

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO – UNDB
CURSO DE DIREITO

KELVERSON ABREU SOUSA

INQUÉRITO POLICIAL: Uma análise sobre a aplicabilidade dos princípios do
contraditório e ampla defesa na fase de investigação criminal

São Luís

2018

KELVERSON ABREU SOUSA

**INQUÉRITO POLICIAL: Uma análise sobre a aplicabilidade dos princípios do
contraditório e ampla defesa na fase de investigação criminal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, como
requisito parcial de integralização curricular para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Me. Cleopas Isaías Santos.

São Luís

2018

Sousa, Kelson Abreu

Inquérito policial: Uma análise sobre a aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa na fase de investigação criminal. / Kelson Abreu Sousa. __ São Luís, 2018.

64 f.

Orientador: Prof. Me. Cleopas Isaías Santos.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Aplicabilidade do contraditório. 2. Inquérito Policial. 3. Fase pré-processual - Investigação criminal. I. Título.

CDU 343.1

KELVERSON ABREU SOUSA

**INQUÉRITO POLICIAL: Uma análise sobre a aplicabilidade dos princípios do
contraditório e ampla defesa na fase de investigação criminal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, como
requisito parcial de integralização curricular para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o. Me. Cleopas Isaías Santos.

Aprovado em: 04/12/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^o Me. Cleopas Isaías Santos (Orientador)

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Prof.^o Me. João Carlos da Cunha Moura

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Prof.^a Ma. Kenya Regyna Mesquita Passos

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, agradeço primeiramente a Deus por ter conseguido chegar ao final do meu tão almejado curso de Direito, e de ter superado todas as dificuldades ao longo de todos esses anos de graduação, os quais foram enfrentados com muitas dificuldades e superações ao longo de cada semestre.

À toda a minha família, especialmente os meus pais, Edda e Ismael, por terem me ajudado a chegar até aqui e por sempre estarem presentes em todos os momentos da minha vida, sobretudo meu pai, que sempre lutou por mim e acreditou no meu potencial, me proporcionando a realização dos meus estudos nesta instituição de ensino superior. Agradeço também à minha irmã Brenda, por ser uma pessoa muito companheira e por sempre ter me dado muito apoio.

À minha namorada, Rosana, que sempre foi muito companheira e me deu forças para estudar, me ajudando bastante a chegar no final deste curso.

Ao meu professor e orientador, o ilustre Me. Cleopas Isaiás Santos, pela confiança que me fora creditada a este trabalho e por ter cordialmente aceitado meu convite de orientação.

A todos os meus professores da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco do Curso de Direito, pelo profissionalismo e maestria na docência para o preparo dos alunos ao mercado de trabalho.

Por fim, serei eternamente grato por fazer por ter conhecido pessoas tão especiais, feito muitas amizades, em especial minha amiga Diana, e por vários outros amigos que estarão sempre em meu coração, principalmente nas vezes que me auxiliaram, pela paciência e pelos momentos de descontração que compartilhamos juntos, preenchendo os dias estressantes e tristes.

Determinação, coragem, e autoconfiança são fatores decisivos para o sucesso. Se estamos possuídos por uma inabalável determinação, conseguiremos superá-los. Independentemente das circunstâncias, devemos sempre ser humildes, recatados e despidos de orgulho.

(Dalai Lama)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual da investigação criminal como garantia constitucional do investigado. Assim, o primeiro capítulo trará uma abordagem dos sistemas processuais ao longo da história do Direito Processual Penal, e as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, ambos previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Posteriormente, no segundo capítulo, será discorrido de forma aprofundada sobre o inquérito policial, traçando seu conceito e suas principais características como um procedimento administrativo voltado à apuração da autoria e da materialidade delitiva. Por fim, o referido trabalho analisará a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Para isso, será abordado o contraditório prévio e a produção antecipada de prova como formas de incidência dos princípios supracitados, bem como será discorrido sobre as principais alterações decorrentes da Lei n.º 13.245/2016, que modificou o artigo 7º do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.906/1994), além da exposição das divergências doutrinárias a respeito do tema.

Palavras-chave: Contraditório; Ampla defesa; Inquérito policial; Lei n.º 13.245/2016.

ABSTRACT

The present final paper aims to analyze the applicability of the principles of contradictory and legal defense in the pre-procedural phase of criminal investigation as a constitutional guarantee of the investigated. Thus, the first chapter will bring an approach to procedural systems throughout the history of criminal procedural law, and the constitutional guarantees of the contradictory and legal defense, both provided for in Article 5, section LV, of the Federal Constitution. Subsequently, in the second chapter, it will be discussed in-dept rather about police inquest, tracing its concept and its main characteristics as an administrative procedure aimed to verify of authorship and the materiality. Finally, this work will analyze the applicability of the contradictory and the legal defense in the police inquest. For this, the previous contradictory and early production of evidence as ways to incidence of the principles referred, and will be discussed on the main changes resulting from the Law number 13.245/2016, which modified article 7 of the OAB Statute (Law number 8.906/1994), besides the exposition of doctrinarian divergences about the theme.

Keywords: Contradictory; Legal defense; Police Inquest; Law number 13.245/2016.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF Constituição Federal

CPP Código de Processo Penal

MP Ministério Público

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	13
2.1	Sistemas processuais penais.....	13
2.1.1	Sistema Processual Acusatório.....	13
2.1.2	Sistema Processual Inquisitório.....	15
2.1.3	Sistema Processual Misto.....	18
2.1.4	Sistema Processual Penal Brasileiro.....	20
2.2	Princípio do Contraditório.....	22
2.3	Princípio da Ampla Defesa.....	24
3	INQUÉRITO POLICIAL.....	26
3.1	Conceito e Finalidade do Inquérito policial.....	26
3.2	Natureza Jurídica.....	28
3.3	Características.....	31
3.4	Instauração do Inquérito Policial.....	38
3.5	Indiciamento.....	42
3.6	Conclusão do Inquérito Policial.....	44
4	APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	48
4.1	Contraditório Prévio nas Medidas Cautelares.....	48
4.2	Produção antecipada de prova no inquérito policial.....	49
4.3	Lei n.º 13.245/2016 e as principais mudanças na fase de investigação criminal.....	51
4.4	Entendimento doutrinário sobre a aplicabilidade de ambos os princípios no inquérito policial.....	56
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
	REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O inquérito policial possui previsão legal no artigo 4º do Código de Processo Penal de 1941. Através do dispositivo legal, observa-se o conceito e sua finalidade, tangente à apuração da autoria e materialidade das infrações penais. A Polícia Judiciária é o órgão competente para presidir o inquérito policial tomando as devidas diligências com a finalidade de investigar os fatos criminosos e coletar as provas necessárias que serviram de base para uma futura instauração da ação penal.

Antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a doutrina era pacífica quanto a não aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa como garantias constitucionais do investigado ou indiciado na fase de investigação criminal. Porém, a com entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a doutrina deixou de ser pacífica e então iniciaram-se as divergências. Assim, uma parte da doutrina entende pela não aplicabilidade dos princípios no inquérito policial, enquanto que a outra parte entende que passou a ser garantido os princípios ao investigado ou indiciado na fase pré-processual.

No dia 12 de janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei n.º 13.245/2016 que alterou o art. 7º da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Tal modificação ampliou os direitos à participação do advogado em defesa do investigado ou indiciado na fase de investigação preliminar.

Dessa forma, alguns doutrinadores vêm debatendo se a nova legislação veio a inserir ou não os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa no inquérito policial. Sob o viés, como hipótese principal, ver-se-á que a alteração da Lei n.º 13.245/2016 não admitiu que o inquérito policial fosse regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa de forma plena, mas sim de forma mitigada, tendo em vista que foram ampliados os direitos do investigado ou indiciado na fase de investigação criminal.

Assim, objetiva-se analisar a aplicação das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa no inquérito policial partindo de leituras de dispositivos legais referente ao assunto, além de analisar os principais argumentos dos doutrinadores acerca do tema.

Essa temática mostra-se relevante ao campo jurídico, uma vez que há divergência doutrinária quanto à aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa na fase de investigação policial. Assim, a pesquisa será de grande relevância aos acadêmicos e profissionais do direito.

A importância do tema para a sociedade se dá em razão do avanço ao exercício de direitos garantidos ao advogado e ao suspeito, tendo em vista que se trata de direitos constitucionais que são fundamentais para o investigado e indiciado.

O interesse pessoal pela temática se dá em razão pela afinidade do tema e da disciplina do Direito Processo Penal, além do desejo de seguir tal ramo do direito futuramente, realizando assim o tão almejado sonho de se tornar um delegado de polícia, sendo este o cargo policial responsável por realizar inquéritos, situação a qual trará bastante utilidade o estudo do tema deste trabalho de conclusão de curso.

Realizando uma breve explanação sobre cada um dos capítulos, com base no foco principal de cada um, observa-se que o primeiro capítulo possui um caráter predominantemente histórico, uma vez que analisará os tipos de Sistemas Processuais Penais ao longo da história dos primeiros resquícios de existência do processo penal na sociedade, iniciando-se com o Sistema Acusatório, depois abordando sobre o Sistema Inquisitório, o qual possui características bem diferenciadas em relação ao Sistema Acusatório, e após isso haverá uma análise sobre o Sistema Misto, que possui características tanto do Sistema Inquisitório quanto do Acusatório. Por fim, concluindo esse contexto, será narrado sobre o Sistema Processual Brasileiro. E, ainda no primeiro capítulo, haverá uma abordagem minuciosa dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No segundo capítulo, o foco se dará no procedimento administrativo pré-processual do inquérito policial, destacando seu conceito e finalidade, suas principais características interessadas ao tema de trabalho de conclusão de curso, sua natureza jurídica, suas formas de instauração, que pode ser tanto por autoridade judiciária quanto pelo MP, à requerimento do ofendido ou de seu representante legal, pelo Ministro da Justiça e à representação do ofendido, ou por auto de prisão em flagrante. Por fim, será transcorrido sobre seu indiciamento e finalmente, sobre como ocorrerá sua conclusão.

Finalmente, no terceiro capítulo, tangente à análise do tema do presente trabalho, serão trazidos à tona as discussões sobre a aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, analisando suas possibilidades fáticas e jurídicas para tanto, além das questões favoráveis e contrárias relacionadas à utilização desses princípios na fase pré-processual, de natureza administrativa. Nesse ínterim, serão debatidos primeiramente sobre o contraditório prévio nas medidas cautelares, e, posteriormente, sobre a produção antecipada de provas no inquérito policial, bem como as mudanças trazidas com o advento da Lei n.º 13.245/2016 (que modifica o Estatuto da OAB) na fase de investigação criminal, e por último serão trazidas à tona as divergências doutrinárias sobre a aplicabilidade dos princípios

do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, mostrando as correntes majoritária e minoritária a respeito do tema.

Assim, a presente pesquisa será do tipo bibliográfica, de cunho exploratório, uma vez que a mesma partirá de uma análise dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo por base a Constituição, o Código de Processo Penal, a Lei n.º 13.245/2016, entre outras normas infraconstitucionais e súmulas, além das divergências doutrinárias sobre a possibilidade de utilização dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O método de abordagem utilizado na pesquisa é o dedutivo, realizando ao final a conclusão sobre cada uma das posições dos autores sobre a incidência de ambos os princípios em destaque no inquérito policial. Por fim, será adotado o procedimento monográfico, através da utilização de técnicas de pesquisa indireta bibliográfica, cujas fontes são livros de autores renomados sobre o tema, artigos de revistas especializadas e publicados na rede mundial de computadores; e como fonte documental as leis e jurisprudências sobre o tema proposto.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na temática desse primeiro capítulo será compreendido os conceitos dos sistemas processuais penais, a conceituação de suas espécies, cabendo ainda especificar qual o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ainda no presente capítulo serão abordados os princípios constitucionais aplicáveis no âmbito do processo penal, no que tange aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2.1 Sistemas Processuais Penais

Ao longo de toda história do Direito Processual Penal é possível identificar 3 (três) grandes sistemas processuais penais: Acusatório, Inquisitório e Misto. Importante pontuar que atualmente não há nenhum sistema processual “puro”, ou seja, que em cada um deles não esteja contida nenhuma característica de outro sistema. Portanto, essa divisão feita pela doutrina é meramente pedagógica.

Os Sistemas Processuais Penais têm como escopo a pacificação da sociedade de várias comunidades, em diversos lugares e momentos da história, em que o Estado resolvia seus problemas no âmbito penal (ARRUDA, 2014).

Nas palavras de Aury Lopes Junior (2014, p. 63):

Os sistemas Processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o *Law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o Direito Penal e o processo.

Logo, constata-se que o sistema acusatório predomina em países onde se preza mais pela liberdade individual, além de possuir como características o Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o sistema inquisitório pode ser visto em países onde há uma maior repressão, ou seja, países que possuem como características o autoritarismo, sendo deduzido deste então as garantias inerentes ao indivíduo em detrimento de uma hegemonia estatal (LOPES JUNIOR, 2008 apud ARRUDA, 2014).

2.1.1 Sistema Processual Acusatório

Este foi o primeiro grande sistema reconhecido. O sistema acusatório teve origem na Grécia, mas só ganhou destaque na Roma Antiga, e se encontra caracterizado pela separação

entre o órgão de acusação e o órgão julgador, devendo este último atuar de forma imparcial. A respeito de suas características explana Guilherme de Souza Nucci (2016a, p. 76):

[...] há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; O contraditório está presente; existe a possibilidade de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é regra.

