 da CF, caso essa competência não estivesse, explícita e constitucionalmente, consignada às autoridades policiais, isto é, à Polícia Federal (art. 144, § 1º, I a IV) e à Polícia Civil (art. 144, § 4º). Ainda mais porque – frise-se, as exceções constitucionais expressas a respeito são unicamente duas: a competência das autoridades militares, nos crimes castrenses (art. 144, § 4º, in fine) e a das CPI(s) e CPMI(s), nos fatos determinados em geral (art. 58, § 3º). Posto isso e em suma: conferir poderes

investigatórios criminais ao Ministério Público é possível, mas, apenas, após alteração constitucional. (ALVARENGA, 2004).

2.3 O Ministério Público e a Ação Penal

A ação penal é pública quando promovida pelo Estado-Administração, por intermédio do órgão do Ministério Público. Portanto, o MP tem o poder de promover a ação penal pública (artigo 129, i, CF), e tem igualmente o poder de coligir os elementos de informação que subsidiam a sua propositura, ou seja, quem pode os fins - promover a ação penal - pode os meios - investigação criminal direta.

A atividade pública que impulsiona a jurisdição penal recebe o nome de Ação Penal. A ação penal se materializa no processo penal.

Observe-se a seguir a regulamentação da matéria segundo o Código Penal em vigor:

- Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

- A ação penal no crime complexo

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

- Irretratibilidade da representação

Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

- Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

- Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

- Perdão do ofendido

Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I - Se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II - Se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III - se o querelado a recusa, não produz efeito.

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

Com isso, podemos ver que o Ministério Público é essencial na ação Penal, desempenhando diversas atividades a fim de garantir o cumprimento da Lei.

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

3.1 O Sistema de Valoração das Provas adotado no Brasil e as Provas no Inquérito

O sistema de valoração probatória adotado no Brasil atualmente é o sistema misto, possuindo características dos sistemas acusatório/ inquisitório.

(...) este modelo teve origem no direito grego, foi também adotado em Roma e predominou até o século XII, sendo retomado mais tarde, com algumas características, principalmente após o iluminismo e a Revolução Francesa, no final do século XVII e no início do século XVIII e no início XIX. (LOPES, 2003 p.81).

Sistema Inquisitivo ou Inquisitório tem como característica a concentração dos poderes de acusar, de defender e de julgar em uma só pessoa. Portanto, ao julgador além de defender e julgar compete à produção das provas; o sigilo do processo também faz parte deste sistema, logo, não há que se falar em publicidade; a ausência de contraditório também se mostra patente, daí, depreende-se, que o Acusado não é sujeito de direitos e sim objeto de investigação, objeto de prova e a tortura, por sua vez, jorra adredemente (intencionalmente) como um *modus operandi* da confissão.

A constituição federal de 1988, que instituiu o sistema acusatório no sistema processual penal, não traz de forma expressa esta constituição mais através de uma interpretação sistemática, tem se a consolidação e a adesão deste sistema processual pela mesma. Através da consolidação da expressão adotada pela constituição federal de 1988, Estado democráticos de direitos, fundamentado na soberania popular e na dignidade da pessoa humana.

Segundo Nelson Nery Lopes a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1 sob o título “Dos Princípios Fundamentais”, já traz a expressão implícita do sistema probatório processual adotado pelo ordenamento jurídico nacional, leciona desta maneira.

Estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direitos, o qual visa a realizar o princípio democrático com garantia

dos direitos fundamentais, sendo por isso concebido como estado de legitimidade justa ou Estado de Justiça Material. Cumpre refletir ademais que toda a expressão empregada em nossa constituição estende os valores da nossa democracia a todos sobre todos os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica.

Consagrando assim princípios constitucionais como o princípio da publicidade e do contraditório e da ampla defesa, sendo que o primeiro se faz presente na obrigatoriedade de publicação de qualquer ato processual que decorra no âmbito penal, salvo quando estejam em segredo de justiça.

O segundo princípio determina a constituição de advogado para defesa do réu ou acusado em todas as espécies de processo criminal, resguardando-lhe o direito de defesa. As provas passam a serem incumbências das partes que lhe são integrantes tendo por objetivo o livre convencimento motivado do juiz.

A grande maioria dos doutrinadores defendem que o sistema processual penal brasileiro é misto, não sendo totalmente acusatório nem totalmente inquisitivo, adotando assim posturas heterogêneas na propositura de atos processuais, estando basicamente dividido entre os dois sistemas: inquérito (sistema inquisitório), aos atos processuais (sistema acusatório).

