

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Camila de Aquino Zaghetto

**A Possibilidade de Aplicação dos Princípios do Contraditório e da Ampla
Defesa no Âmbito do Inquérito Policial no Brasil**

Juiz de Fora
2021

Camila de Aquino Zaghetto

**A Possibilidade de Aplicação dos Princípios do Contraditório e da Ampla
Defesa no Âmbito do Inquérito Policial no Brasil**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito.

Orientador: Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Juiz de Fora

2021

RESUMO

Este trabalho possui como objetivo principal analisar a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no âmbito do inquérito policial no Brasil, dissertando acerca das características da investigação preliminar no Brasil, passando por sua natureza jurídica. Após, discorre-se sobre a possibilidade de realização de determinados atos de investigação sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, examinando a legislação e jurisprudência pátrias e os entendimentos doutrinários sobre o tema. Por derradeiro, conclui-se pela possibilidade, bem como pela necessidade, de atribuição dos corolários constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ainda que de forma atenuada, diante da natureza inquisitorial do inquérito policial. Trata-se de um estudo qualitativo que abarca pesquisa jurisprudencial e bibliográfica acerca do tema.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Contraditório. Ampla Defesa. Garantias Constitucionais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	7
2.1 Natureza e Histórico.....	7
2.2 Sistemas Processuais.....	7
2.3 Competência e Procedimento.....	9
2.4 Características do Inquérito Policial.....	11
3 A INQUISITORIEDADE NO INQUÉRITO POLICIAL.....	12
4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	14
5 CONCLUSÃO.....	22
REFERÊNCIAS.....	23

1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa analisar os aspectos e algumas das peculiaridades da investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária, a fim de sopesar a viabilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa, pelo investigado, no referido procedimento administrativo. A investigação acerca da natureza inquisitória do inquérito policial, seus desdobramentos e consequências faz-se imprescindível diante da própria natureza da investigação preliminar: através da apuração do fato delituoso e dos sinais de autoria, ela justifica ou não o próprio processo penal.

À vista disso, o presente trabalho almeja discorrer acerca das seguintes questões: é possível o exercício do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial? Quais são as consequências da não observância destes princípios no inquérito policial?

Para a confecção deste artigo, foram empregadas pesquisas na legislação e jurisprudência processual penal pátrias, bem como o exame de diversas obras doutrinárias que tratam do tema, através de pormenorizada revisão bibliográfica.

Preliminarmente, faz-se necessário definir o contexto histórico do inquérito policial no Brasil, passando pelo sistema processual penal vigente no ordenamento jurídico, pelas características fundamentais da investigação preliminar feita pela polícia e pelos argumentos contrários e favoráveis à aplicação dos corolários do art. 5º, LV da CF/88, para, ao fim, chegar-se a uma conclusão em relação ao tema.

Com efeito, o presente artigo traz em seu bojo, através do Capítulo 2, a história da investigação preliminar no Brasil, oferecendo uma breve descrição do início do procedimento administrativo, passando pela criação do Código de Processo Penal de 1942. Ainda no mesmo capítulo, trata-se de definir e descrever os sistemas processuais penais vigentes ao longo da história, apontando o sistema processual brasileiro contemporâneo e a competência e o procedimento do inquérito policial e realizando um breve resumo de suas características. Após, o Capítulo 3 discorre sobre a característica da inquisitorialidade, exteriorizada através de normas e entendimentos jurisprudenciais. O Capítulo 4, por sua vez, aborda a possibilidade, ou não, de aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, debruçando-se sobre os diversos entendimentos doutrinários a favor e contra tal prerrogativa, com pesquisa jurisprudencial e legislativa sobre o assunto. Por derradeiro, diante do levantamento realizado, conclui-se pela viabilidade da

aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa em inquérito policial, ainda que de forma mitigada, para que a natureza inquisitorial do inquérito policial não possua o condão de ceifar por completo as garantias constitucionais ao investigado ou indiciado.

2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, é preciso realizar um panorama acerca do contexto histórico do inquérito policial no Brasil, destacando sua natureza jurídica.