Portanto, torna-se perceptível que o sistema acusatório é norteado por várias características, as quais serão a seguir tipificadas em tópicos:

a) Evidente distinção de acusar e julgar;

Como já mencionado anteriormente, o órgão acusador é diferente do órgão julgador. Aqui, há uma nítida separação de funções de acusar, defender e julgar. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017), o processo acusatório é caracterizado por ser legítimo *actum trim personarum*.

b) Iniciativa probatória das partes

O juiz não agia de ofício para produção de provas, vez que a iniciativa deveria ser das partes. Sendo assim, o juiz preservaria sua imparcialidade, já que caberia às partes a atividade probatória.

c) Ausência de uma tarifação das provas

Isso significa dizer que as provas não são taxativas; logo elas não possuem valores previamente estabelecidos. Em tese, todas as provas possuem o mesmo peso.

d) Contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e ampla defesa são contemplados durante todo o processo. Dessa forma, o réu é visto como sujeitos de direitos que goza plenamente das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa (RANGEL, 2017).

e) Processo e atos processuais públicos

Em decorrência do princípio da publicidade, a tramitação da ação penal obedecerá fielmente ao modelo legal, salvo exceções determinadas por lei. A regra é que o processo seja público.

f) Presunção da não culpabilidade

No processo acusatório vigora o princípio da presunção de inocência. Sendo assim, em regra o réu responde o processo em liberdade até que se prove o contrário, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

g) Paridade entre a acusação e a defesa

Significa que entre as partes, acusação e defesa, devem haver pé de igualdade no processo, sendo garantidos direitos a ambos.

h) Instituto da coisa julgada

Outra característica presente no processo acusatório, é o instituto da coisa julgada a fim de garantir a segurança jurídica. Uma vez inocentado, a pessoa não poderia voltar a ser investigada e processada.

O sistema acusatório perdurou até o século XII, passando por transformações entre os séculos XII e XIV, momento pelo qual o mesmo foi perdendo espaço e sendo substituído pelo sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2017). Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017), o sistema processual penal que mais se assemelha ao modelo puro do sistema acusatório nos dias atuais é o do processo penal inglês.

2.1.2 Sistema Processual Inquisitório

Teve início com uma íntima relação entre o Estado e a Igreja, onde se investigava as práticas de heresias. Neste sentido, o sistema inquisitório foi adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, que mais tarde se espalhou por toda a Europa (LIMA, 2017).

Diferentemente do sistema acusatório, o qual não havia uma concentração das funções em uma única pessoa, no sistema inquisitório essa concentração é reunida na mesma pessoa, que é a figura do juiz inquisidor. Este possuía a função de acusar, defender e julgar (ALVES, 2017).

Nesse sentido, assim entende Eugênio Pacelli de Oliveira (2017, p. 19):

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

Cumprido salientar ainda que o sistema inquisitorial possui duas fases completamente distintas, denominadas de inquisição geral e inquisição especial. A primeira, de inquisição geral, correspondia à fase preliminar da investigação, e tinha por finalidade a apuração da materialidade delitiva e a autoria do crime. Já a segunda, correspondia à fase do processamento, ou seja, é nesta fase que havia a condenação e aplicação da punição (NEVES, [2014?]).

Assim como o sistema acusatório, o sistema inquisitório também possui suas características peculiares, a serem destrinchadas abaixo:

a) A concentração nas mãos de uma só pessoa

O juiz possuía a concentração das funções de acusar, defender e julgar, fato que refletia diretamente em sua imparcialidade, pois ao mesmo tempo em que o juiz atuava como acusador, se encontrava também em ligação psicológica ao resultado do processo, vindo a comprometer, portanto, com a objetividade e a imparcialidade no julgamento (LIMA, 2017).

b) Iniciativa probatória nas mãos do juiz

Enquanto no processo acusatório cabia às partes a gestão de provas, no processo inquisitório cabe ao juiz inquisidor. Sendo assim, o juiz inquisidor agia de forma ampla na iniciativa probatória, isto é, podendo de ofício determinar a colheita de provas, tanto na fase das investigações quanto no curso do processo penal. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 39): “A gestão de prova estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejar.

No sistema acusatório vigorava o princípio *ne procedat iudex ex officio*, cujo significado consistia da não atuação de ofício da justiça, isto é, o juiz era inerte, sendo necessário ser provocado. Já no sistema inquisitório, o juiz tem o poder de agir mesmo não sendo provocado pelas partes, violando assim o indigitado princípio *ne procedat iudex ex officio*.

c) Inexistência das garantias constitucionais

Diferentemente de como era o sistema acusatório, em que a pessoa era vista como sujeito de direito, neste sistema inquisitório, o acusado deixa de ser visto como esse sujeito detentor de direitos. Sendo assim, no sistema inquisitivo não há de se falar em contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, Paulo Rangel (2017), afirma que o acusado na verdade é um mero objeto do processo, e não sujeito de direitos, razão pela qual não há observância às garantias constitucionais.

d) Sistema tarifado de provas

Trata-se de mais um ponto distinto do processo acusatório, visto que neste havia ausência quanto a tarifação de provas, ou seja, as provas estavam no mesmo patamar. Enquanto isso, no processo inquisitivo, algumas provas prevaleciam sob outras. A tortura é o principal meio para obter a confissão, que é a prova mais valiosa nesse sistema. Renato Brasileiro de Lima (2017) afirma que o sistema inquisitorial é caracterizado por extrema rigorosidade, sendo secreto, adotando ilimitadamente o uso da tortura como principal instrumento para elucidação dos fatos, para assim concretizar o objetivo do processo penal.

e) Ausência da coisa julgada

Como não havia coisa julgada e tampouco qualquer segurança jurídica, a pessoa que fosse investigada e depois liberada, poderia posteriormente ser investigada e processada normalmente. É importante salientar ainda que no processo inquisitivo qualquer pessoa poderia denunciar, ou seja, não importava quem estaria denunciando, mas sim, em saber se aquilo era verdade ou não.

f) Inexistência da presunção de inocência

Enquanto o sistema acusatório obedece aos preceitos do princípio da presunção de inocência, onde a regra é que o acusado responda o processo em liberdade, no sistema inquisitivo há ausência do princípio da não culpabilidade. Portanto, neste sistema a prisão é a regra, ou seja, significa que o acusado vai ser privado provisoriamente durante a persecução penal, evitando assim o mínimo possível de burlas para que fosse obtido o fato verdadeiro. Outra finalidade seria a de prevenir o acusado de manter comunicação com pessoas externas, pois isso desvirtuaria o caminho normal do processo (NEVES, [2014?]).

g) A não publicidade do processo e dos atos processuais (regra geral)

No processo inquisitivo, a regra era que seu procedimento fosse sigiloso, e tal feito deveria advir de uma faculdade do juiz, isto é, era o juiz inquisidor responsável por atribuir o caráter sigiloso. Todavia, essas características não lhes eram absolutas, tendo em vista que era possível se conceber o processo inquisitivo sob as formas orais e públicas (LIMA, 2017).

h) Ausência da paridade de armas

Como fora dito anteriormente, uma das características do sistema inquisitorial é a ausência das garantias constitucionais, ou seja, não há o que se falar aqui em contraditório e ampla defesa. Sendo assim, não há igualdade entre às partes. Na verdade, há uma nítida desigualdade, uma vez que não era assegurado as garantias constitucionais à defesa.

2.1.3 Sistema Processual Misto

Tendo o sistema inquisitorial se disseminado por toda a Europa a partir do século XIII, o mesmo perpassou por profundas mudanças devido à Revolução Francesa que instituiu assim o Sistema Misto. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017), o sistema misto é uma nova concepção, que se fundiu aos dois sistemas anteriores, vindo a surgir com o *Code d'Instruction Criminelle* Francês de 1808. Portanto, o Sistema Misto é chamado também de sistema Francês.

O Sistema Misto é caracterizado peculiarmente em duas grandes fases: a instrução preliminar, que contém traços do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, onde há elementos do sistema acusatório (NUCCI, 2016b).

Acerca das fases do sistema misto ou acusatório formal, como lhe é também denominado, ensina Paulo Rangel (2017, p. 53):

- 1ª) instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente;
- 2ª) judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

Nesse mesmo sentido, preleciona Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 41):

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Denota-se então que no primeiro momento existe uma fase preliminar, onde há um procedimento sigiloso, escrito e também a ausência das garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, vindo a possuir assim, características do sistema inquisitorial. Já no segundo momento, referente à fase de julgamento, se fazem presentes os princípios da oralidade, publicidade, concentração dos atos processuais, intervenção de juízes, contraditório e a livre apreciação de provas, possuindo como características o sistema acusatório (NUCCI, 2016a).

O sistema misto é severamente criticado por parte da doutrina. Aury Lopes Júnior (2017) expõe o sistema misto como falacioso, tendo em vista que ainda existem elementos marcantes do modelo inquisitivo no sistema misto. Segundo o autor, o sistema misto erra pela falta de insuficiência, uma vez que é reducionista falar que atualmente todos os sistemas são mistos, pois os modelos puros são apenas de uma referência histórica (LOPES JUNIOR, 2017).

Aury Lopes Junior (2017) ainda afirma que pelo fato do sistema ser misto, é indispensável analisar o núcleo fundante para assim definir o modelo, ou seja, saber se trata de um sistema inquisitório ou acusatório. O ponto de partida para essa identificação é dado da seguinte forma: no modelo inquisitivo a gestão de provas cabe ao juiz, e já no modelo acusatório a gestão de provas cabe às partes (LOPES JUNIOR, 2017).

Nesse sentido, crítica Aury Lopes Júnior (2017, p. 47):

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a

separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

Segundo o autor, o núcleo fundante não se encontra na mera separação das funções de acusar e julgar, pois de nada serve a separação inicial das funções se posteriormente é permitido ao juiz a iniciativa probatória, tendo como exemplo a determinação de ofício da coleta de provas, ou a decretação de uma prisão preventiva também *ex officio*. Para o autor, se o juiz vier a atuar dessa forma, estar-se-ia prejudicando o réu, uma vez que o mesmo abriria mão de sua imparcialidade (LOPES JUNIOR, 2017).

2.1.4 Sistema Processual Penal Brasileiro

Não há previsão legal de qual sistema processual penal é adotado no Brasil, e em razão disso, não se trata de uma tarefa de fácil identificação. Nas palavras de Mauro Fonseca Andrade (2011, p. 461): “o nosso país não adota nenhum tipo de sistema processual penal, pois o que temos hoje são modelos de processo”. Segundo o autor, é necessário que o legislador, faça, portanto, constar de modo expresso no ordenamento jurídico brasileiro o sistema processual penal adotado (ANDRADE, 2011).

Partindo dessa problemática, a doutrina é divergente quanto ao sistema processual penal adotado pelo Brasil, pois parte da doutrina entende que foi adotado o sistema acusatório, porém, um acusatório mitigado. Ao mesmo tempo, outra parte da doutrina entende pelo sistema misto. Por fim, há ainda quem considere como sistema neoinquisitório.

A doutrina majoritária entende pelo sistema misto, e defende que muito embora a Constituição Federal tenha incorporado elementos peculiares ao sistema acusatório, o ordenamento jurídico brasileiro também incorporou resquícios ao sistema inquisitório, sendo perceptível de se verificar nas legislações infraconstitucionais. Destarte, o processo penal brasileiro é classificado como misto, uma vez que na primeira fase há características do sistema inquisitório, e na fase processual, há características pertinentes ao sistema acusatório (LOPES JUNIOR 2017).

Segundo as lições de Aury Lopes Junior (2017, 45):

O chamado “Sistema Misto” nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquirido é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa).

Neste sentido, entende Guilherme de Souza Nucci (2016a, p. 76):

O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.

Sendo assim, a doutrina brasileira vem adotando o sistema processual penal brasileiro caracterizado como misto, isto é, contendo elementos de natureza tanto do sistema inquisitório quanto do acusatório (OLIVEIRA, 2017).

Do outro ponto de vista, alguns doutrinadores reconhecem o sistema processual penal brasileiro como sendo um sistema acusatório, porém, um acusatório mitigado, uma vez que não se trata de um sistema acusatório puro. A Constituição Federal assegura diversos princípios como o contraditório, presunção de inocência, juiz imparcial e competente, dentre outros princípios que traduz características do sistema acusatório. Ocorre que a mesma Carta Magna também convive com princípios opostos aos do Sistema Acusatório, que são inerentes ao Código de Processo Penal, contendo elementos inquisitivos (UZZO, 2014).

Nesse sentido afirma Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 41):

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e ampla defesa, além do princípio da presunção da não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Por fim, há quem ainda considere o sistema processual penal brasileiro como sendo um sistema neoinquisitório, tese defendida por Aury Lopes Junior. Segundo o autor, dizer que um sistema é misto, não quer dizer nada, pois todos os modelos são mistos. O principal ponto é saber o núcleo fundante, que por sua vez, é concebido pela gestão de provas (LOPES JUNIOR, 2017).

Sendo assim, na visão de Aury Lopes Júnior (2017, p. 47): [...] o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval”. Para ele, mesmo que dizendo que o sistema brasileiro é misto, não

predomina na fase processual características do sistema acusatório, mas sim da fase inquisitória ou neoinquisitória, tendo em vista que o princípio informador é inquisitivo, já que a gestão de provas está nas mãos do juiz e não nas mãos das partes (LOPES JUNIOR, 2017).