Guilherme de Souza Nucci (2008) defende que a simples divisão judiciária não caracteriza a adoção do sistema acusatório, pelo ordenamento jurídico nacional, leciona sobre este dilema da seguinte maneira:

Segundo Nelson Nery Junior (2009) o Estado Democrático de direito é aquele “instituído e regulado por princípios que se traduzam no bem-estar de todos, na igualdade, na solidariedade” (SILVA APUD NERY, p.51)

Há a concepção de que mesmo a nossa fase processual, tal como realizada na prática não pode ser considerada acusatória, eis que a existência das partes e a existência das partes, e a separação das funções entre defesa acusação e julgamento entre órgãos distintos, ainda que importantes na configuração do sistema acusatório, não são suficientes para caracterizá-lo e isentar o processo de ser inquisitivo: o que efetivamente lhe assegura é a atribuição às partes da gestão da prova é vedada a iniciativa do juiz, o que não se observa no direito brasileiro. (NUCCI, 2008, p.20).

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001) defensor minoritário, das características básicas atinentes a cada sistema, está ligada a gestão da prova, onde em um a prova é gerida pelo juiz e em outro a prova se faz independente sem

intervenção ou precursão estatal alguma, defendendo a homogeneidade do sistema acusatório, da seguinte forma.

Uma das finalidades do processo é a reconstituição de um fato pretérito através da instrução probatória, o critério para diferenciar o sistema inquisitório do acusatório, é a gestão da prova a forma pela qual é realizada: no processo inquisitório a gestão da prova é realizada pelo juiz; no acusatório compete exclusivamente as partes daí a impossibilidade de existirem sistemas mistos, pois a apesar de apresentarem elementos de cada um dos sistema, apenas os elemento de gestão de provas é apto para classificá-los. (COUTINHO. 2001, p.28.9).

A maioria dos doutrinadores defendem que o sistema de validação de provas se faz misto entre os dois sistemas acusatório e inquisitório, pois o Código de Processo Penal apresenta características do sistema inquisitório, e os princípios e as disciplinas adotadas e defendidas pela Constituição Federal adotam características do sistema acusatório.

Em síntese, prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém, sendo este fato delituoso ou não. Dentro do âmbito processual criminal as provas se fazem atinentes a comprovar fatos ou atos pertinentes ao processo que visam alcançar o livre convencimento motivado do juiz através de atos processuais como (perícia, inquérito, testemunho) etc.

Vicente Greco Filho leciona da seguinte maneira sobre o tema:

No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra “prova” é originária do latim probatio que por sua vez emana do verbo probare, com significado de examinar, persuadir, demonstrar. A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta a qual aliás é sempre impossível, mas a certeza relativa suficientemente na convicção do magistrado. (GRECO, 2010, p.186).

O inquérito policial possui características inquisitivas, sendo o mesmo um dos fundamentos elencados pelos doutrinadores que defendem que o sistema de valoração probatória utilizado no Brasil é misto.

Vicente Greco Júnior disserta sobre a finalidade do inquérito e sua importância para o andamento judicial, da seguinte maneira:

Sua finalidade é a investigação a respeito da existência do fato criminoso e da autoria. Não é uma condição ou pré-requisito para o exercício da ação

penal, tanto que pode ser substituído por outras peças de informação, desde que suficientes para sustentar a acusação. Quem o preside é autoridade policial, da chamada polícia judiciária, estadual ou federal, que se distingue da polícia preventiva porque atua em face do fato criminoso já ocorrido. (GRECO, 2010, p.77).

Os princípios constitucionais como: princípios do contraditório, a publicidade, atividade jurisdicional não se aplicam ao inquérito policial, pois a atividade desenvolvida por este é administrativa e não processual.

Não obstante, ainda que ausente o contraditório é possível falar-se no exercício do direito de defesa no inquérito policial, segundo sustenta Marta Saad. Acolhe a autora posição doutrinária de que ambos os institutos não se confundem e que, principalmente, são eles autônomos.

Assim, reconhecida a existência de acusação no inquérito policial, entendida esta como sendo atribuição ou afirmação de ato ou fato delituoso a alguém, corolário imprescindível é o exercício do direito de defesa, aqui compreendido de forma ampla como sendo resistência de modo a permitir a contraposição das acusações “com assistência de advogado, a possibilidade de guardar silêncio e a admissibilidade de produção de provas, indispensáveis à demonstração de sua inocência ou da sua culpabilidade diminuída”. (Greco apud Maria Saad p.55)

Aury Lopes (2003) defende que há uma diferenciação entre as provas colhidas dentro do inquérito policial, sendo elas: atos de investigação e atos de prova. Lopes Júnior (2003) descreve e distingue os atos investigação e os atos de prova que compõem o inquérito policial da seguinte maneira:

Enquanto os atos de prova integrarem o processo penal são praticados perante o juiz da causa, para permitir juízo de certeza, seguro, sobre a verdade de uma afirmação, destinando-se a embasar –a sentença da ação penal- e por isso existem plena observância da publicidade, imediação e contradição. Os atos de investigação, essencialmente distintos, antecedem o processo são praticados durante a investigação preliminar, pelo Ministério Público ou polícia judiciária, para permitirem um juízo de probabilidade acerca da hipótese- a prática de um delito- visando a formação do opinio delicti do acusador para justificar o processo(recebimento da ação penal) ou não processo (arquivamento), assim como para fundamentar decisões interlocutórias de imputação com o indiciamento e medidas cautelares pessoais ou reais por suas finalidades restritas, as garantias de publicidade, contradição e imediação podem ser restritivas. (LOPES, 2003, p.277/278).