2.1 Natureza e Histórico

A investigação preliminar no ordenamento jurídico brasileiro é um procedimento administrativo, que se inicia com a apresentação da notícia-crime à autoridade policial, ato este que inicia a fase pré-processual do processo penal. A notícia-crime consiste na opinião delitiva, a saber, a prova da materialidade delitiva e indícios de autoria do delito, que juntos compõem a chamada justa causa. Estes elementos oferecem um suporte mínimo probatório para que seja possível a proposição da ação penal (*fumus comissi delicti*). A condição da justa causa está prevista expressamente no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal.

A legislação concernente ao inquérito policial data do Código de Processo Criminal de primeira instância de 1832 (“Lei de Novembro”), anterior ao atual Código de Processo Penal. O atual Código de Processo Penal entrou em vigor em 1942, tendo sido instituído por Getúlio Vargas através do Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, com redação do professor e advogado Francisco Campos. Nessa toada, haja vista a Constituição Federal atual ter sido promulgada somente em 1988, o estudo dos dispositivos do atual Código de Processo Penal à luz da Carta Magna é crucial.

2.2 Sistemas Processuais

Historicamente, foram observados, por juristas e doutrinadores, dois sistemas processuais penais principais, ou “puros”, quais sejam: o sistema processual inquisitório e o sistema processual acusatório.

O primeiro, com surgimento na Europa da Idade Média, no século XIII, é marcado mormente pelo princípio inquisitivo, que caracteriza um juiz diretamente ativo na gestão da prova, que, munido de certeza legal, busca a “verdade real” no processo. Ademais, no processo inquisitório há uma desigualdade de poderes e funções entre as partes do processo, de modo que não há a possibilidade de contraditório ou ampla defesa no que concerne à participação do acusado. Outras

características deste sistema são a possibilidade de o processo ser iniciado *ex officio* pelo juiz, o acusado o objeto da prova, o sigilo dos atos e a confissão como a “rainha das provas”.

Noutro giro, o sistema processual acusatório, predominante no ordenamento jurídico europeu até o século XII (antes da instituição do Tribunal da Inquisição), caracteriza-se pelo princípio dispositivo, que atribui a iniciativa probatória não mais ao julgador, mas às partes. Com um tratamento mais igualitário das partes, este sistema enxerga o acusado como um sujeito de direitos, estabelecendo o juiz como um terceiro imparcial, e retirando de suas mãos a função de acusação, transferindo-a ao acusador. É marcado pela busca da verdade processual e pela publicidade e oralidade dos atos, sem tarifação das provas.

A maioria da doutrina vislumbra ainda a existência de um sistema misto¹, partindo-se do pressuposto de que a fase pré-processual do processo penal é inquisitória, ao passo que a fase processual é acusatória. Tal corrente é objeto de crítica de parte da doutrina, que aduz que tal caracterização traria uma “desnaturalização” do sistema, de modo que há uma necessidade de que o sistema seja definido por um “princípio unificador”².

O sistema processual penal brasileiro, por sua vez, é classificado, pela maior parte da doutrina, como misto, uma vez que, segundo tal corrente, há uma predominância do sistema inquisitório na fase pré-processual, e uma predominância do sistema acusatório na fase processual³. Quanto ao caráter acusatório da última, há clara determinação de divisão dos poderes em sede de processo penal no artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988, bem como do respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88), da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), do devido

¹ Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “O sistema misto tem raízes na Revolução Francesa, conjunto de movimentos político-sociais cujos ideais se disseminaram pela Europa continental, e possui, como marco legal, o Code D’Instruction criminelle francês de 1808. Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos: no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes.” (ALENCAR e TÁVORA, 2017, p. 56)

² “Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.” (COUTINHO, 1998, p. 167)

³ “A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais.” (PACELLI, 2020, p. 10)

processo legal (art. 5º, LV, CF/88), ao dever de imparcialidade do magistrado (art. 5º, XXXVII, CF/88), dentre outros. Mormente há, na Carta Magna, através do inciso LV do seu art. 5º, a garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes, em sede de processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

2.3 Competência e Procedimento

Mais especificamente quanto à investigação preliminar ou fase pré-processual, no Brasil adota-se predominantemente o modelo do inquérito policial, realizado pela Polícia Judiciária (artigo 4º, *caput*, do CPP). Entretanto, conforme preleciona o parágrafo único do mesmo dispositivo, a polícia judiciária não possui exclusividade para apurar infrações penais. O Ministério Público, por exemplo, possui legitimidade para investigar infrações penais, de acordo com entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal⁴, conforme interpretação do artigo 121, IX da CF/88. O Ministério Público pode promover investigações de natureza penal através do chamado Procedimento Investigatório Criminal (PIC).