Para o autor, o fato de se ter a separação das atividades de acusar e julgar é sem dúvida uma marca importante na formação do sistema. Porém, não é suficiente ter apenas essa separação de funções, sendo que o Ministério Público formula as acusações, e posteriormente no curso do processo, permite que o juiz tome a iniciativa probatória, ou que ainda, tome o papel na prática de atos que deveriam ser da parte acusadora, como por exemplo, a liberdade que o juiz tem de ofício converter a prisão em flagrante em preventiva, ou ainda, que decrete a prisão preventiva de ofício ao longo do curso do processo. Segundo o autor, o problema não está presente na fase, mas sim na atuação de ofício do juiz (LOPES JUNIOR, 2017).

2.2 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está estritamente ligado ao princípio do devido processo legal, sendo consagrado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, conforme dispõe:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, pois garante a ampla defesa do acusado (BRASIL, 1988).

Todavia, tal princípio não somente é consagrado pela Constituição Federal, mas também pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 27, que garante o princípio do contraditório em seu artigo 8º:

Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim sendo, o princípio do contraditório trata-se de um direito fundamental inerente às partes que litigam no processo. Segundo a clássica lição, e bastante difundida de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1978, p. 82 apud BEDÊ JÚNIOR; SENNA GUSTAVO, 2009, p. 129), o princípio do contraditório é a “ciência bilateral dos atos ou termos do processo e possibilidade de contrariá-los”. Vê-se então, que a essência do princípio estaria ligado à

discussão dialética dos fatos das causas, tornando necessário que seja assegurado dentro do processo a oportunidade de fiscalização recíproca a ambas as partes por seus atos praticados. Sendo por isto, que a doutrina utiliza a expressão “audiência bilateral”, traduzido do latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa) (BEDÊ JÚNIOR; SENNA GUSTAVO, 2009).

Acerca do princípio do contraditório, explicam Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 131):

Dessa forma, é inexorável concluir, repita-se, que o princípio do contraditório é uma garantia para ambas as partes no processo penal, isto é, acusação e defesa; do contrário, haveria uma proteção deficiente em relação aos direitos da vítima e da própria coletividade.

Destarte, a doutrina denomina o princípio do contraditório também como um binômio “ciência e participação”. São dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação (LIMA, 2017).

O direito à informação, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 51): “funciona como consectário lógico do contraditório. Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária”. Logo, os meios de comunicação dos atos processuais como: citação, intimação e notificação, são de extrema relevância para a efetivação desse direito, pois segundo o princípio, é assegurado às partes terem o direito de serem informadas de todos os atos processuais (LIMA, 2017).

Quanto ao direito à participação, segundo a lição de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 52): “[...] compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária”. Sendo assim, o direito de participação, se traduz basicamente no poder de influência, ou seja, é o direito das partes de serem ouvidas para assim influenciar a decisão do magistrado.

Visto os dois elementos do direito à informação e à participação que compõem o princípio do contraditório, parte da doutrina ainda acrescenta um terceiro elemento. Segundo a lição de Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 131):

Tem como terceiro elemento, o direito de ver seus argumentos considerados, o que traz como inequívoca consequência o dever do julgador de tomar conhecimento, bem como considerar as argumentações da parte, o que na essência, deriva do princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Logo, não há dúvida alguma de que o princípio do contraditório é extremamente essencial ao princípio do devido processo legal, uma vez que somente assim é possível de se falar em um processo realmente justo, tendo em vista que não se concebe um processo justo sem obediência ao contraditório (BEDÊ JÚNIOR; SENNA GUSTAVO, 2009).

2.3 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa é consagrado pela Constituição Federal, e possui previsão legal no mesmo dispositivo do contraditório, ou seja, a mesma se encontra no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, e, assim como o contraditório, a ampla defesa está também prevista no Pacto de São José da Costa Rica.

Assim como o princípio do contraditório está profundamente ligado ao devido processo legal, o princípio da ampla defesa é inerente ao contraditório. Acerca da ampla defesa, ensina Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 54):

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem.

Denota-se então que o princípio do contraditório não se confunde com a ampla defesa. Enquanto que o primeiro assegura às partes o direito de se defender no processo, o segundo concretiza o contraditório, ou seja, é na ampla defesa que o contraditório se manifesta, e ainda tem como característica um destinatário certo, que no caso é o acusado (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Em razão da diferença entre os dois princípios, é possível violar o contraditório, sem que seja lesionada a ampla defesa. Como já foi dito anteriormente, o princípio do contraditório se destina a ambas as partes, devendo ser observado até mesmo pelo juiz. Se porventura deixarem de comunicar um determinado ato processual ao réu, ou ainda, impedir-lhe a sua reação à uma determinada prova, ou mesmo, alegação de defesa, muito embora não viole as normas da ampla defesa, obviamente isso violará os preceitos do contraditório (LIMA, 2017).

A doutrina divide o princípio da ampla defesa em dois tipos: a) defesa técnica, e; b) autodefesa. Assim sendo, afirmam a respeito dessa divisão Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 180):

Na esteira da melhor doutrina, entendemos que o princípio da ampla defesa possui dupla face, ou seja, que se divide em duas partes: 1) a defesa técnica, que é aquela feita por advogado; 2) a autodefesa, feita pelo próprio réu, o que acaba revelando uma relevante discussão com o processo civil.

Neste sentido, a defesa técnica é realizada por um profissional que tenha capacidade postulatória, devendo ser assegurado o direito ao advogado a qualquer fase em se encontre o processo. Enquanto isso, na autodefesa, o direito de defesa é exercido pelo próprio acusado, a exemplo da propositura de *habeas corpus* e dos recursos incidentes na execução. Estes dois exemplos são exceções de casos em que há dispensa da defesa técnica.

A doutrina tem entendido que também é possível conceber a ampla defesa sob dois aspectos: a) aspecto positivo, e; b) aspecto negativo. O primeiro é realizado por meio da efetivação dos instrumentos, bem com os meios e modos de produção, certificação, ou esclarecimento dos elementos de provas que se refiram à materialidade delitiva e aos indícios de autoria. O segundo aspecto, portanto, consiste na possibilidade da não produção de nenhum meio de prova que coloque em elevado risco ou potencialmente perigosos à defesa do réu (LIMA, 2017).

3 INQUÉRITO POLICIAL

Neste capítulo o procedimento preliminar do Inquérito Policial será abordado de forma aprofundada, iniciando, obviamente, pelo seu conceito, sua natureza jurídica, principais características, e formas de instauração. Por fim, será discorrido o ato de indiciamento e, posteriormente, a conclusão do inquérito policial, vindo a demonstrar sobre seu prazo, encerramento e seu arquivamento.

3.1 Conceito e Finalidade do Inquérito Policial

No Brasil, não há uma definição legal a respeito do inquérito policial, isto é, não consta em nenhum artigo do Código de Processo Penal – CPP; por isso, deve-se levar em consideração as definições dos artigos 4º e 6º do CPP. Nesse sentido, afirmam Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013, p. 91), “é a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria”. Logo, o destinatário dessa investigação será o Ministério Público ou o querelante (acusador privado), quando for o caso (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013).

Dessa forma, o inquérito policial é um procedimento administrativo com características inquisitórias e de atos preparatórios da ação penal, o qual é presidido pela autoridade policial, qual seja, de responsabilidade do delegado. Em sentido amplo, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências que tem por objetivo identificar fontes de prova e a colheita de elementos indispensáveis quanto à autoria e materialidade da infração penal, com intuito de propiciar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (LIMA, 2017).

A respeito do conceito do inquérito policial, ensina Bruno Taufner Zanotti (2016, p. 145):

É comum na doutrina pátria, afirmar que o inquérito policial constitui um procedimento administrativo e privado da Polícia Judiciária, que tem por finalidade apurar a autoria e a materialidade das infrações penais, de modo a auxiliar na formação do convencimento (*opinio delicti*) do Ministério Público e, excepcionalmente, da vítima (querelante).

Por sua vez, Paulo Rangel (2017, p. 73) explica que:

Inquérito policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios - *delicta facti pmanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.

O Autor processualista penal Guilherme Souza Nucci (2016a) ensina que o inquérito policial se traduz num procedimento preparatório para a propositura da ação penal, possuindo caráter administrativo, sendo manejado pela polícia judiciária, objetivando a colheita preliminar de provas para apurar as infrações penais e sua autoria.

Também neste sentido, descreve Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 166):

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Ver-se-á então que o inquérito policial é visto como um procedimento preliminar ou preparatório para ação penal. Logo, o conjunto de todos esses atos administrativos visam elucidar um fato o qual é considerado, a princípio, como uma infração penal, precedendo à instauração da ação penal. Assim sendo, o inquérito policial possui uma função garantidora, ou seja, a investigação tem por objetivo evitar a instauração da persecução penal infundada pelo Ministério Público à frente do fundamento do processo penal, ora a instrumentalidade e garantismos real (RANGEL, 2017).

Quanto à sua finalidade, o inquérito policial se mostra relevante ao passo de ser um instrumento usado pelo Estado que tem como objetivo a colheita dos elementos de informação, para assim, viabilizar o oferecimento da peça acusatória quando se fazer presente a justa causa para o processo (*fumus comissi delicti*), além de evitar que pessoas inocentes sejam submetidas a responder um processo criminal de forma injusta (LIMA, 2017).

Segundo o mesmo autor Renato Brasileiro de Lima (2017), ressalta-se que esses elementos de informação colhidos no inquérito policial são extremamente importantes para a convicção do titular da ação penal diante a possível acusação, além de ser um papel fundamental em detrimento às decretações de medidas cautelares, sejam elas pessoais, patrimoniais ou probatórias diante o curso da investigação policial. Ademais, tendo em vista que para ser decretada, por exemplo, uma prisão preventiva, é necessário haver um mínimo de elementos no que tange à materialidade e autoria da infração penal; além disso, esses elementos de informação são relevantes para uma fundamentação de uma possível absolvição sumária.

O autor Bruno Taufner Zanotti (2016), preleciona que a finalidade do inquérito policial, portanto, se dá em meio a produção de diligências investigadas, onde devem ser

colhidos todos os possíveis elementos do fato, com a devida observância aos direitos fundamentais das pessoas que são afetadas pela investigação policial, para assim, ser confirmado ou não, a materialidade e autoria do delito.

Importuno salientar que o inquérito policial não tem por finalidade a ideia na qual o delegado de polícia trabalha na colheita de elementos de informação contra o investigado, como se a autoridade policial tivesse interesse de fato na acusação assim como o Ministério Público, situação que imediatamente iria contra os preceitos basilares do cargo de delegado, tais como a imparcialidade e autonomia funcional. Tal fato é tão verídico que o inquérito policial pode ser arquivado, ou servir de fundamento para a denúncia (ZANOTTI, 2016).

Por fim, segundo o ensino de Renato Brasileiro de Lima (2017), percebe-se que a expressão utilizada fora “elementos de informação” e não “elementos de prova”. Sendo assim, devido as alterações trazidas pela Lei n.º 11.690/08, houve então uma distinção entres provas e elementos informativos, tendo em vista que ao se falar em elementos de provas, há nesta a referência quanto às provas produzidas em observância ao contraditório judicial. Nesse diapasão, o juiz não poderia fundamentar sua decisão tão somente em elementos de informação colhidos na fase de investigação, com exceção das provas cautelares, não receptíveis e antecipadas. Por outro lado, o termo “elementos de informação”, são todas as demais provas que são produzidas no inquérito policial sem o crivo do devido processo legal, ou seja, aqui, não se impõe uma obrigação a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa.

3.2 Natureza Jurídica

No tocante à natureza jurídica do inquérito policial, os Professores Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013) ensinam que para se entender a natureza jurídica do inquérito policial, é preciso fazer uma análise da sua função, estrutura e órgão encarregado. Para o autor, falar da natureza jurídica da investigação criminal é algo complexo, tendo em vista que são praticados diversos atos de naturezas diferentes, a exemplos dos atos administrativos, judiciais e até mesmo jurisdicionais. Para eles, é preciso classificar a natureza jurídica do inquérito policial levando em conta a natureza jurídica dos atos predominantes, uma vez que mesmo sendo um procedimento nitidamente administrativo na instrução criminal, é possível serem praticados atos de natureza judicial, isto, é, o juiz pode intervir no caso, como por exemplo ao decretar uma prisão preventiva.

Logo, segundo Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013) é preciso analisar duas principais correntes que traduzem a natureza jurídica da investigação criminal,

descritas como sendo as seguintes: a) procedimento administrativo pré-processual; b) procedimento judicial pré-processual.

A primeira corrente considera o inquérito policial sendo uma fase pré-processual, isto é, um procedimento prévio e preparatório à ação penal, porém, não sendo, portanto, um processo penal. O caráter administrativo advém quando a investigação criminal for exercida por um órgão estatal que não faça parte do Poder Judiciário, ou seja, o agente que presidir o inquérito policial não possuirá poder jurisdicional. Nesse ínterim, de acordo com essa corrente, o inquérito policial pode ser classificado por ser um procedimento administrativo pré-processual, haja vista que o órgão responsável pela investigação é a Polícia judiciária, sendo este um órgão da Administração Pública vinculado ao Poder Executivo, possuindo assim, características de natureza administrativa (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013).

Sob essa ótica, leciona Paulo Rangel (2017, p. 79):

O inquérito policial é um instituto que deve ser estudado à luz do direito administrativo, porém dentro do direito processual penal, já que são tomadas medidas de coerção pessoal e real contra o indiciado, necessitando, neste caso, de intervenção do Estado-juiz.

Logo, é possível compreender que o inquérito policial se trata de um procedimento administrativo e não de um processo administrativo, onde a finalidade do procedimento é apuração de fatos que a princípio seria tido como uma possível infração penal.