Sendo assim é de fácil visualização e percepção lógica de que os atos praticados dentro do inquérito policial em sua grande maioria são atos de

investigação, não necessitando assim do contraditório e a ampla defesa por parte do indiciado.

Conclui-se, portanto que os atos ordinariamente praticados dentro do inquérito policial, por seus requisitos, características e finalidades, consistem em atos de investigação e, por isso destinam-se somente a instruir a peça inicial acusatória. (LOPES, 2003, p.198/199).

O artigo 155 caput do CPP classifica as provas em: repetíveis, não repetíveis cautelares e antecipadas. O juiz formará sua convicção pela apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão nos elementos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

As provas repetíveis são aquelas passíveis de repetição em juízo, como depoimento testemunhos etc. As provas repetíveis ou renováveis são aquelas colhidas ordinariamente no curso do inquérito policial como atos de investigação- tais com o a oitiva do ofendido, do investigado, testemunhas, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareação etc. Que podem por sua natureza serem repetidas na fase processual diante do juiz e das partes. (LOPES, 2003, p.204).

Para servirem de fundamentação as sentenças condenatórias as provas repetíveis necessitam de renovação em juízo, através dos atos de prova devendo ser submetidas ao contraditório e a ampla defesa e ao devido processo penal.

As provas cautelares são aquelas que devem ser produzidas em caráter de urgência, sobre pena de perdas irreparáveis, por exemplo, a busca e apreensão de bem, instrumento utilizado em crime etc.

Estas provas cautelares se realizadas com a legalidade e do devido processo legal, apesar de serem realizadas dentro do inquérito policial, podem ser totalmente aproveitadas para fundamentação da sentença.

As provas antecipadas são aquelas que por determinação judicial são realizadas de forma antecipada, ou seja, as provas em regra seriam produzidas dentro do processo, mas por requerimento de uma das partes e por medo de perda irreparável da prova são realizadas de forma antecipada.

As provas não repetíveis são aquelas que possuem um caráter imediato e perecível devendo ser colhidas de forma imediata para que haja a efetivação da prova ou de novas informações.

Os maiores exemplos seriam os exames periciais, como a necropsia de um corpo de vítima de homicídio, que não é prova repetível, pois, se realizado uma exumação na fase processual, na fase processual, não permitiria conclusões tão apuradas há pericia quanto a análise realizada logo após o crime (NUCCI, 2008, p.207)

Dentro do ordenamento jurídico nacional o inquérito policial assumiu um posicionamento pré- processual, não sendo por isso capazes de fundamentar exclusivamente a condenação, pois o direito brasileiro preza pelo princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, direito este não exercido dentro da fase de investigação.

Tendo por principal fundamentação o fato do inquérito ser considerado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência como fase pré-processual, não ensejando a aplicação de tais princípios dentro dos procedimentos inquiritoriais. As provas como depoimentos, testemunhos, salvo provas periciais que estejam dentro do inquérito não possuem cunho condenatório, servindo apenas como informativo do fato criminoso desvendado pelo inquérito.

Certas provas periciais que embora praticadas sem a participação do indiciado, contem em si maiores doses de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica, que além demais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias tem elas valor idêntico ao das provas colhidas em juízo. (MIRABETE, 2008, p.63)

As provas periciais possuem características diferenciadas neste aspecto até por que o contraditório exigido pode ser efetuado por advogado constituído pelo indiciado, que pode participar e contradizer as provas de autoria, materialidade delituosa exposta pela mesma.

Sendo neste caso, pacífico e cediço pela doutrina e pelos tribunais superiores e pelo próprio STJ, que sentença condenatória que se funde exclusivamente em inquérito policial, é nula.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 544, § 4º, I, DO CPC C/C ART. 28 DA LEI Nº 8.038/90. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 182 DA SÚMULA/STJ. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EM PROVAS COLHIDAS NA FASE POLICIAL E NA FASE JUDICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE APTA À CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1.O recurso de agravo em recurso especial não se dirigiu contra o fundamento da decisão agravada, pois o agravante não informou devidamente o esteio do decism, qual seja, a deficiência na fundamentação do recurso especial.

2. No ponto, nota-se que o agravante apenas invoca afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ao sustentar que a sentença de pronúncia se baseou em elementos informativos colhidos no âmbito do inquérito policial.

3. Desse modo, o recurso não se mostra viável, por ter sido apresentado em desacordo com os requisitos preconizados pelo art.544, § 4º, I, do CPC c/c art. 28 da Lei nº 8.038/90, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 182 da Súmula/STJ.

4. Ademais, não há se falar em contradição ou nulidade do acórdão que, baseado tanto em provas colhidas na fase policial, quanto nas extraídas judicialmente, altera a decisão de impronúncia, determinando a submissão do réu a julgamento perante o Tribunal do Júri.