O procedimento administrativo de apuração de delitos por parte da Polícia Judiciária (inquérito policial) é presidido pelo Delegado de Polícia. Tem início a partir do conhecimento, por parte do Delegado de Polícia, da notícia-crime. Nos termos do art. 5º do CPP, nos crimes de ação pública, o inquérito policial será iniciado de ofício pela autoridade policial ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. Nos casos de ação penal pública condicionada à representação do interessado, o inquérito policial somente poderá ser instaurado a requerimento deste

⁴ “‘HABEAS CORPUS’ – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO ‘PARQUET’ – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO ‘McCULLOCH v. MARYLAND’ (1819) – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ‘HABEAS CORPUS’ INDEFERIDO.” (Habeas Corpus 89.837/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/10/2009).

e, nos casos de ação penal privada, o procedimento só se iniciará a requerimento do particular ou legitimado, nos ditames dos §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo.

Após a abertura do inquérito policial, a Polícia Judiciária deverá proceder com uma série de atos de desenvolvimento, elencados nos arts. 6º e seguintes do CPP. O primeiro especifica alguns destes atos, senão vejamos:

“Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.”

Após a tramitação dos atos do inquérito policial e suas diligências, o Delegado de Polícia elaborará um relatório das apurações realizadas, e o enviará para o acusador, que formará sua opinião delitiva. A partir deste momento, o titular da ação poderá: oferecer a denúncia, diante da existência de justa causa; requisitar à autoridade policial novas diligências, retornando os autos do inquérito à delegacia, caso não se convença dos indícios de autoria ou da prova da materialidade; iniciar um procedimento de investigação próprio, caso julgue necessário diante das circunstâncias da tramitação do inquérito; determinar o arquivamento do inquérito;

declarar de sua atribuição; ou suscitar conflito negativo de competência ou atribuição.

Por derradeiro, o inquérito policial terá duração máxima, a princípio, de 10 (dez) dias, caso o investigado for preso em flagrante, ou de 30 (trinta) dias, caso o investigado se encontre solto, nos termos do art. 10 do CPP.

2.4 Características do Inquérito Policial

O inquérito policial no Brasil possui alguns corolários que orientam sua aplicação e seu desenvolvimento.

Dentre eles estão a sumariedade, que assegura que o inquérito não seja um procedimento de cognição exauriente, mas, sim, de mera constatação do *fumus comissi delicti*, que poderá ensejar o ajuizamento de uma ação penal; a inquisitorialidade, um dos objetos de análise deste trabalho, que se justifica na concentração de funções na autoridade policial e da necessidade do “elemento surpresa” na produção de determinados elementos de informação; o sigilo, previsto no artigo 20 do CPP, também importante para a realização de determinadas diligências que seriam prejudicadas com a ciência do investigado; a formalidade, consagrada através do artigo 9º do CPP; a discricionariedade, que consiste na atribuição de uma margem maior de liberdade ao delegado para dirigir a investigação; e o valor probatório, referente ao valor dos elementos de informação coletados na fase de inquérito policial, que possuem a função de justificar medidas cautelares e de justificar ou não o processo.

A principal característica do inquérito policial consiste na sua inquisitorialidade, que compreende, a princípio, a ausência de possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, consagrados no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna, na investigação preliminar carreada pela Polícia Judiciária.

3 A INQUISITORIEDADE NO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme já aduzido, a inquisitorialidade é elemento eminentemente presente no inquérito policial. A função de tal atributo seria, ao menos em uma análise perfunctória, atribuir celeridade ao procedimento de investigação, de modo que, para os defensores de uma inquisitorialidade plena no inquérito, o crivo do contraditório e da ampla defesa se faz desnecessário para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, já que somente busca indícios da materialidade e provas da autoria da infração penal.

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio apresenta normas e entendimentos concernentes ao procedimento do inquérito policial que exprimem a natureza inquisitória do inquérito policial no Brasil. Um exemplo é o disposto no artigo 5º, II do referido Código, que atribui à “autoridade judiciária” a prerrogativa de requisitar a abertura do inquérito policial, confundindo, assim, as atribuições do julgador com a do acusador.