Os Professores Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013) defendem que excepcionalmente, quando a investigação preliminar for realizada pelo Ministério Público, o inquérito será um procedimento judicial neste caso. Isso se dá em razão em alguns países onde o Ministério público faz parte do Poder Judiciário, possuindo assim, as mesmas garantias da Magistratura, como é o caso da Itália e Portugal, onde há um procedimento pré-processual realizado pelo Ministério Público constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário. Logo, nesses dois países haverá um procedimento de caráter judicial, mas não jurisdicional, tendo em vista que o Ministério Público não possui poder jurisdicional mesmo que constitucionalmente integre o Poder Judiciário.

Dessa forma, em resumo ao entendimento desta corrente, afirma-se que o inquérito policial é classificado como um procedimento administrativo pré-processual, e, levando em consideração a natureza jurídica dos atos predominantes, os atos inquérito policial são administrativos. Todavia, isso não significa a exclusão de uma possível intervenção do Poder Jurisdicional, mas que tal intervenção não ocorrerá em qualquer situação, sendo tão somente de maneira contingente e limitada. A regra é que o inquérito policial seja instaurado, executado e

concluído sem intervenção do órgão jurisdicional, que no caso poderá ser um juiz, ou então um promotor (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013).

A segunda corrente defende que a natureza jurídica da investigação preliminar deve ser considerada um procedimento judicial pré-processual. Segundo o ensino de Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013), o inquérito policial será um procedimento judicial pré-processual quando a investigação for realizada por um órgão que faça parte do Poder Judiciário. Assim, de acordo com esta classificação, é possível citar como exemplos os países da Itália e Portugal, onde a investigação preliminar é realizada pelo Ministério Público e não possui dependência ao Poder Executivo, sendo então constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário.

A Constituição italiana prevê em seu artigo 107 (Título IV – *La Magistratura* – Seção I – *Ordinamento Giurisdizionale*), que o Ministério Público é integrado a Magistratura, gozando assim dos mesmos direitos inerentes aos Magistrados (COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, 1948 apud LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013).

Ao citar José Joaquim Gomes Canotilho, os professores Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner afirmam na palavras do autor português que em Portugal o Ministério Público a princípio era tido como um órgão vinculado ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo; entretanto, nos dias atuais, conforme dispõe o artigo 221 da Constituição de Portugal, o Ministério Público é um órgão pertencente ao Poder Judiciário, e, em razão disso, a norma constitucional reconhece os promotores como magistrados, garantindo-lhes os mesmos direitos dos juízes (CANOTILHO, 2003 apud LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013).

Assim sendo, mesmo que o Ministério Público constitucionalmente integre o Poder Judiciário, realizando assim uma investigação preliminar, não há de se falar em atos jurisdicionais; na verdade os atos praticados aqui serão judiciais. Ainda que os promotores estejam integrados ao Poder judiciário, estes possuem funções distintas dos juízes, uma vez que aos juízes são atribuídos o *jurisdictio*, isto é, são responsáveis por aplicar o direito objetivo nos casos concretos. Quanto ao Ministério Público, este tem o dever de colaborar em razão do exercício do Poder Judiciário, porém, não o exercendo, mas sim em outras funções que lhe são atribuídas por integrar o Poder Judiciário. Logo, os seus atos praticados não serão somente atos de natureza administrativo, mas também judiciais, e, seu poder não se dá em razão do Poder Executivo, mas sim do Poder Judiciário (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013).

Em síntese, esta corrente defende que a natureza jurídica do inquérito policial será de procedimento judicial pré-processual, apenas quando a investigação for realizada por um órgão do Poder Judiciário, a exemplos dos juízes e promotores.

Dizendo respeito ao inquérito policial brasileiro, é certo que não há dúvidas quanto à sua natureza jurídica, em razão do sujeito e dos atos praticados conforme a primeira corrente, sendo assim, um procedimento administrativo pré-processual.

Nas palavras de Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013, p. 224), descrevem “A atividade carece de mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e, por isso, não pode ser considerada atividade judicial, tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo”. Logo, a natureza jurídica do inquérito policial é um procedimento de índole meramente administrativo, que possui funções informativas e preparatória à ação penal (RANGEL, 2017).

3.3 Características

a) Procedimento administrativo

Como foi abordado no tópico anterior, o inquérito policial não possui natureza judicial e sim de um procedimento administrativo que possui a finalidade de apurar a autoria de materialidade de uma possível infração penal. Sendo assim, a regra é que os vícios presentes no inquérito policial não possuem o condão de prejudicar o processo penal (LIMA, 2017).

Contudo, existem situações excepcionais, conforme ensina Bruno Taufner Zanotti (2016), quando houver casos que a gravidade violar as normas do direito material, isto é, violar a essência do inquérito policial, e assim, certamente há se de falar em ilicitude, sendo esse inquérito inteiramente nulo, e em razão dessa violação, a peça informativa não será aceita, ou seja, não haverá a instauração da ação penal. É o caso, por exemplo, quando a investigação preliminar policial não for presidida pela autoridade policial.

b) Procedimento escrito

O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 9º que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade” (BRASIL, 1941). Segundo Paulo Rangel (2017), a forma escrita se dá em razão para que se exigem das autoridades policiais sempre estarem acompanhando as investigações que são feitas por seus agentes, documentando sempre nos autos, para assim evitar por exemplo a prática ilegal dos escrivães de polícia, quando primeiramente lavram o flagrante e somente depois que o delegado assina.

Todavia, a característica da forma escrita vem sendo relativizada, e isso por causa do processo de informatização da investigação criminal. Logo, fazendo uma analogia do artigo 405, § 1º, do Código de Processo Penal, é possível se admitir a utilização de novos recursos como a gravação audiovisual de diligências, bem como é possível a materialização dos documentos da investigação preliminar policial no âmbito virtual, o que já ocorre em alguns Estados, sendo inclusive denominado de “inquérito virtual” ou também “inquérito eletrônico” (ZANOTTI, 2016).

c) Procedimento dispensável

Não resta dúvida que o inquérito policial é instrumento muito importante na coleta de provas, sendo uma peça informativa de grande relevância para apuração de materialidade e autoria de infrações penais. Todavia, é importante ressaltar que o inquérito policial não é obrigatório para a instauração da ação penal.

Nesse sentido explica Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 113):

Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é esforço concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido), disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será perfeitamente dispensável.

Seguindo a mesma ótica, leciona Bruno Taufner Zanotti (2016, p. 147):

O inquérito policial, apesar de ser um instrumento de grande relevância para a coleta de provas, não é necessário para a instauração da ação penal. O Ministério Público, caso já tenha os elementos de informação, poderá instaurar a ação penal se entender que possui justa causa suficiente.

Logo, vê-se então que a instauração da ação penal não é subordinada à existência do inquérito policial, podendo o Ministério Público oferecer a denúncia ou ofendido no caso de ação privada oferecer a queixa crime quando houver elementos de informação suficientes para a materialidade e autoria da infração penal.

Ademais, no próprio Código de Processo Penal, vários dispositivos fazem a menção ao caráter dispensável do inquérito policial. É o que prevê o artigo 12 do CPP, expressando que “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (BRASIL, 1941). Nas palavras do professor Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 113): “A contrario sensu, se o inquérito policial não servir de base à denúncia ou queixa, não há necessidade de a peça acusatória ser acompanhada dos autos do procedimento investigatório”.

Após esta citação do autor, é possível compreender claramente o caráter dispensável do inquérito policial.

No mesmo sentido, o artigo 27 do CPP dispõe que “Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção” (BRASIL, 1941). Portanto, basta fazer uma simples interpretação, já que qualquer cidadão pode provocar o Ministério Público com elementos de informação suficientes da autoria e materialidade para o oferecimento da denúncia, não há porque se falar que o inquérito policial é necessário para a instauração da ação penal (LIMA, 2017).

Por sua vez, Bruno Taufner Zanotti (2016), entende por uma “dispensabilidade regrada”, uma vez que o inquérito policial só é dispensável em alguns casos específicos, como por exemplo, casos em que a vítima ou Ministério Público tenham indícios de autoria e materialidade suficientes. Fora isso, o inquérito policial se torna um instrumento de grande relevância, sendo necessário e indispensável para o bom funcionamento da justiça no âmbito criminal.

d) Procedimento sigiloso

No inquérito policial, para garantir a elucidação do fato, isto é, sua autoria e materialidade, é necessário ser concebido o caráter sigilo. É comum, por exemplo, quando ocorre divulgação por meios da imprensa, das diligências realizadas no curso das investigações criminais, e tudo isso acaba comprometendo a sua finalidade essencial, que é justamente a coleta de informação quanto à autoria e materialidade (RANGEL, 2017).

A respeito do procedimento sigiloso do inquérito policial, explica Guilherme de Souza Nucci (2016a. p. 110):

O inquérito policial, por ser peça de natureza administrativa, inquisitiva e preliminar à ação penal, deve ser sigiloso, não submetido, pois, à publicidade regente do processo. Não cabe a incursão na delegacia, de qualquer do povo, desejando acesso aos autos do inquérito policial, a pretexto de fiscalizar e acompanhar o trabalho do Estado-investigação, como se pode fazer quanto ao processo-crime em juízo.

O caráter sigiloso do inquérito policial possui previsão legal no artigo 20 do CPP, como é possível ver a seguir “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (BRASIL, 1941). Segundo o

Professor Renato Brasileiro de Lima (2017), o caráter sigiloso não é aplicado a todos, tendo em vista que o sigilo não alcança por exemplo, a autoridade judiciária e nem o Ministério Público.

Assim sendo, ensina Renato Brasileiro de Lima (2017), mesmo que o inquérito policial seja sigiloso, o entendimento que se tem é que o advogado deve ter amplo acesso aos autos da investigação criminal desde que estejam documentados. Já na hipótese em que não houver sido documentado, isto é, nas diligências que estão em andamento, o advogado não tem acesso, tendo em vista que o sigilo é essencial para eficiência da investigação. É o que se entende por sigilo interno. Em relação ao sigilo interno explica Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 115): “[...] visa assegurar a eficiência da investigação, que poderia ser seriamente prejudicada com a ciência prévia de determinadas diligências pelo investigado e por seu advogado”.

Em razão disso, é que o STF editou a Súmula Vinculante n.º 14, que dispõe a seguinte redação:

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 (BRASIL, 2009).

Conforme o texto sumular acima transcrito, verifica-se que o caráter sigiloso do inquérito policial não pode ser oponível à defesa, desde que sejam observados três pressupostos: a) deve-se dar no interesse do representado; b) garantindo o direito de defesa, e; c) os elementos de provas devem estar documentados no inquérito policial (ZANOTTI, 2016).

Negado o direito de acesso do advogado aos autos do inquérito policial, segundo Renato Brasileiro de Lima (2017), três soluções podem ser tomadas: 1) possibilidade de ajuizar uma reclamação ao STF por uma violação a Súmula Vinculante, a qual regula todos os órgãos do judiciário e também a administração pública direta e indireta; 2) possibilidade de impetrar mandado de segurança, uma vez que se trata de um direito líquido e certo do advogado que foi violado; 3) possibilidade de se valer do remédio heroico, ou seja, o habeas corpus, defendendo que ao ser negado o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, acarretaria num constrangimento ilegal ao seu direito de locomoção. Cumpre salientar que a negativa do direito do advogado no curso das investigações pode até mesmo comprometer sua defesa no processo, podendo inclusive acarretar em uma pena privativa de liberdade.

e) Procedimento inquisitorial

Certo é que a Autoridade Policial tem em suas mãos todo o poder para conduzir a investigação criminal, como inquirir testemunhas do fato, para assim buscar sempre esclarecer os fatos que lhe foram ocorridos. Sendo assim, o inquérito policial também possui caráter discricionário, uma vez que cabe à Autoridade Policial a liberdade de agir na apuração do possível fato tido como criminoso, desde que respeite os limites impostos na lei (RANGEL, 2017).

Neste sentido, explica o Professor Fernando Capez (2016, p. 157):

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria.

Por sua vez, entende Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 110):

O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentado alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial.

Com base no Código de Processo Penal, não resta dúvida o caráter inquisitorial, razão pela qual não há de se falar em contraditório e ampla defesa. Segundo Paulo Rangel (2017), é impossível se falar em direito de defesa do investigado no caráter inquisitivo do inquérito policial, uma vez que o investigado não é acusado de praticar nenhuma infração penal, mas se encontra como objeto de investigação.

É importante salientar que muito embora o inquérito policial é qualificado como inquisitivo, com o advento da Lei n.º 13.245/2016, houve uma relativização do caráter inquisitorial, uma vez que a lei ampliou a atuação do advogado na fase de investigação criminal, assunto esse que será aprofundado no próximo capítulo.

f) Procedimento oficial

O caráter oficial consiste no fato de que o inquérito policial apenas poderá ser realizado por um órgão oficial do Estado conforme regulamenta o artigo 144, § 1º, I e § 4º do referido dispositivo (LIMA, 2017). No mesmo sentido, ensina Fernando Capez (2016, p. 156): “O inquérito policial é uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido”.

Logo, compete a polícia civil ou federal, através do Delegado de Polícia, que é a Autoridade Policial responsável em presidir a investigação criminal.

g) Procedimento oficioso

A tramitação de ofício ou oficiosidade, segundo os ensinamentos de Bruno Taufner Zanotti (2016), significa que há um dever legal obrigando o delegado de polícia a instaurar de ofício o inquérito policial para assim garantir a finalidade que é a coleta de provas de autoria e materialidade de uma infração penal.

A respeito da característica da oficiosidade, explica Fernando Capez (2016, p. 156):

Corolário do princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) da ação penal pública. Significa que a atividade das autoridades policiais independe de qualquer espécie de provocação, sendo a instauração do inquérito obrigatória diante da notícia de uma infração penal (CPP, art. 5º, I), ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (CPP, art. 5º, §§ 4º e 5º).