5. Desse modo, se o acórdão condenatório não se baseou exclusivamente em provas colhidas na fase extrajudicial, não há flagrante ilegalidade que dê ensejo à concessão de habeas corpus de ofício.

6. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 242.480/ES, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 22/02/2013).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. ALEGADA CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA COLHIDA EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. ART. 155 DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SIGILO DAS VOTAÇÕES.ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE QUAIS PROVAS FORAM UTILIZADAS PELA CORTE POPULAR AO DECIDIR PELA CONDENAÇÃO DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃOEVIDENCIADO.

1. Conquanto seja pacífica a orientação segundo a qual nenhuma condenação pode estar fundamentada exclusivamente em provas colhidas em sede inquisitorial, tal entendimento deve ser visto com reservas no âmbito do procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas “b” e “c”, conferiu ao Tribunal do Júri a soberania dos seus veredictos e o sigilo das votações, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93, razão pela qual não se exige motivação ou fundamentação das decisões do Conselho de Sentença, fazendo prevalecer, portanto, como sistema de avaliação das provas produzidas a íntima convicção dos jurados.

3. Após a produção das provas pela defesa e pela acusação na sessão plenária, a Corte Popular tão somente responde sim ou não os quesitos formulados de acordo com a livre valoração das teses apresentadas pelas partes. Por esta razão, não havendo uma exposição dos fundamentos utilizados pelo Conselho de Sentença para se chegar à decisão proferida no caso, é impossível a identificação de quais provas foram utilizadas pelos jurados para entender pela condenação ou absolvição do acusado, o que torna inviável a constatação se a decisão se baseou exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial ou nas provas produzidas em juízo, conforme requerido na impetração.

4. Além disso, da leitura das atas de audiências acostadas aos autos, observa-se que os depoimentos das testemunhas foram renovados em juízo com o respeito ao contraditório, provas estas que seriam idôneas a serem utilizadas pelos jurados para entender pela condenação do acusado, razão pela qual não se vislumbra a mácula aventada. (STJ, HC 209.107/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 19/10/2011).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal”.

III. Na hipótese, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, não podendo ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

IV. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de ser inadmissível a prolação de decreto condenatório exclusivamente com base em notícias colhidas durante investigações preliminares, que não tenham sido submetidas ao crivo do devido processo legal, em seus consectários do contraditório e da ampla defesa.

V. Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. STJ, HC 230922 / RS HC 2012/0006962-9, Ministro relator GILSON DIPP, QUINTA TURMA, Julgado em 26/06/2012, data da publicação 01/08/2012).

A prática e coleta de provas na fase do inquérito policial, fez com que houvesse a confecção de ditames doutrinários e jurisprudenciais para fixarem e regulamentarem a sua valoração dentro do processo penal, principalmente o seu peso dentro da condenação.

Defende-se a aplicabilidade da valoração do inquérito policial, como é aplicada agora, onde não há a possibilidade de condenação fundamentada exclusiva no inquérito policial.

A consolidação e o cumprimento de preceitos maiores como o princípio do contraditório e da ampla defesa devem ser observados para que haja uma perfeita

valoração da prova, sendo assim impossível aplicabilidade de tais princípios ao inquérito policial, pois o mesmo presa pela celeridade, podendo em alguns casos ser até mesmo sigiloso.

Tendo por fundamentação principal, o entendimento de que o inquérito policial não pode ter força de consolidação probatória absoluta por si só, não servindo para fundar exclusivamente uma sentença condenatória. Sendo assim as provas realizadas no inquérito policial, são inadmissíveis para fundamentarem prolação de decreto condenatório exclusivamente com base em notícias colhidas durante investigações preliminares, que não estão sobre o crivo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A postura adotada pela doutrina e pelos tribunais é totalmente plausível, pois na conjuntura atual é impossível que haja o respeito a princípios básicos de andamento processual como os princípios do contraditório e da ampla defesa. Não há a possibilidade nem da cogitação da utilização exclusiva do inquérito policial para fundamentar sentença condenatória.

Pois como já visualizamos acima o sistema de valoração probatória penal se faz misto adotando tanto as características inquisitoriais quanto acusatórias, sendo assim há o apreço dentro do processo valoratório de princípios constitucionais, que preze pela justiça tanto no andamento processual, quanto na motivação da condenação.

O sistema de livre convencimento motivado do juiz, não pode ser formado unicamente por provas colhidas em inquérito policial salvo provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Até mesmo para resguardar o direito do acusado e a segurança jurídica social.

3.2 Sistemas de Investigações e de Processo Penal

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltada à colheita preliminar de atos de investigação para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.

Seu principal objetivo é a formação da convicção do representante do Ministério Público ou do Querelante para a futura propositura da ação penal pública ou privada.

A doutrina ainda classifica o inquérito policial em inquisitivo e sigiloso, apesar de uma parte da doutrina não concordar com essa classificação. Referindo-se ao assunto, Nucci (2008, p.159) esclarece que:

O inquérito policial destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.