Indo além, no âmbito jurisprudencial, ainda se observa a atribuição de “rainha das provas” à confissão – a admissão, contra si, de autoria de um fato. Inobstante o preceito do art. 158 do CPP, que salienta que a confissão não poderá suprir o exame de corpo de delito (frequentemente realizado na fase de inquérito) na ausência de materialidade, o rigor deste dispositivo costuma ser relativizado, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXAME DE CORPO DE DELITO. FURTO. CONFISSÃO DO ACUSADO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. "No processo penal moderno, é possível a supressão do exame de corpo de delito pela confissão do acusado e por outras provas para a configuração da qualificadora no furto, uma vez que não há hierarquia entre as provas, e tudo que for lícito será usado na busca da verdade real. In casu, estão acostados o auto de verificação e descrição do local do delito, a confissão do acusado e depoimento da vítima." (Precedentes). Recurso provido.”(STJ - REsp: 330264 SC 2001/0080811-5, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 17/12/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/02/2003 p. 321)

Feitas tais considerações, não se nega que a inquisitorialidade é um elemento inerente à própria natureza do inquérito policial, que requer, por exemplo, como ocorre com as provas cautelares (art. 155, CPP), o “elemento surpresa” – a saber, a

não ciência, por parte do investigado, da realização de determinadas diligências —, a fim de não se prejudicar a eficácia e o próprio fim da prova, como é o caso das interceptações telefônicas.

Entretanto, é mister salientar que a natureza inquisitória de vários atos do inquérito judicial não obsta a viabilidade de aplicação dos princípios do contraditório na fase pré-processual em relação a algumas de suas diligências. Conforme será analisado adiante, tanto o investigado quanto seu defensor ou advogado possuem (e devem possuir) prerrogativas de possibilidade de defesa e ciência dos atos de investigação, ainda que de forma mitigada em comparação à plenitude do contraditório e da ampla defesa em sede processual.

4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

A viabilidade de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial é fonte de certa contenda entre os doutrinadores de direito processual penal.

Nada obstante, a doutrina majoritária sustenta que não há e não deveria haver contraditório ou ampla defesa no inquérito policial, de sorte que a dinâmica de concentração de funções nas mãos da autoridade policial seria elemento basilar do instituto, por sua própria natureza investigatória.

Dentre os doutrinadores que abraçam esta corrente está o professor Guilherme de Souza Nucci:

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. Não fosse assim e teríamos duas instruções idênticas: uma, realizada sob a presidência do delegado; outra, sob a presidência do juiz. Tal não se dá e é, realmente, desnecessário. O inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e da autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo. (NUCCI, 2021, p. 213).

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima:

Investigação preliminar como procedimento inquisitorial (nossa posição): cuida-se, a investigação preliminar, de mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, e não de processo judicial ou administrativo. Dessa fase pré-processual não resulta a aplicação de uma sanção, destinando-se tão somente a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa dar início ao processo penal. Logo, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, como ocorre, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, não se pode exigir a observância do contraditório e da ampla defesa nesse momento inicial da persecução penal. (LIMA, 2020, p. 187).

Nesta seara, dentre os argumentos utilizados por esta corrente está a redação do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que preleciona, *in verbis*, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral

são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Da interpretação literal do dispositivo, depreende-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa somente abarcariam os *processos* judiciais ou administrativos. Tratando-se o inquérito policial de um *procedimento* administrativo, a corrente doutrinária em análise aduz, a partir de uma interpretação restritiva, que o corolário do art. 5º, LV da CF/88 estabelece claramente um obstáculo à aplicação dos referidos princípios ao inquérito policial.

Com efeito, a doutrina majoritária entende que a existência do exercício do contraditório e da ampla defesa são completamente prejudicados na fase pré-processual penal, na medida em que esta se trata de mero procedimento administrativo que se limita a apurar a prova da materialidade e os indícios de autoria do delito. Ainda, tal procedimento este que não possui condão de efetivamente levar a uma condenação do indiciado.

Noutra toada, uma doutrina minoritária, porém crescente, do direito processual pátrio, defende a possibilidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial. Segundo este entendimento, em que pese a natureza inquisitiva do inquérito policial, não se pode admitir como inteiramente defesa a existência de contraditório e ampla defesa na fase pré-processual, uma vez que tais corolários se mostram presentes, entretanto, de forma mitigada e com alcance limitado.