Logo, o delegado de polícia deve de ofício instaurar o inquérito policial, e somente na hipótese dos crimes de ação penal pública condicionada à representação e ação penal privada, a instauração dependerá da vontade vítima ou do representado. Fora isto, o procedimento de instauração do inquérito policial segue de ofício (ZANOTTI, 2016).

h) Procedimento indisponível

O artigo 17 do CPP traz a seguinte redação “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito” (BRASIL, 1941). Conforme fácil interpretação do dispositivo, significa dizer que uma vez iniciado o inquérito policial, o delegado de polícia, que é a autoridade policial, não poderá arquivar os seus autos.

Com relação ao arquivamento do inquérito policial, quem determina este é o juiz, e o pedido pode ser feito pelo Delegado de Polícia ou então pelo Ministério Público independentemente da ação penal, ou seja, ação penal pública ou ação penal privada (ZANOTTI, 2016).

i) Procedimento temporário

De acordo com o artigo 10, § 3º do CPP, descreve que “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” (BRASIL, 1941).

Em razão disso, o autor Bruno Taufner Zanotti (2016), faz uma severa crítica quanto à realidade nas Delegacias de Polícia no Brasil. Para os autores, é comum no dia a dia a existência de vários inquéritos policiais que vem se arrastando por vários e vários anos sem a devida conclusão, ou sem ser analisado, ou então sem o despacho do Delegado de Polícia. É muito comum se ter vários despachos pelo Delegado de Polícia requerendo apenas a prorrogação do prazo para conclusão da investigação criminal, isto é, sem haver nenhuma diligência investigativa com o passar dos anos.

Sendo assim, observando-se a realidade nas Delegacias de Polícia no Brasil, afirma-se que há uma grave violação ao direito fundamental da razoável duração do processo, pois mesmo que o inquérito policial não seja um processo, é necessário mesmo assim obedecer aos preceitos do princípio em questão. Afinal, não seria razoável uma pessoa ser investigada por vários anos, e ainda assim, não se coletar as provas suficientes de autoria e materialidade para a instauração da ação penal.

É neste sentido que o STJ se posicionou em um julgado concedendo uma ordem de trancamento do inquérito policial por excesso de prazo para sua conclusão, conforme se encontra no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 61451:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, LAVAGEM DE DINHEIRO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E OUTROS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INVESTIGAÇÃO QUE PERDURA DESDE SETEMBRO DE 2002. INEXISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Embora o prazo de conclusão do inquérito policial, em caso de investigado solto, seja impróprio, ou seja, podendo ser prorrogado a depender da complexidade das investigações, a delonga por aproximadamente 14 anos se mostra excessiva e ofensiva ao princípio da razoável duração do processo. 2. Mostra-se inadmissível que, no panorama atual, em que o ordenamento jurídico pátrio é norteado pela razoável duração do processo (no âmbito judicial e administrativo) – cláusula pétrea instituída expressamente na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004 –, um cidadão seja indefinidamente investigado, transmutando a investigação do fato para a investigação da pessoa. Precedente. 3. Não se desconhece o fato de que a investigação é complexa, contando com indícios da prática de crimes de lavagem de dinheiro, falsidade ideológica, crimes contra o sistema financeiro e outros, por meio de associação criminosa atuante por quase vinte Estados da Federação, além da criação de "empresas de fachada", nacionais e estrangeiras, em nome de "testas de ferro" e "laranjas" das atividades desenvolvidas, bem como manobras contratuais e contábeis efetuadas para "maquiar" o patrimônio dos efetivos sócios das empresas. 4. Colocada a situação em análise, verifica-se que há direitos a serem ponderados. De um lado, o direito de punir do Estado, que vem

sendo exercido pela persecução criminal que não se finda. E, do outro, da recorrente em se ver investigada em prazo razoável, considerando-se as consequências de se figurar no pólo passivo da investigação criminal e os efeitos da estigmatização do processo. 5. Recurso provido para trancar o Inquérito Policial n. 2002.38.01.005073-9, em trâmite na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, sem prejuízo da abertura de nova investigação, caso surjam provas substancialmente novas. O trancamento deve abranger os demais investigados, que se encontram em situação fático-processual idêntica (STJ, 2017).

Logo, se houver um excesso no prazo para a conclusão do inquérito policial, a jurisprudência tem entendido que é possível trancar o inquérito policial, tendo em vista que está sendo violado o princípio da razoável duração do processo. Ademais, toda essa demora influencia de modo negativo ao investigado, pois acaba gerando um constrangimento ilegal para a pessoa que está sendo investigada de forma excessiva ao longo dos anos.

3.4 Instauração do Inquérito Policial

A doutrina diverge quanto as formas de instauração do inquérito policial. Uma parte da doutrina entende que existem somente duas formas de se iniciar o inquérito policial, sendo elas: 1) mediante portaria; 2) mediante auto de prisão em flagrante. É o que entende a doutrina de Bruno Taufner Zanotti (2016), pois que para ele, as requisições do Ministério Público ou do Ministro da Justiça e a representação do ofendido não são, portanto, formas de instauração do inquérito policial, mas sim condições de procedibilidade. Logo, preenchendo as condições de procedibilidade, é que se pode falar em instauração do inquérito policial mediante portaria ou lavratura do auto de prisão em flagrante.

Por outro lado, a doutrina dominante defende que para saber a forma de instauração do inquérito policial, primeiro é preciso saber a espécie da ação penal. Dessa forma, os Professores Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos (2017), afirmam que para doutrina dominante, o inquérito policial pode ser iniciado até de seis formas: 1) de ofício mediante portaria, conforme prevê o artigo 5º, I, do CPP, quando o crime for de ação penal incondicionada; 2) mediante representação, com base no artigo 5º, § 4º, do CPP, decorrente nos crimes de ação penal pública condicionada; 3) mediante requisição do Ministro da Justiça nos termos do artigo 145, parágrafo único do CPP, também nos crimes de ação penal pública condicionada; 4) mediante requerimento do ofendido com fulcro artigo 5º, II e § 5º, do CPP, nas hipóteses dos crimes de ação penal privada; 5) mediante requisição de membro do Poder Judiciário e do Ministério Público com fundamento previsto no artigo 5º, II, do CPP, podendo ocorrer em qualquer crime, até mesmo nos crimes de ação penal pública condicionada e na ação

penal privada, bastando apenas se atentar às condições de procedibilidade; 6) mediante auto de prisão em flagrante segundo dispõe o artigo 8º, do CPP.

a) De ofício

Com a *notitia criminis*, o conhecimento da Autoridade Policial do fato criminoso poderá ser espontâneo ou provocado. Neste sentido, a Autoridade Policial, ao tomar conhecimento do fato tido delituoso, deverá instaurar o inquérito policial de ofício, isto, é, o Delegado de Polícia tem o dever de instaurar o inquérito policial mesmo não sendo provocado. Todavia, com o *delatio criminis*, qualquer pessoa que tiver conhecimento de um fato tido como infração penal pode verbalmente ou por escrito comunicar o Delegado de Polícia, e este, verificando a procedência das informações, ordenará a instauração do inquérito policial, conforme dispõe o artigo 5, I, § 3º (CARVALHO, 2013).

Assim ensina Fernando Capez (2016, p. 163):

De ofício: a autoridade tem a obrigação de instaurar o inquérito policial, independente de provocação, sempre que tomar conhecimento imediato e direto do fato, por meio de delação verbal ou por escrito feito por qualquer do povo (*delatio criminis* simples), notícia anônima (*notitia criminis* inqualificada), por meio de sua atividade rotineira (*cognição imediata*), ou no caso de prisão em flagrante.

Logo, o Delegado de Polícia vai instaurar o inquérito policial de ofício mediante portaria, que no caso em questão é a peça inaugural, devendo estar devidamente assinado pelo mesmo, além de expressar o objeto que se deu a investigação, bem como as informações conhecidas acerca do fato criminoso, e as primeiras diligências que serão tomadas (LIMA, 2017).

b) Requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público

Um fato delituoso pode chegar ao conhecimento desses dois órgãos; ou então, na possibilidade de se notar através dos autos de uma investigação em andamento indícios de um crime de ação penal pública, o órgão jurisdicional ou Ministério Público devem se prontificar e tomar as devidas diligências com o fim de se apurar a autoria e materialidade do crime (LOPES JUNIOR; GLOECKNER 2013).

O artigo 40 do CPP, prevê que “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério

Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia” (BRASIL, 1941). Sendo assim, caso os elementos que são essenciais ao oferecimento da denúncia estiverem ausentes, a autoridade judiciária poderá requisitar a instauração do inquérito policial com o objetivo de se apurar (CAPEZ, 2016).

O artigo 5º, inciso II, § 1º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPP, trazem os requisitos da requisição, conforme é possível ver abaixo:

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

[...]

II- mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterá sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

Todavia, entendem os Professores Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013), que os requisitos previstos no artigo 5º, inciso II, § 1º, alíneas “a”, “b”, “c” do CPP não são aplicados à requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. Segundo eles, os requisitos são aplicados somente a requerimento do ofendido; porém, a requisição deve pelo menos narrar os fatos ditos como delituosos para poder serem investigados, devendo assim, o promotor de justiça mencionar os elementos que já lhe são conhecidos, facilitando, portanto, o trabalho dos agentes policiais.

No entanto, nada impede que o Ministério Público entenda por não informar os elementos que julga serem desnecessários como também aqueles que não devem ser informados à polícia, uma vez que iriam comprometer com a eficácia da investigação (LOPES JUNIOR; GLOECKNER 2013).

c) Requerimento do ofendido ou de seu representante legal

Trata-se de mais uma forma de instauração do inquérito policial. Neste caso, o início da investigação criminal é concebido partindo do requerimento do ofendido ou por seu representante legal, conforme consta o artigo 5º, inciso II, do CPP (LIMA, 2017).

Sendo assim, esse requerimento na verdade é uma notícia-crime qualificada, tendo em vista que há uma condição especial do sujeito (vítima ou representante legal) que informa

uma possível infração penal, requerendo assim, que a Autoridade Policial inicie as diligências com o fim de apurar este fato a princípio punível (LOPES JUNIOR; GLOECKNER 2013).

d) Mediante auto de prisão em flagrante

Mesmo não sendo expresso no artigo 5º do CPP, o auto de prisão em flagrante também é considerado uma forma de instauração do inquérito policial, funcionando o referido auto como a peça inicial da investigação criminal (LIMA, 2017).

Neste sentido, descreve Guilherme de Souza Nucci (2016a, p. 101):

[...] pela lavratura do auto de prisão em flagrante, nos casos em que o agente é encontrado em qualquer das situações descritas no art. 302 do Código de Processo Penal (“está cometendo a infração penal”; “acaba de cometê-la”; “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”; “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”).

Logo, o termo “auto de prisão em flagrante” já diz por si só seu significado, isto é, o suspeito é pego em flagrante cometendo o crime, ou então, logo após cometer o fato delituoso, razão pela qual o suspeito é levado para a Delegacia de Polícia, e lá será lavrado o auto de prisão em flagrante, constando nele as circunstâncias do fato delituoso e a prisão. Uma vez lavrado o auto, o inquérito está instaurado (SANTOS, 2016).

e) Mediante requisição do Ministro da Justiça e à representação do ofendido

Estes dois tipos de instauração do inquérito policial ocorrem nos crimes de ação penal pública condicionada. Neste caso, conforme ensina Bruno Taufner Zanotti (2016), o inquérito policial só poderá ser instaurado com a formalização da requisição do Ministro da Justiça ou então da representação do ofendido, pois se tratam de condições de procedibilidade para instauração do inquérito policial.

Quanto à representação do ofendido, explica o Professor Fernando Capez (2016, p. 165):

[...] de acordo com o art. 5º, § 4º, do Código de Processo Penal, se o crime for de ação pública, mas condicionada à representação do ofendido ou do seu representante legal (CPP, art. 24), o inquérito não poderá ser instaurado senão com o oferecimento desta. É a manifestação do princípio da oportunidade, que informa a ação penal pública condicionada até o momento do oferecimento da denúncia (CPP, art. 25). A autoridade judiciária e o Ministério Público só poderão requisitar a instauração do inquérito se fizerem encaminhar, junto com o ofício requisitório, a representação.

Quanto à requisição do Ministro da Justiça, descreve Fernando Capez (2016, p. 166):

[...] no caso de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil; no caso de crimes contra a honra, pouco importando se cometidos publicamente ou não, contra chefe de governo estrangeiro; no caso de crime contra a honra em que o ofendido for o presidente da República; em algumas hipóteses previstas no Código Penal Militar etc. A requisição deve ser encaminhada ao chefe do Ministério Público, o qual poderá, desde logo, oferecer a denúncia ou requisitar diligências à polícia.

Portanto, conforme já mencionado, somente mediante requisição do Ministro da Justiça ou mediante à representação do ofendido, é que o inquérito será instaurado, tendo em vista que à requisição e à representação são pressupostos para o início da investigação criminal nos crimes de ação penal pública condicionada.

3.5 Indiciamento

O ato de indiciamento segundo Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 150), significa que “Indiciar é atribuir a autoria (ou participação) de uma infração penal a uma pessoa”. Logo, o indiciamento consiste na imputação do ilícito penal a uma pessoa, havendo informações suficiente que apontam sua autoria. Quando alguém é indiciado, presume-se que esta pessoa seja de fato considerada suspeita, e, desta forma, passa o indivíduo a ser o foco da investigação policial (CAPEZ, 2016).