O objetivo principal da investigação preliminar é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, visando garantir segurança jurídica ao oferecimento da ação, objetivando com isso, o simples ajuizamento da ação penal contra alguém desprovido, causando-lhe um fardo, pois podemos considerar a própria investigação preliminar infundada em uma pena. O inquérito, então é o meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação evitando-se o indesejável erro judiciário.

O inquérito policial será sigiloso somente se necessário a elucidação do fato ou para preservar o interesse social. Não é o sigilo, portanto, característica de todo e qualquer inquérito policial. É a autoridade policial que decidirá, discricionariamente, acerca da necessidade ou não do sigilo. O art. 20 do CPP diz: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O Supremo Federal se manifestou acerca do sigilo interno e externo da investigação preliminar com a edição da Sumula Vinculante de nº 14 que diz:

E 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.

Essa súmula nada mais é uma garantida ao advogado, por força do art. 7º XIV da lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquéritos, findos ou em andamento, ainda que conclusos a autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

O sistema de investigação preliminar policial caracteriza-se por encarregar a polícia judiciária o poder de mando sobre os atos destinados a investigar os fatos e suposta autoria, apontados na notícia criminis ou através de qualquer outra fonte de

informação. Nesse sistema, é importante destacar que a polícia não é mero auxiliar como nos demais sistemas, senão titular, com autonomia para dizer as forma e os meios empregados na investigação, não se podendo afirmar que exista uma subordinação funcional em relação a juízes e promotores.

A vantagem da investigação a cargo da polícia é a possibilidade de atuar em qualquer lugar do país, dos centros urbanos até os povoados mais afastados e isolados, com abrangência maior que a dos juízes de instrução ou promotores investigadores. Esse foi o principal argumento para justificar a permanência do IP, aliado a isso, a investigação é mais barata, pois demanda em regra recursos humanos com menor grau de especialização, o que não ocorre com a polícia do Estado do Pará, onde todos os candidatos devem possuir nível superior.

Com o salário de um juiz ou promotor, o Estado tem condições de manter uma equipe completa de policiais (01 delegado, 01 escrivão e 03 investigadores). Por fim, para o governo, a investigação policial é mais vantajosa, simplesmente porque ele detém o poder de mando, o total controle do órgão e da atividade.

Os inconvenientes da investigação policial estão no fato de possuir uma poderosa discricionariedade para selecionar as condutas a serem perseguidas, geralmente as de maior repercussão na mídia, se mostra mais ativa quando atua contra pobres, distribuindo impunidade para a classe mais elevada; também a cultura policial já possui seus próprios modelos preconcebidos, como os famosos PPP (Pretos, Prostitutas e Pobres).

O sistema de investigação preliminar judicial, o juiz instrutor é a máxima autoridade, responsável pelo impulso e direção oficial. É o principal responsável pelo desenvolvimento da instrução preliminar. Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao MP acusar. A figura do juiz instrutor está ligada a figura do inquisidor.

De forma geral, vigora o princípio da oficialidade, de modo que o juiz instrutor devesse, por sua própria iniciativa e sem necessidade de qualquer invocação, determinar a instauração da investigação preliminar, dirigindo e/ou realizando as investigações e, ao final, decidindo sobre o encerramento do procedimento. Para tanto, terá a sua disposição a polícia judiciária, que realizara as tarefas da forma e segundo determine o juiz instrutor, isto é, a polícia está totalmente subordinada no plano funcional ao juiz instrutor. As vantagens da investigação e a garantia de ser

realizada por um órgão suprapartes (imparcial e imparcial), com maior qualidade de resultados na investigação que terá maior probabilidade de ser útil para a defesa e acusação, ao contrário do sistema policial; garantia de que o juiz que instrui não julga.

As desvantagens é que a investigação é mais gravosa para o Estado, pois não haveria Juizes para todas as localidades e povoados do país, além do elevado custo de salários, os atos de investigação são valorados na sentença, não há distinção entre Juiz que instrui e Juiz que garante, por fim, representa uma gravíssima contradição lógica, pois o Juiz investiga para o promotor denunciar.

O sistema de investigação preliminar a cargo do Ministério Público, o promotor de justiça é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber diretamente a notícia criminis ou indiretamente através da polícia e investigar aos fatos nela constantes. Para tanto, poderá dispor e dirigir a atividade de polícia judiciária ou praticar por si mesmo os atos que julgue necessários para formar sua convicção e decidir entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento.

Atualmente, existe uma tendência no Brasil de outorgar ao MP a direção da investigação preliminar, estando à polícia judiciária necessariamente subordinada a ele. Os argumentos favoráveis dessa investigação são: é uma alternativa a crise do modelo do Juiz instrutor e a discricionariedade da autoridade policial, é uma imposição do modelo acusatório, pois mantém o Juiz longe da investigação imparcial.