Dentre os principais doutrinadores favoráveis à aplicação dos corolários em exame ao inquérito policial está Aury Lopes Jr., que leciona:

É lugar-comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. Está errada a afirmação, pecando por reducionismo. Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP) e apresentar razões (defesa escrita e outras alegações defensivas), nos termos da Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI. Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança. Então, não existe direito de defesa? Claro que sim, não é “ampla” defesa, mas sim exercício de defesa pessoal e técnica com alcance limitado. E o contraditório? Veremos na continuação que também é possível, mas também com alcance limitado ao seu primeiro momento. O verdadeiro problema nasce daqui. Existe, é exigível,

mas sua eficácia é insuficiente e deve ser potencializada. É uma potencialização por exigência constitucional. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 294).

Outrossim, a segunda corrente doutrinária também contesta a leitura restritiva, por parte da primeira, do dispositivo do art. 5º, LV da CF/88. Para os juristas, a expressão “processo”, contida na referida norma, deve ser interpretada em um sentido amplo, de forma que tal expressão abarca, também, o *procedimento* administrativo, que inclui o próprio inquérito policial. Ademais, para esta corrente, a expressão “aos acusados em geral” faz referência aos investigados em procedimento administrativo.

Assim compreende Aury Lopes Jr.

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Sucedem que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 295).

Ainda no âmbito legislativo, o Código de Processo Penal traz normas que ratificam e corroboram a possibilidade de observância de garantias de defesa no âmbito do inquérito policial.

Uma dessas normas se encontra no art. 6º, V, do CPP, que garante ao indiciado a prerrogativa de exercer sua autodefesa em sede de interrogatório policial, conferindo a ele todas as garantias atribuídas ao réu em interrogatório judicial, dispostas no art. 185 do mesmo Código (a saber, o direito à defesa técnica,

à entrevista prévia e reservada com seu defensor, a ser acompanhado pelo seu defensor durante o ato, entre outros).

Ademais, o art. 14 do CPP confere ao investigado a faculdade de requerer qualquer diligência na fase investigativa, possibilitando o exercício de defesa no inquérito policial e limitando o alcance da concentração de poderes no instituto.

Forçoso destacar, ainda, as alterações trazidas pela Lei nº 13.964, de 2019, a chamada Lei Anticrime, que modificou inúmeros artigos do CPP. Tal lei introduziu, entre outros preceitos, a possibilidade de constituição obrigatória de defensor por parte do investigado que for agente de segurança pública, através do art. 14-A, que preleciona em seu *caput* e §§ 1º e 2º:

“Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.”

Outra modificação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019 foi a alteração da redação do art. 28 do CPP, no que tange ao procedimento de arquivamento do inquérito policial. Nesse sentido, a redação anterior dispunha o seguinte:

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

Da leitura do dispositivo em comento, depreende-se que o juiz possuía uma função análoga a de um “fiscal” do Ministério Público, na medida em que tinha a prerrogativa de diligenciar no sentido de remeter os autos do inquérito policial ao procurador-geral caso entendesse cabível o oferecimento da denúncia, a despeito de um eventual requerimento de arquivamento pelo Ministério Público.

Com a reforma legislativa da Lei Anticrime, o art. 28 do CPP atribuiu integralmente ao Ministério Público a decisão de arquivamento do inquérito policial ou outras peças de informação. Agora, o requerimento de arquivamento dos autos passará sob o crivo da análise da instância superior de revisão do *Parquet*, que poderá homologar o arquivamento ou atestar a necessidade de oferecimento da denúncia, delegando a outro membro do Ministério Público a tarefa. Esta modificação reforça um caráter acusatório/adversarial no inquérito policial, inobstante sua natureza inquisitorial, na medida em que retirou das mãos do magistrado o papel de acusador, que antes controlava a necessidade ou não de ajuizamento da ação penal.

Ainda, a referida Lei introduziu a figura do juiz de garantias, através dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP. O juiz de garantias é, em síntese, “a quem caberá o controle de legalidade da investigação, bem como a adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias na aludida fase, sempre a requerimento ou representação dos órgãos da persecução penal (Ministério Público e Polícia).” (PACELLI, 2020, p. 802).