Importante pontuar que o indiciamento é uma atribuição exclusiva, isto é, um ato privativo da Autoridade Policial, devendo ser devidamente fundamentado, descrevendo assim a elucidação da materialidade delitiva proveniente da investigação criminal (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Neste sentido, afirmam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p, 182):

[...] é a informação ao suposto autor a respeito do fato objeto das investigações. É a cientificação ao suspeito de que ele passa a ser o principal foco do inquérito. Saímos do juízo de possibilidade para o de probabilidade e as investigações são centradas em pessoa determinada. Logo, só cabe falar em indiciamento se houver um lastro mínimo de prova vinculando o suspeito à prática delitiva, o que se faz após análise técnico-jurídica do fato, indicando-se autoria, materialidade e circunstâncias, como dispõe a Lei nº 12.830/2013. Deve a autoridade policial deixar clara a situação do indivíduo, informando-lhe a condição de indiciado sempre que existam elementos para tanto. O indiciamento não pode se consubstanciar em ato de arbítrio. Se feito sem lastro mínimo, é ilegal, dando ensejo à impetração de habeas corpus para ilidi-lo ou até mesmo para trancar o inquérito policial iniciado.

Dessa forma, o indiciamento deve conter fortes evidências sobre a elucidação quanto à autoria e materialidade da infração penal. Logo, o indiciamento precisa ser fundamentado, para que assim seja imputado o fato criminoso à pessoa (ZANOTTI, 2016).

Neste sentido, o artigo 2º, § 6º da Lei nº 12.830/16 prevê “ O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (BRASIL, 2016).

Ademais, é importante salientar que quando o indiciamento for infundado em insuficientes elementos quanto sua materialidade delitiva, a jurisprudência tem entendido que há prática de constrangimento ilegal, sendo o *habeas corpus* a ação de impugnação cabível para sanar o vício.

É o que dispõe o Habeas Corpus nº 43599 a seguir:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. INDICIAMENTO. FALTA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. O indiciamento configura constrangimento quando a autoridade policial, sem elementos mínimos de materialidade delitiva, lavra o termo respectivo e nega ao investigado o direito de ser ouvido e de apresentar documentos. Ordem CONCEDIDA em parte, para possibilitar ao paciente que preste seus esclarecimentos acerca do fato, em termo de declaração; junte documentos e indique providências no caderno investigatório (BRASIL, 2005).

Dessa forma, ensina Renato Brasileiro de Lima (2017), que a impetração do *habeas corpus*, terá o objetivo de sanar o vício do constrangimento ilegal, ocorrendo assim o desindiciamento.

Além do desindiciamento ser possível via impetração de *habeas corpus*, outra possibilidade é quando o Delegado de Polícia verifica que pessoa indiciada não tem nenhum vínculo com o ilícito penal, e assim, não há, portanto, mais a necessidade de se imputar à pessoa o fato delituoso. Sendo assim, o Delegado de Polícia tem o dever de proceder um despacho de forma fundamentada alegando o devido desindiciamento (ZANOTTI, 2016).

Por fim, o indiciamento traz algumas consequências à pessoa. Segundo o Professor Bruno Taufner Zanotti (2016), a pessoa perde a posição de suspeito ou de testemunha, passando assim, ser considerado um indiciado. Uma vez ocupando a posição jurídica de indiciado, o indiciado tem o direito de ficar em silêncio e não se incriminar. Além disso, o Delegado de Polícia passa a ter o direito a averiguações da vida pregressa do indiciado, podendo ainda ocorrer a identificação criminal caso seja necessário.

Quanto ao indiciamento do servidor público em se tratando de crimes de lavagem de capital, o artigo 17-D da Lei n.º 9613/98, prevê que “Em caso de indiciamento de servidor

público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno (BRASIL, 1998).

3.6 Conclusão do Inquérito Policial

O inquérito policial não pode perdurar indefinidamente. Nesse ínterim, através do Código de Processo Penal e legislação extravagantes, são previstos prazos para a conclusão do inquérito policial. Alguns procedimentos terão ainda prioridades em sua tramitação, conforme previsto em lei. Cita-se como exemplo nos casos proteção à vítimas e testemunhas (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Como regra geral, é adotado o prazo estabelecido pelo CPP. Entretanto, quando a legislação extravagante dispuser um regramento específico, será este aplicado (ZANOTTI, 2016).

Dessa forma, a regra é que seja aplicado o prazo de 10 dias para conclusão do inquérito policial na hipótese do indiciado se encontrar preso, e 30 dias quando estiver solto, de acordo com o artigo 10, *caput*, do CPP.

Prevê ainda o artigo 10, § 3º do CPP, sobre a possibilidade da prorrogação quantas vezes for necessária em virtude da difícil elucidação do fato delituoso, desde que o indiciado esteja solto. Porém, quando o indiciado estiver preso, não há previsão legal possibilitando a prorrogação do prazo.

Quanto à natureza dos prazos do inquérito policial, ensina Bruno Taufner Zanotti (2016), que para saber se o prazo é penal ou processual, dependerá da situação do investigado. Caso o investigado esteja solto, trata-se de prazos de natureza processual, isto é, exclui-se o primeiro dia da contagem e inclui-se o último dia do vencimento. Quando o investigado se encontrar preso, nessa hipótese, os prazos terão natureza penal, ou seja, inclui-se o primeiro dia do começo, contando-se de forma ininterrupta.

Cumpram ressaltar ainda que há prazos de conclusão do inquérito diferenciados previstos nas legislações especiais, como no caso daqueles em que os crimes são de competência da Justiça Federal, onde o prazo para conclusão do inquérito policial é de 15 dias se ele estiver preso, podendo ser prorrogado apenas uma vez. No entanto, para estes mesmos crimes, se o investigado se encontrar solto, o prazo é de 30 dias, podendo ser prorrogado quantas vezes for necessário, aplicando-se assim, neste caso, a regra geral do CPP, uma vez que não há prazo para o indiciado solto na legislação especial sobre os crimes de competência da Justiça Federal. Todavia, quando o indiciado estiver preso, o prazo para conclusão do inquérito policial

será de 15 dias, podendo ser prorrogado uma vez pelo mesmo período, conforme consta no artigo 66 da Lei n.º 5.010/66.

Por outro lado, a Lei n.º 11.343/06 (Lei de drogas), de acordo com o artigo 51, o inquérito deverá ser finalizado em até 30 dias quando o indiciado estiver preso, e quando estiver solto, o prazo para conclusão do inquérito policial será de 90 dias, com ambos podendo ser duplicados uma vez conforme estabelece o parágrafo único do artigo 51 da Lei n.º 11.343/06.

Por fim, nos crimes contra a economia popular regulamentada pela Lei n.º 1.521/51, prevê em seu artigo 10º, § 1º, que o inquérito policial deverá terminar no prazo de 10 dias, esteja o indiciado solto ou preso. Porém, não existe previsão legal acerca da prorrogação do prazo para conclusão do inquérito policial.

Ao concluir a investigação criminal, cabe ao Delegado de Polícia emitir um minucioso relatório de tudo que foi apurado através do inquérito policial e enviar para o juiz competente, nos termos do artigo 10, § 1º, do CPP.

A Autoridade Policial, ao elaborar o relatório conclusivo, não poderá expor nenhuma opinião ou juízo de valor. Assim, o relatório deverá conter as diligências que ainda não foram executadas, bem como a indicação das testemunhas que ainda não foram inquiridas (CAPEZ, 2016).

Acerca do relatório conclusivo do inquérito policial, entendem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 193):

O inquérito policial é encerrado com a produção de minucioso relatório que informa tudo quanto apurado. É peça essencialmente descritiva, trazendo um esboço das principais diligências realizadas na fase preliminar, e justificando eventualmente até mesmo aquelas que não foram realizadas por algum motivo relevante, como a menção às testemunhas que não foram inquiridas, indicando onde possam ser encontradas. Não deve a autoridade policial esboçar juízo de valor no relatório, afinal, a opinião delitiva cabe ao titular da ação penal, e não ao delegado de polícia [...].

Entretanto, mesmo que o relatório seja um dever funcional da autoridade policial, a sua realização não é obrigatória para o oferecimento da denúncia, tendo em vista que até mesmo o inquérito policial é dispensável para a instauração da ação penal. No entanto, havendo desídia do comportamento da autoridade policial no que preze sua função, a corregedoria deverá ser notificada, e sanções disciplinares poderão ser aplicadas ao delegado de polícia.

Sendo o inquérito concluído e feito o relatório, a autoridade policial enviará os autos para o juiz correspondente, constando no relatório os instrumentos do delito e todos os objetos de interesse à prova. Recebido o inquérito policial pelo juiz, o mesmo envia para o Ministério Público, que ao receber o inquérito policial, poderá o promotor: a) oferecer a denúncia; b) pedir

o arquivamento; c) solicitar novas diligências; d) realizar as diligências por si próprio (LOPES JUNIOR, 2017).

Na hipótese em que o inquérito policial tenha provas suficientes quanto a autoria e materialidade da infração penal, poderá o promotor, com base nas provas colhidas no inquérito policial, oferecer a denúncia. Não é necessário constar no relatório que a autoridade policial tipifique o fato delituoso, mas caso o faça, é importante deixar claro que a classificação apontada pela Autoridade Policial não vincula o promotor. Na verdade, até mesmo as conclusões apontadas pela Autoridade Policial não vinculam o promotor, que possui faculdade em oferecer a denúncia ou então em pedir o arquivamento do inquérito policial, mesmo que isso signifique ir contra as conclusões apontadas pelo delegado de polícia (LOPES JUNIOR, 2017).

Em razão do caráter indisponível, uma vez instaurado o inquérito policial, o delegado de polícia não possui legitimidade para arquivar seus autos com base no artigo 17 do CPP, que expressa a característica da indisponibilidade do inquérito policial. Assim, o arquivamento ocorrerá por decisão do juiz, a pedido do Ministério Público, ou então pelo delegado de polícia (ZANOTTI, 2016).

De acordo com o artigo 28 do CPP, o juiz pode não concordar com o arquivamento se assim entender. Nesta situação, o magistrado enviará os autos ao Procurador Geral para ele oferecer a denúncia ou designar outro órgão do Ministério Público para oferecer a denúncia, e ainda concordando com o arquivamento, insistirá no pedido do arquivamento, cabendo somente ao juiz decidir se atenderá ou não o pedido.

O Professor Aury Lopes Júnior (2017), afirma que a decisão que decreta o arquivamento do inquérito policial não transita em julgado. Neste sentido, dispõe a Súmula n.º 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” (BRASIL, 1969). Dessa forma, a autoridade policial poderá prosseguir com as investigações buscando coletar novas provas que possam justificar a ação penal. Todavia, nada obsta que o Ministério Público peça novamente o arquivamento (LOPES JUNIOR, 2017).

Portanto, é admitido o desarquivamento, desde que o arquivamento faça coisa julgada formal e que surjam novas provas essenciais ao processo. Nas palavras de Renato Brasileiro do Lima (2017, p. 169), “[...] a abertura das investigações não pode decorrer da simples mudança de opinião ou reavaliação da situação”. Da mesma forma, não é admitido a reabertura do inquérito policial para investigar circunstâncias que já foram investigadas anteriormente. Logo, é indispensável o advento sobre a existência de novas provas substanciais,

ou seja, provas que são inéditas, uma vez que eram desconhecidas até o momento, sendo elas ocultas ou inexistentes, possuindo assim capacidade de modificação do quadro probatório (LIMA, 2017).

O Ministério Público, ao receber o inquérito policial, poderá requisitar novas diligências de acordo com artigo 16 do CPP, desde que as diligências sejam essenciais ao oferecimento da denúncia. O Professor Aury Lopes Junior (2017) entende ainda que o Ministério Público pode requisitar diretamente a Autoridade Policial para tomar novas diligências, ou que o próprio Ministério Público pratique as diligências que julgue necessárias. Logo, o MP, que possui independência, possui poderes para instruir todos os procedimentos da investigação preliminar, caso entenda ser necessário, e assim poderá realizar por ele próprio as diligências que os julgue imprescindíveis (LOPES JUNIOR, 2017).

4 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Neste capítulo, o enfoque de abordagem será acerca contraditório prévio e a produção de provas antecipadas como incidência de aplicação no inquérito policial. Nesse ínterim, será discorrido posteriormente sobre as mudanças feitas pela Lei n.º 13.245/16, na fase de investigação criminal. Por fim, concluindo o cerne do presente capítulo, serão apresentados os principais argumentos divergentes doutrinários e o entendimento jurisprudencial à aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

4.1 Contraditório prévio nas medidas cautelares

No curso da história do processo penal, sempre predominou o entendimento que não seria possível conceber a oitiva do investigado como defesa da concessão da medida cautelar, sob o argumento no qual havendo a permissão da defesa se perderia a eficácia da medida cautelar pretendida (CASTRO, 2015).

Assim, sempre se entendeu que as medidas cautelares eram pleiteadas *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva do investigado. Ademais, a defesa somente poderia intervir a exemplo de uma decretação de prisão preventiva em circunstância diferido, onde se questionava a legalidade da medida cautelar por meio de *habeas corpus*, ou seja, o direito à defesa era postergado (LIMA, 2017).

Nesse sentido, entrou em vigor a Lei n.º 12.403/11, que incluiu o § 3º no artigo 282 do CPP, conforme se verifica abaixo:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo (BRASIL, 2011).

Dessa forma, partindo da alteração promovida Lei n.º 12.403/11, o juiz antes de julgar o pedido de medida deverá ouvir a parte contrária em obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, mas desde que não haja um prejuízo quanto a urgência ou eficácia da medida cautelar (LOPES JUNIOR, 2013).