É a lógico que o órgão que investigar para ele mesmo acusar, evita que os atos de investigação sejam utilizados como prova, maior celeridade e economia processual. Os inconvenientes são: deve ser aplicado com cautela para evitar abusos e perseguições, deve-se evitar combater o crime a qualquer custo, deve ser independente do poder executivo e sem hierarquia interna.

O Princípio da Ampla Defesa encontra fundamento Constitucional no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, a regra de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".

O réu, o investigado, por serem consideradas partes hipossuficientes por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, dispondo de órgãos constituídos e preparados como Judiciário, Ministério Público e Polícia Judiciária, valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece

o réu e o investigado um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa.

A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos ao réu e investigado, ao primeiro podemos enumerar o ajuizamento da revisão criminal, o que é vedado à acusação e a possibilidade de ser verificada a ineficiência da defesa pelo magistrado, que pode então desconstituir o advogado escolhido pelo réu e nomear outro dativo; no segundo podemos exemplificar a possibilidade do investigado de requerer qualquer diligência, conforme o art. 14 do CPP contemplando que: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade".

A defesa pode ser exercida por meio da defesa técnica e também da autodefesa. A primeira é aquela exercida em nome do acusado por advogado habilitado, constituído ou nomeado, e garante a paridade de armas. A defesa técnica é indispensável. Já a autodefesa é exercida diretamente pelo acusado, investigado. É livremente dispensável, e tem por finalidade assegurar ao réu, investigado o direito de influir diretamente na formação de convicção da autoridade policial e do Juiz.

Assim como a Ampla Defesa, o Contraditório encontra fundamento Constitucional também no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, a regra de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".

Quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de provas em sentido estrito, feitas no processo e acrescento aqui, no inquérito policial por uma parte, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade, servindo tanto a acusação quanto a defesa.

A doutrina identifica duas espécies de contraditório:

a) Contraditório Real, assim se denomina o que se efetiva no mesmo tempo da produção da prova, como ocorre, por exemplo, durante a inquirição das testemunhas, seja ela no juízo ou na delegacia. Nessa oportunidade, confere-se a parte contrária a possibilidade de reperguntas, devendo este ser o contraditório em regra;

b) Contraditório Diferido/Postergado, o que ocorre posteriormente a produção dos atos de investigação e atos de prova, quando não é possível a efetivação do

contraditório real. Ocorre no inquérito, quando se tem, por exemplo, uma interceptação telefônica, busca e apreensão. Deve ser a exceção no contraditório.

O sistema inquisitivo é aquele em que a investigação preliminar está a cargo do poder judiciário, nele, o Juiz atua como parte, instrutor, investigando, dirigindo, acusando e julgando. Nesse sistema vigora a valoração taxativa da prova, ou seja, para cada prova é atribuída um valor, a confissão como rainha das provas e as testemunhas como prostituta das provas; a sentença não produz coisa julgada e a prisão é a regra.

Confundiam-se as atividades de Juiz e acusador, com claro prejuízo para o investigado que se convertia em mero objeto de persecução. O MP e a defesa são meros colaboradores do órgão jurisdicional. O processado era considerado como a melhor fonte de conhecimento e como testemunha; logo, tinha o dever de declarar a verdade sob pena de incorrer nas sanções legais.

O Sistema Acusatório é aquele em que há uma nítida separação entre o órgão acusador e julgador, nesta, a produção de provas está a cargo das partes, cabendo ao Juiz, apenas avaliá-las, nada de agir de ofício, como autorizam alguns artigos do CPP. Predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes, participação popular na justiça penal e a liberdade é a regra.

O Sistema Misto é aquele que surgiu após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois sistemas anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com o predomínio do sistema acusatório.

A doutrina pátria divide o sistema processual em Sistema inquisitivo, Sistema Acusatório e Sistema Misto. Dentre os doutrinadores, não é consenso que o sistema seja acusatório, misto ou mesmo inquisitivo.

Ensina Nucci (2008, p.110) que:

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir da realidade pretender aplicar somente a Constituição a prática forense. Juizes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

Por sua vez, Aury Junior (2010, p.74) afirma que: “Destarte, fica fácil perceber que o processo penal brasileiro é inquisitivo, do início ao fim, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional”. O doutrinador sustenta que o processo penal brasileiro é inquisitivo, em virtude do atual CPP atribuir poderes instrutórios para o Juiz, que caso adotasse o sistema acusatório, ficaria adstrito ao material probatório trazido pelas partes, que muitas vezes é defeituoso e incompleto.

Deixando as discussões de fora, cabe sustentar que o modelo processual adotado pela CF é o acusatório, pois este é um imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Este sistema assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do Juiz que irá sentenciar, garantindo um traço digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva no processo penal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já deu o pontapé inicial para o reconhecimento do Sistema acusatório, quando:

CORREIÇÃO PARCIAL.

- O órgão acusador – parte que é e poderes que tem – não pode exigir que o judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo.
- O mito de que o processo penal mira a “verdade real” está superada. A busca é outra: julgamento justo ao acusado.
- O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório.
- Correição parcial improcedente (Quinta Câmara Criminal do TJRS, Correição Parcial n 70002028041, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 20/12/2000).

PROCESSUAL. PENAL. “HABEAS CORPUS”. SISTEMA ACUSATORIO. PROVA. GESTAO. PROVA TESTEMUNHALPRODUZIDA DE OFICIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE.

- Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório.
- A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.
- Ordem concedida, por unanimidade.
(Quinta Câmara do TJRS, HC 70003938974, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 24/04/2002)

Na mesma linha, destacamos a acertada decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS, cujo acórdão é de lavra do Des. ARAMIS NASSIF, proferida na Correição Parcial n 70014869697, julgada em 01 de junho de 2006:

CORREIÇÃO PARCIAL. DECISAO EX OFFICIO. BAIXA DOS AUTOS A DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO REU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATORIO.

O Juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas.

A regra é clara e comum: O Estado acusador através do agente ministerial, manifesta a pretensão ao agente imparcial, que é o Estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática, vedando a iniciativa ex officio na produção da PROVA, Correição acolhida.

Ao se referir à questão, Aury Junior (2010, p.74) afirma:

Compreendida a questão e respeitada a opção acusatória feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuem poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz.7.3.8 – DIREITO DE DEFESA NO IP

No IP não é observado o princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, O entendimento dos tribunais superiores, que por diversas oportunidades se manifestaram a respeito do inquérito policial, cabe observar:

Supremo Tribunal Federal tem entendido que “a investigação policial – que tem no inquérito o instrumento de sua concretização – não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória” (RECR 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 14.8.1992, pág. 12.227, Ement. vol. 1.670-02, pág. 391, RTJ vol. 143-01, pág. 306) (19) ou no que “respeita ao inquérito policial, não estando a ação penal ainda instaurada, não há invocar o princípio do contraditório a legitimar o procedimento penal” (HC 71.438-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª T., j. em 7.6.1994, DJ 6.6.1997, pág. 24.868, Ement. vol. 1.872-04, pág. 663). Sobre a ampla defesa, tem-se entendido que “a prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (Rel. Celso de Mello, HC 69.372/SP. Precedente: RE 136.239/SP).

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha, decidindo que não cabe o contraditório no inquérito policial, mas apenas na ação penal (RHC 3.923, Min. Pedro Aciole; RHC 3.893, Min. Edson Vidigal; RHC 2.360, Min. José Dantas), por ser o inquérito peça informativa (RHC 1.875 e 1.492, Min. Edson Vidigal; RHC 1.703, Min. José Dantas), inclusive dispensável (RHC 1.393, Min. Assis Toledo).

O direito de defesa, existe, desde 1941, basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando o direito do silêncio). Também poder fazer-se acompanhado de advogado (defesa técnica). Poderá ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer sua defesa através do habeas corpus e do mandado de segurança.

O ponto crucial nesta questão é o art. 5, LV da CF, que não pode ser objeto de uma leitura restritiva. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados e não indiciados é um impedimento para a aplicação da defesa na investigação preliminar.

Sustenta Aury Junior (2005, p.302) que:

Sucedem que a expressão empregada não foi só acusada, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita na notícia crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e como um claro intuito de proteger o sujeito passivo.

As explicações anteriores elucidam que o significado da expressão “acusados” deve ser interpretado com o teor de abrangência, ou seja, envolve a amplitude de situações possíveis de envolvimento no processo.

CONCLUSÃO

A não recepção do Inquérito Policial pela Constituição Federal de 1988, por inobservância dos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório é um tema que vai demonstrar que o Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, é uma lei que foi promulgada debaixo da Constituição, anterior e que conflita com a atual, ela não é, na verdade, inconstitucional, apenas não foi recepcionada, o que equivale a ter sido revogada tacitamente.

Em virtude dessa assertiva, pode-se dizer que o próprio inquérito policial, regulado no Título II (do art. 4º ao 23º) também não foi recepcionado, devendo este passar pelo chamado “filtro” constitucional para a sua validade, o que atualmente não acontece, principalmente por inobservância do art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, a regra de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".

A pesquisa parte do pressuposto que há uma crise existente entre a normatividade da CF e do CPP e efetividade do instituto da Ampla Defesa e Contraditório no Inquérito Policial (IP), pois o mesmo não está sendo cumprido nos quartéis e nas delegacias de Polícia em todo o Brasil, apesar de estarem previstos desde 1941 no CPP; e observar que os autos de investigação colhidos durante o IP são valorados na sentença como prova, principalmente nas sentenças condenatórias.

Para a plena efetivação do instituto da ampla defesa e contraditório no curso do IP, o investigado teria de saber antecipadamente de todos os atos de investigação a serem realizados e de poder, inclusive de influenciar no seu resultado e de produzir atos de investigação a seu favor, salvo os de interceptação telefônica e de busca, apenas assim, é que os atos de investigação seriam atos de prova e poderiam ser utilizados na sentença.