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 851):

[...] na esteira da moderna legislação europeia, o art. 282, § 3º, do CPP, passou a prever o contraditório prévio à decretação da medida cautelar. Em face desse preceito, pelo

menos em regra, a parte contrária deverá ser chamada para opinar e contra argumentar em face da representação da autoridade policial, do requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, confiando-se ao juiz a ponderação plena e com visibilidade, em face da presença de mais uma e justificada variável, de todos os aspectos que tangenciam a extensão da medida, permitindo-lhe chegar a um convencimento mais adequado sobre a necessidade (ou não) de adoção da medida cautelar pleiteada.

Dessa forma, ao ser garantido o exercício do direito de defesa do investigado, se utilizando, portanto, do conceito do contraditório substancial, afirma-se que tal defesa poderá influenciar no conteúdo da decisão do juiz (PIMENTEL JÚNIOR, MORAES, 2017). Assim, a parte contrária deve exercer sua defesa técnica, enquanto que o juiz formará o seu livre convencimento partindo dos argumentos apresentados pela defesa, podendo o magistrado vir a indeferir o pedido de medida cautelar.

Ademais, Renato Brasileiro de Lima (2017), afirma que com base na leitura do artigo 282, § 3º do CPP, a observância do contraditório prévio incide somente quando se tratar de pedido de medida cautelar, não prevendo, portanto, a hipótese quando a medida cautelar é decretada de ofício pelo magistrado. Assim, entende o professor Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 852):

Ora, se a lei passou a exigir, pelo menos em regra, o contraditório prévio à decretação da medida cautelar, este deve ser observado não só quando houver pedido formulado pelas partes, como também quando a medida for decretada de ofício pelo magistrado ou quando resultar do descumprimento de obrigações impostas pelo meio outras medidas cautelares.

Por fim, é importante esclarecer que a inobservância aos princípios do contraditório e ampla defesa, ambos previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, no entendimento de Aury Lopes Júnior (2017, p. 588), gera a “[...] nulidade da substituição, cumulação, ou revogação da medida cautelar, remediável pela via *habeas corpus*”. Portanto, o contraditório prévio é um direito constitucional do investigado que poderá ser exercido ainda na fase de investigação preliminar policial se assim for necessário.

4.2 Produção antecipada de prova no inquérito policial

Em decorrência do artigo 366 do Código de Processo Penal, que ao suspender o processo e curso do prazo prescricional, cabe ao juiz, de ofício, ou ainda a requerimento das partes, determinar a produção antecipada de provas, sendo estas consideradas urgentes e relevantes, levando em consideração a necessidade, adequação e proporcionalidade da

providência. No caso em tela, trata-se de medida cautelar, quem tem a finalidade de assegurar os elementos probatórios em detrimento aos efeitos deletérios da ação no decurso do tempo, bem como os riscos de perecimento dessas provas (BEDÊ JÚNIOR; SENNA GUSTAVO, 2009).

Cumpra salientar ainda que, segundo a Súmula 455 do STJ, “a decisão que determine a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo” (BRASIL, 2010). Portanto, não basta apenas que o juiz determine as provas antecipadas, pois na decisão deve constar a fundamentação o qual levou o julgador a deferir o pedido.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016b), a produção antecipada de provas é um procedimento incidente, que possui natureza cautelar, sendo determinado de ofício pelo juiz, quando este entender ser imprescindível à produção de provas, sendo estas consideradas urgentes e relevantes, antes do início a ação penal, prezando-se pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Assim, explica Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 586):

[...] provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo indispensável prévia autorização judicial.

Por sua vez, explana Aury Lopes Júnior (2017, p. 163):

O incidente de produção antecipada da prova é uma forma de jurisdicionarizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa.

Dessa forma, a produção antecipada de provas traz à baila um pouco da fase processual para a fase de investigação; entretanto, não se trata de algo tão simples, pois caso contrário, este instituto seria usado com muito mais frequência no processo penal. Porém, toda prova produzida no inquérito policial que estiver em obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, será usada para o livre convencimento do julgador, visto ainda que, segundo o artigo 155 do CPP, somente é reconhecido três situações onde o juiz vai utilizar essas provas que não foram produzidas na fase processual, que são no caso as provas cautelares, não repetíveis e as provas antecipadas (RIBEIRO, 2014).

Seguindo esse entendimento, leciona Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 71-79 apud RIBEIRO, 2014, p. 21):

[...] a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (**salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial**, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se com contraditório pleno, perante o juiz natural. [...]. (Grifo do autor).

Assim, é possível ver que a produção antecipada de provas pode ser feita até mesmo na fase de investigação, ou seja, a produção de prova vai ser feita sob o crivo do contraditório e da ampla defesa ainda na fase da investigação preliminar policial. Em síntese, a prova antecipada obedece fielmente aos princípios acima mencionados, uma vez que é dada à parte o direito a sua defesa.

Todavia, o incidente de produção antecipada deve ser aplicado de forma restritiva, isto é, apenas admitida em casos extremos, onde é impossível sua produção de prova posteriormente na fase processual e também quando for relevante e imprescindível seu conteúdo para a sentença (LOPES JUNIOR, 2017).

Quanto ao procedimento da produção antecipada de provas, são intimadas as partes interessadas como o Ministério Público, querelante, assistente, indiciado e defensor para assim acompanhar todo o seu trâmite. Uma vez não sido iniciada a ação penal, podendo até mesmo não ter ocorrido o formal indiciamento, é preciso que o juiz indique um defensor público, cujo objetivo, será acompanhar a produção das provas. No caso de haver um indiciado, será necessário intimar o mesmo para produção cautelar da prova, além da garantia de ser acompanhado por um profissional com capacidade postulatória, isto é, um advogado (NUCCI, 2016b).

Nesse ínterim, é possível concluir que o incidente da produção de provas antecipadas dentro do inquérito policial é uma justificativa acerca da aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação preliminar policial conforme já mencionado.

4.3 Lei n.º 13.245/2016 e as principais mudanças na fase de investigação criminal

Para que o advogado exerça sua atividade com eficiência, deve ser garantido ao defensor diversas garantias que possibilitam uma independência e autonomia perante o juiz,

promotor e ao delegado de polícia (LOPES JUNIOR, 2017). Assim, a Constituição Federal prevê em seu artigo 133, a seguinte redação “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a Lei n.º 8.906/94 veio para regulamentar toda a atividade profissional do advogado, expondo os seus direitos e deveres no exercício da advocacia. Assim, será abordado o artigo 7º da Lei n.º 8.906/94, que trata justamente da atuação do advogado no âmbito da fase de investigação preliminar e que sofreu alteração com a Lei n.º 13.245/2016.

A Lei n.º 13.245/2016 alterou o dispositivo legal art. 7º da Lei n.º 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), haja vista a necessidade da ampliação e efetivação ao acesso dos advogados na fase de investigação criminal, tendo em vista que a Súmula Vinculante n.º 14 do STF já não era mais suficiente (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Assim, dispõe a Súmula Vinculante n.º 14 do STF:

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 (BRASIL, 2009).

Logo, a alteração na redação do art. 7º do Estatuto da OAB, veio para ampliar de forma significativa as prerrogativas dos advogados no curso de procedimento de investigações de qualquer natureza, seja criminal, cível e administrativa (SANTOS, 2017).

A primeira alteração ocorreu no inciso XIV do art. 7º do Estatuto da OAB. A antiga redação elencava ser direitos do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos” (BRASIL, 1994).

Já a nova redação afirma:

XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (BRASIL, 2016).

Logo, fazendo uma comparação entre as duas redações, a primeira inovação é que na redação anterior, o advogado apenas tinha o direito de examinar autos de flagrante e de inquérito, sendo limitado à repartição policial. Com a nova redação, o legislador ampliou o direito dos advogados, podendo agora examinar autos de procedimentos investigatórios, não se limitando à sede policial, mas em qualquer instituição que investigue infrações, a exemplo do

Ministério Público, e as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), dentre outras instituições (SANTOS, 2017).

A segunda inovação que a alteração proporcionou, nas palavras do Professor Bruno Taufner Zanotti (2016, p. 149), é sobre “[...] a possibilidade do advogado copiar peças ou tomar apontamentos pelo meio digital, podendo, por via de consequência, tirar fotos das páginas ou utilizar digitalizadores portáteis”.

O dispositivo legal também faz menção à dispensa da procuração, o qual se trata de um documento formal que autoriza ao advogado a prática dos atos em nome do investigado. Assim, para que tenha acesso do inquérito policial, basta apenas que o advogado faça sua apresentação e que está no local a interesse do investigado ou indiciado. Todavia, na hipótese de se haver um sigilo ao acesso dos autos da investigação, deverá o advogado apresentar sua procuração, tendo em vista que deve haver a tutela tanto da eficiência da apuração, como também dos direitos do investigado ou indiciado (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Assim, a Lei n.º 13.245/2016 incluiu também em seu artigo 7º, parágrafo § 10º, que diz “Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV (BRASIL, 2016). Portanto, na hipótese que o advogado não esteja agindo em benefício da defesa, ou então quando usa sua função com o objetivo de expor informações à imprensa, deve a autoridade policial negar o acesso do advogado aos autos da investigação (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Ademais, outra importante alteração que a lei n.º 13.245/2016, acrescentou foi o parágrafo § 12º, no artigo 7º, que dispõe:

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

Dessa forma, caso seja negado o acesso aos autos do inquérito policial pelo advogado e fornecido por incompleto os autos da investigação por conta das peças retiradas do caderno investigativo, ocorrerá a responsabilização criminal e funcional em razão do abuso pela autoridade responsável em negar o acesso ao advogado aos autos do inquérito policial, prejudicando assim o exercício do direito de defesa do investigado (LIMA, 2017).

Ressalta-se ainda a inclusão do inciso XXI no artigo 7º do Estatuto da OAB, que traz a seguinte redação:

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

a) apresentar razões e quesitos (BRASIL, 2016).

Conforme a leitura do dispositivo legal, é possível se destacar três fatores, sejam eles: a) o direito de o advogado acompanhar seus clientes; b) a incidência da nulidade frente a inexistência da assistência; e c) o direito que o advogado possui para apresentar razões e quesitos no curso da respectiva apuração.

Segundo o Professor Bruno Taufner Zanotti (2016), afirma que não há novidade no direito à assistência do advogado ao seu cliente. As inovações, portanto, são em relação à permissão que o advogado possui em participar dos atos de investigação, além da possibilidade de ser reconhecido a nulidade absoluta quanto ao depoimento ou interrogatório, caso seja desrespeitado o direito a sua assistência.

Assim como no processo penal há a aplicação das nulidades, nos procedimentos administrativo e preparatório elas também passaram a ser aplicadas com o advento da Lei n.º 13.245/2016. Assim, o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência era no sentido de que as nulidades do inquérito policial não prejudicavam o deslinde da ação penal. No entanto, a previsão do inciso XXI ao artigo 7º do Estatuto da OAB é contrária ao entendimento anterior, tendo em vista que não somente será nulo o interrogatório ou depoimento quando o direito do defensor em assistir seu cliente não é respeitado, como também prevê a possibilidade da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que pode ser reconhecido a nulidade absoluta de todos os elementos investigativos e probatórios dele decorrentes, seja de forma direta ou indiretamente (ZANOTTI, 2016).

Ademais, não é obrigatória a participação do advogado em toda a investigação criminal. Na verdade, o defensor do investigado possui o direito em participar da inquirição do seu cliente (CASTRO; COSTA, 2016).

Sendo assim, não se tem uma obrigação no sentido que o advogado deve estar presente em todos os atos da investigação criminal; o que se entende é que há uma restrição às oitivas do investigado, podendo ser reconhecido a nulidade absoluta somente quando o direito do advogado em assistir seu cliente for desrespeitado pela autoridade policial (SANTOS, 2017).

Por outro lado, o Professor Aury Lopes Junior (2016) afirma ser obrigatória a presença do advogado no curso das investigações sob pena de nulidade, mas tal fato haveria muita resistência, o que seria um ponto negativo, visto que a própria defensoria pública não consegue atender toda a demanda, o que acarreta em um grande obstáculo na atuação policial

na hipótese de não haver nenhum defensor constituído. Portanto, não há dúvida que a mudança é bem-vinda, levando em conta que o advogado é indispensável à administração da justiça conforme o artigo 133 da CF. Assim, todo investigado deve ser interrogado sob a presença de um advogado, seja público ou constituído. Ocorre que, na hipótese de quando não for possível, neste caso à parte, a autoridade policial pode deixar de realizar o interrogatório alegando a ausência de um defensor. Ademais, nada obsta que em outro momento, o investigado já devidamente assistido seja interrogado. Para o autor, este é seu posicionamento, assim como é a solução diante a ausência de defensores públicos.

Outro ponto a ser abordado é a inclusão desse inciso que tem gerado muita polêmica entre os doutrinadores, tendo em vista que pela leitura da redação é possível questionar sobre o fim do caráter inquisitório na investigação criminal.

Neste sentido, Aury Lopes Junior (2016), entende que mesmo havendo uma tímida ampliação da presença do advogado, garantido uma defesa e o contraditório de forma precária, isto não quer dizer que o inquérito policial deixa de ter caráter inquisitivo. Segundo o autor, mesmo que muitos se utilizem da palavra “mitigada”, esta não lhe parece aceitável, por levar em consideração que a publicidade, a defesa e o contraditório ou não, tratam-se de elementos que fazem parte do núcleo fundante, onde a gestão de provas cabe a uma autoridade e não as partes.