Outra grande discussão é em relação ao sigilo do IP, principalmente quanto ao sigilo interno, pois não são disponibilizados ao investigado, os autos de investigação que foram realizados e irão ser, ou seja, essas informações são ocultadas. Neste caso, apenas ao advogado do investigado são disponibilizados os

autos, garantia que só ocorreu a partir da edição da Súmula Vinculante de nº 14 do STF que disciplina: 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.

É também, garantido ao advogado, por força do art. 7º XIV da lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquéritos, findos ou em andamento, ainda que conclusos a autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. Ademais, verificar que não apenas o IP, mais todo o CPP deve passar pelo chamado filtro constitucional, em virtude do novo sistema processual adotado pela CF/88 que é o sistema acusatório, não admitindo mais que o juiz haja de ofício e que os acusados em geral, neste caso, incluindo os investigados, sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório com os recursos a ele inerentes.

Para finalizar, o IP não serve ao MP, pois ao ser levado a cabo por uma autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atendendo as suas necessidades; não serve a defesa, pois a polícia nega qualquer possibilidade do investigado participar da investigação e solicitar diligência, nega arbitrariamente o contraditório e o direito de defesa; não serve ao Juiz, porque a própria forma de atuar da polícia não permite dar maior credibilidade ao material recolhido.

Quando na instrução processual, verificar que a acusação não conseguiu dentro do Devido Processo Legal, sustentar a condenação do réu, não poderá o Juiz, buscar elementos do IP para fundamentar uma condenação, pois caso isso ocorra, estará ocorrendo uma ilegalidade.

A contribuição jurídica é criar nos futuros Juízes, Promotores, Defensores Públicos, Delegados de Polícia e Advogados que a adoção do Sistema Acusatório foi fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte, o qual rompeu com um passado inquisitivo e vai sendo descartado paulatinamente na atualidade, ao passo que como ainda não foi criado outro sistema preliminar de investigação que substitua o inquérito policial, deve este passar pelo filtro constitucional para a sua aplicação e validade.

A contribuição para a sociedade da adoção da ampla defesa e contraditório no inquérito policial e que os elementos colhidos na investigação poderão ser a partir daí, valorados na sentença, uma vez que o indiciado a partir do momento que for

assistido por um advogado diligente, terá condições de participar ativamente das investigações, solicitando a produção de provas que serão, agora valoradas na fase processual pelo Juiz, tudo em plena observância do princípio da duração razoável do processo, conforme o art. 5º LXXVIII da CF: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A contribuição do estudo é demonstrar que os direitos e garantias constitucionais são normas cogentes, cabendo somente às autoridades públicas, realizarem o seu implemento, afim de realizar um contrabalanceamento entre o Estado e o tema investigado.

A maior parte da doutrina considera que o inquérito policial é procedimento administrativo de natureza inquisitória, sigilosa e informativa, formadora da opinião delicti do titular da ação penal, sendo desnecessária a ampla defesa e contraditório, entretanto, encontra-se outros que afirmam que os princípios podem ser sim, observados. Por fim, é pertinente lembrar que a ausência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, implica em desobediência aos direitos e garantias fundamentais do indiciado, sob pena de responder administrativamente e criminalmente aquelas autoridades que as desrespeitam.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond. A investigação criminal e a teoria dos poderes implícitos. Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 3 de outubro de 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2299>. Acesso em maio de 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). In: Vade Mecun, 5 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecun, 5 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Processual Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria Geral do Processo. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios gerais do direito processual penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Sapucaia do Sul n 1 .p 26 51, 2001.
- DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, FILHO Vicente. Manual de Processo Penal. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento. 7.ed, São Paulo: Saraiva, 2010.
- JUNIOR, Aury Lopes. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 3 eds. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- JUNIOR, Aury Lopes. Introdução Crítica ao Processo Penal. 5 eds. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- LACERDA, Marcus Camargo de. O inquérito policial agora é legalmente contraditório. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 275, 8 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5063>>. Acesso em maio de 2019.
- LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e Persecução Criminal. Ed. Lumen Júris, 1997.
- LOPES, Júnior Aury, Sistema de Investigação preliminar no Processo Penal.2 eds. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal. 18 eds. Atlas. 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson, Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2009.

NEVES, J.L. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. Cadernos de Pesquisa em Administração, v.1, n.3, 2º sem., 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5 ed. São Paulo: RTE, 2008.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelii. Código de Processo Penal. 17 eds. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

QUEIROZ FILHO, Dilermando. Manual de Inquérito Policial. São Paulo: Editora Adcoas, 2000.

SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAUJO, Maria Emilia Moraes de et al. Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1054>>. Acesso em maio de 2019.

SILVA, José Romênio da. A importância do inquérito policial no sistema processual penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.24996&seo=1>>. Acesso em abril 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria geral do processo civil, 3.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. A nomeação de curador e o novo Código Civil. Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 16 de maio de 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 11 Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERGARA, Sylvia Constant. Projeto e Relatório de Pesquisa em Administração. São Paulo: Atlas, 2006.