Seguindo o mesmo entendimento, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) entendem que a Lei n.º 13.245/2016 não abriu margem na aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa ou publicidade no curso das investigações policiais. Nesse sentido, esses princípios têm apenas o condão de garantir a participação do advogado nos atos das investigações, o que tem como exemplo o interrogatório do investigado; porém, isso não quer dizer que o caráter inquisitivo foi afastado.

Por fim, torna-se perceptível que a Lei n.º 13.245/2016, contribuiu trazendo como uma das suas finalidades o direito ao equilíbrio entre as duas partes, isto é, entre a acusação e a defesa, garantindo assim um ideal de paridade de armas entre ambas as partes, visto que é garantido a efetiva participação da acusação na fase extrajudicial, devendo o mesmo ser garantido ao defensor (PIMENTEL JÚNIOR; MORAES, 2017).

4.4 Entendimento doutrinário sobre a aplicabilidade de ambos os princípios no inquérito policial

A discussão doutrinária acerca da aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial é um assunto que já vem sendo debatido ao longo do tempo. Com a entrada em vigor da Lei n.º 13.245/2016, a desavença ganhou novamente destaque entre os grandes autores de livros de Direito Processual Penal. A polêmica se dá especialmente com a inclusão do inciso XXI no artigo 7º do Estatuto do OAB. Assim, passou a se questionar a real natureza jurídica da investigação preliminar policial, além da possibilidade de aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa (LIMA, 2017).

A Doutrina majoritária tem o entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa não se fazem presentes na fase pré-processual, como assim, afirma o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2017, p. 44):

Por fim, e antes de examinarmos o inquérito policial em suas características essenciais, cumpre trazer a lume questão das mais importantes, atinentes à necessidade, ou não, do contraditório e ampla defesa no âmbito da fase de investigação.

Do ponto de vista da jurisprudência nacional, o tema não pode despertar maiores indagações, estando ali assentada, como regra, a não aplicação dos citados princípios constitucionais à fase de investigação.

No entanto, cumpre ressaltar que o entendimento do autor não está embasado conforme a alteração da Lei n.º 13.245/2016. Já o Professor Renato Brasileiro de Lima (2017), entende o que inquérito policial é um mero procedimento administrativo, cujo caráter é instrumental, não possuindo natureza de processo judicial ou administrativo. Logo, a fase de investigação não impõe sanções ao investigado, pois o objetivo da mesma é somente a apuração dos fatos. Em razão disso, como não é possível a aplicação de sanções, não há de se falar em obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em decorrência das características do sistema inquisitivo, as atividades investigativas são concentradas por uma única autoridade, que no caso do inquérito policial, trata-se do delegado de polícia que possui o direito em conduzir a investigação com discricionariedade, e não de forma arbitrária, com a finalidade de coletar informações referente a autoria e a materialidade delitiva. Assim sendo, não há brecha para o exercício das garantias constitucionais no que tange os princípios do contraditório e ampla defesa (LIMA, 2017).

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 122), entende que “As mudanças legislativas produzidas pela Lei n.º 13.245/2016 não tem o condão de afastar a

natureza inquisitorial das investigações preliminares [...]”. Portanto, conclui-se que não há aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

Seguindo o mesmo entendimento, os professores Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009) entendem que não é possível se falar em contraditório e ampla defesa na fase de investigação pré-processual, pois seria uma ilusão pensar que o investigado iria colaborar buscando a eficiência das investigações. O autor C. J. A Mittermaier ([2008?], p. 58 apud BEDÊ JÚNIOR; SENNA GUSTAVO, 2009, p. 173), descreve ser muito comum nos dias atuais que “no crime, o autor do delito toma todas as precauções imagináveis para tomar a prova impossível, e apagar todos os vestígios, adrede procura a escuridão e afasta todas as testemunhas o que possam comprometer”. Logo, diante desta citação, pode-se afirmar a existência de justificativa para afastar a aplicação os princípios do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, sob pena de se criar uma situação que prejudicaria os órgãos responsáveis pela apuração dos fatos delituosos (BEDÊ JÚNIOR; SENNA GUSTAVO, 2009).

Por sua vez, se posicionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 141):

Note-se que a Lei n.º 13.245/2016 não abriu espaço para que os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa tenham plena aplicação no curso do inquérito policial. Garantiu-se a participação do advogado nos atos das investigações, em especial, no interrogatório ali prestado, porém não afastou sua essência inquisitiva.

Portanto, segundo a Constituição Federal, o contraditório e a ampla defesa são garantias asseguradas aos litigantes dentro do processo judicial e administrativo. O inquérito policial, por sua vez, não possui caráter processual, haja vista que se trata de um procedimento administrativo. Assim, ao serem aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, não haveria diferenças em relação ao processo penal, que é conduzido por um magistrado (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Por outro lado, os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) entendem que a nova lei não retirou o caráter inquisitivo do inquérito policial; na verdade, a lei possibilitou a incidência de forma mitigada de um contraditório e de uma “ampla defesa” (sem ser ampla), o que equilibra a igualdade entre as partes, garantindo assim os mesmos direitos tanto à acusação quanto à defesa.

No que tange ao entendimento jurisprudencial, vem-se entendendo até então que não há a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação preliminar.

Por outro lado, a doutrina minoritária entende pela aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, sendo que a alteração feita pela Lei n.º 13.245/2016 fortaleceu ainda mais a corrente.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2017), para a doutrina minoritária, os princípios do contraditório e ampla defesa não somente devem ser aplicados no inquérito policial, como também nas demais investigações preliminares, a exemplo da investigação criminal presidida pelo MP.

Um argumento que a doutrina minoritária tem utilizado como justificativa, decorre da leitura do artigo 5º, inciso LV, da CF. Nesse sentido, parte da doutrina tem entendido que não se pode fazer uma interpretação restritiva da expressão “processo administrativo” vindo assim a não abranger as investigações criminais, que possuem um procedimento de natureza administrativa; assim como não se pode também restringir a expressão “acusado em geral”, o que exclui o investigado ou o indiciado. Assim, a doutrina entende que a simples investigação de um possível autor da infração penal já se caracteriza uma imputação em sentido amplo, tendo em vista que pode ser imposto ao investigado uma medida coercitiva ainda na fase de investigação, a exemplo de uma decretação de medida cautelar (LIMA, 2017).

Assim, a expressão “acusados em geral”, deve ser compreendida não somente para os acusados que respondem um processo penal, como também deve ser compreendido aos investigados que figuram como suposto autor do fato delituoso. Portanto, o contraditório e a ampla defesa devem realmente serem aplicados ainda que de forma mitigada na fase de investigação criminal.

Nesse sentido, afirmam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1993, p. 25 apud LOPES JUNIOR, 2017, p. 175):

(...) de modo também indubitável, reafirmou os regramentos do *contraditório e da ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, estendendo sua incidência, expressamente, aos procedimentos administrativos (...) ora, assim sendo, se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer *procedimento administrativo* e, conseqüentemente, a de administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o *inquérito policial*.

Por sua vez, entende a doutrinadora Marta Saad (2004, p. 221-22 apud TÁVORA; ALENCAR, p. 150):

não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar ‘em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa’,

e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.

Portanto, afirma-se que a ampla defesa é plenamente aplicável; no entanto, o exercício do direito de defesa, seja pessoal ou técnica, possui um alcance limitado. Da mesma forma, o princípio do contraditório também é aplicado, porém também sofre limitação no primeiro momento. Logo, o verdadeiro problema não é quanto à sua aplicação; de fato é aplicável ambos os princípios. Ocorre que suas eficácias não são suficientes, ou seja, o direito ao contraditório e à ampla defesa precisam ser na verdade potencializados (LOPES JUNIOR, 2017).

O mesmo Professor Aury Lopes Junior (2017) destaca que a aplicabilidade do contraditório no inquérito policial só é possível quanto ao elemento de informação, tendo em que vista que não se pode exigir um contraditório pleno na fase pré-processual. Tal fato ocorre porque no inquérito policial não há uma relação jurídico-processual, ou seja, encontra-se ausente a estrutura dialética que define o processo. Assim, é através desse direito à informação, viés de suma importância dentro do princípio do contraditório, que será garantido o direito à defesa do investigado ou indiciado.

Não resta dúvida que a alteração feita Lei n.º 13.245/2016 é uma grande conquista para as investigações preliminares, visto que ampliou a participação do advogado, efetivando assim a defesa do investigado ou indiciado. O direito ao contraditório foi potencializado quanto ao acesso dos autos do inquérito policial. Já o direito de defesa foi potencializado com a inclusão do inciso XXI, alínea “a”, que traz a possibilidade de o advogado apresentar razões e quesitos (LOPES JUNIOR, 2017).

Por fim, nota-se a que aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial é admitido de forma mitigada. Assim, o direito de defesa e o contraditório na fase de investigação são limitados, haja vista que estes direitos só podem ser exercidos em sua plenitude na fase processual, onde de fato se tem uma pretensão acusatória.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho primeiramente foi abordado sobre os sistemas processuais penais, e suas principais características. O sistema acusatório possui como principal característica a separação dos poderes, e a iniciativa das provas cabia às partes e não ao juiz. Enquanto isso, no sistema inquisitivo, havia uma concentração nos poderes de julgar, acusar e defender ao mesmo tempo. Destaca-se que para maior parte da doutrina entende que o Brasil adotou o sistema misto. Isso porque o sistema contempla características dos dois sistemas processuais penais.

Assim, viu-se também que o inquérito policial é um procedimento de natureza inquisitiva, isto é, a produção de provas está reunida nas mãos de uma só pessoa, que no caso é o delegado de polícia, autoridade responsável pela apuração da autoria e materialidade delitiva. E, por conta do caráter inquisitivo, não há de falar em contraditório e ampla defesa.

Todavia, com o advento da nova Lei n.º 13.245/2016 houve uma relativização do entendimento que ampliou a participação do advogado na fase de investigação como meio de garantir a defesa do investigado ou indiciado. Uma das principais mudanças é a possibilidade de nulidade dos atos investigatórios quando não for respeitado o direito do defensor assistir seu cliente no interrogatório ou depoimento. Assim, pelo que foi abordado no desenvolvimento do trabalho, ficou nítido que o princípio do contraditório e ampla defesa são aplicados sim na fase de investigação, porém não de forma plena como no processo judicial, mas de forma limitada.

Ademais, o contraditório prévio e a produção antecipada de provas são formas incidentais de aplicação dos princípios na fase de investigação. Portanto, isso quer dizer que os princípios do contraditório e ampla defesa não são aplicados, é um entendimento que merece ser superado.

Diante do exposto, conclui-se que o contraditório e ampla defesa devem ser exercidos na fase de investigação como forma de garantia constitucional do investigado ou indiciado utilizar os meios necessários para se defender da imputação de um crime. É, portanto, um direito que todos os cidadãos possuem, por ser um direito constitucional fundamental, independentemente de ser aplicado no processo judicial ou em uma investigação preliminar. Por mais que os princípios não sejam aplicados em sua forma plena, deve o investigado ou indiciado se fazer valer de todos os meios necessários para garantir sua defesa.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**. 7. ed. Minas Gerais: Juspodivm, 2017.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- ARRUDA, Wesley Rodrigues. Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA GUSTAVO. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.
- _____. Decreto n.º 27, de 26 de maio de 1992. **Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.
- _____. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.
- _____. Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951. **Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L1521.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- _____. Lei n.º 5.010, de 30 de maio de 1966. **Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5010.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- _____. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- _____. Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Lei n.º 12.830, de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Lei n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016. **Altera o art. 7º, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 43599.** Rel. Min. Paulo Medina. Brasília, 09 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790930/habeas-corpus-hc-43599-sp-2005-0067644-0>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial em Habeas Corpus n.º 61451.** Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443450101/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-61451-mg-2015-0163164-0/inteiro-teor-443450107?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 455.** Brasília, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT2TEMA0>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 524.** Brasília, 10 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2731>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n.º 14.** Brasília, 09 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Fabiana Oliveira Bastos de. O contraditório prévio na decretação das medidas cautelares previstas na lei maria da penha: uma perspectiva evolutiva. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Minas Gerais, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/240-494-2-PB.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importanteinquerito-policial-nao-obrigatorio>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CARVALHO, Letícia Carolina de Oliveira. **JurisWay**, 2013. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12515>. Acesso em: 05 nov. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter inquisitório da investigação. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em: 05 nov. 2018.

NEVES, Luís Gabriel Batista. **Sistemas Processuais Penais**. [Salvador], [2014?]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2924/2116>. Acesso em: 23 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

RIBEIRO, Lucas de Mattos. **Produção antecipada de provas no processo penal**. 2014. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Arquivo PDF. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112105/000954091.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SANTOS, Anderson dos. Inquérito Policial. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://andersonzeferino.jusbrasil.com.br/artigos/455836759/inquerito-policial>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SANTOS, Guilherme Tomaz dos. **A (in)aplicabilidade da garantia do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial à luz da lei 13.245/2016**. 2017. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2017. Arquivo PDF. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3963/Guilherme%20Tomaz%20dos%20Santos%20-%20Monografia%20.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

UZZO, José Henrique Agassi. **Iniciativa probatória do juiz criminal: Inconstitucionalidade do artigo 156 inciso I do Código de Processo Penal**. 2014. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2014. Arquivo PDF. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4927/1/jos%C3%A9henriqueagassiuzzo.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. Considerações Críticas sobre as Formas de Instauração do Inquérito Policial. **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/consideracoes-criticas-sobre-as-formas-de-instauracao-do-inquerito-policial>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ZANOTTI, Bruno Taufner. Inquérito Policial. In: SANTOS, Cleopas Isaías (Leonardo de Medeiros Garcia). **Delegado de Polícia em Ação**. Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.