Assim dispõe o art. art. 3º-A do CPP:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Nesta seara, o art. 3º-A do CPP, além de ratificar o caráter acusatório do processo penal, veda frontalmente a iniciativa do magistrado na fase de investigação preliminar. Os artigos 3º-B a 3º-F do mesmo Código definem as atribuições do juiz de garantias e sua competência. De acordo com os dispositivos, o juiz de garantias tem como função precípua a salvaguarda de direitos fundamentais, decidindo sobre a aplicação de medidas cautelares, produção antecipada de provas, depoimento especial (como no caso de vítimas de violência sexual), prorrogação da duração do inquérito, trancamento do inquérito, a possibilidade de acordo de não persecução

penal, entre outros. Sua competência se exaure com o recebimento da denúncia, e o magistrado fica impedido de atuar no processo penal. As provas e os elementos de informação produzidas na fase pré-processual não chegam ao juiz do processo.

Cabe destacar que os artigos 3º-A a 3º-F e 28, *caput*, do CPP tiveram sua eficácia suspensa em sede de medida cautelar no Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299-DF, por tempo indeterminado. Quanto aos artigos concernentes ao juiz de garantias, tal suspensão se deu, de acordo com o relator Min. Luiz Fux, em síntese, em decorrência de questões organizacionais e logísticas, ao fundamento de que a implementação do juiz de garantias acarretaria um gasto financeiro inviável, ao menos no momento, por parte do Poder Judiciário. Tal decisão gerou críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, Nucci:

“Liminar do STF: o relator da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299-DF, Ministro Luiz Fux, houve por bem, em 22 de janeiro de 2020, suspender a vigência dos arts. 3.º-A a 3.º-F, todos relacionados à nova figura do juiz das garantias. Assim sendo, embora a Lei 13.964/2019 tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, os referidos artigos estão suspensos, por prazo indeterminado, até que o Plenário do Pretório Excelso avalie o mérito da causa. Isso não significa a revogação desses artigos ou a declaração de mérito, no sentido da sua inconstitucionalidade. O relator valeu-se, basicamente, de dois argumentos: a) as normas do juiz das garantias, na essência, constituem regras de organização judiciária, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las, citando o art. 96 da Constituição Federal; b) a efetiva criação do juiz das garantias exigiria gasto por parte do Judiciário, sendo constatada a ausência de dotação orçamentária prévia para tanto, invocando o art. 169 da Constituição Federal. Venia concedida, discordamos desse entendimento. Em primeiro lugar, o juiz das garantias é parte da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, como ficou bem nítido no art. 3.º-A do CPP. Sem a sua criação e eficiente atuação, havendo, sim, separação entre o juiz fiscalizador da investigação criminal e o juiz do mérito da causa, torna-se inviável a estrutura acusatória. Portanto, todas as normas regentes dessa figura são de natureza intrinsecamente processual, implicando consequências processuais, até porque regras de atuação do magistrado, seus impedimentos e sua competência primária não podem ser entendidas como organização judiciária. Se assim for levado a efeito, então qualquer Estado da Federação, por legislação estadual, pode prever o juiz das garantias, enquanto outro Estado, por via de consequência, não o faça. E, se isso ocorrer, o sistema processual de índole nacional entrará em colapso jurídico.” (NUCCI, 2021, p. 171)

Em que pese a suspensão da eficácia do *caput* do art. 28 do CPP, o Min. Luiz Fux também cita a necessidade de prévia dotação, bem como a ausência de tempo

hábil para que os Ministérios Públicos pudessem “se adaptar estruturalmente” à nova prerrogativa, em relação à data em que a norma entrou em vigor – 23 de janeiro de 2020.

Os dispositivos supracitados terão sua eficácia suspensa até julgamento definitivo de mérito por parte da Suprema Corte. Entretanto, tal suspensão, conforme aduzido por Guilherme de Souza Nucci acima, não reflete inconstitucionalidade ou revogação das normas, de modo que seu mérito e seu conteúdo propriamente ditos não foram contestados, trazendo ao CPP, então, ainda que apenas formalmente, por ora, um caráter mais adversarial ao inquérito policial no Brasil.

Ainda no âmbito normativo, importante realçar as disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906 de 1994) acerca das prerrogativas do defensor do investigado em sede de inquérito policial. O inciso XXI do art. 7º da referida lei, introduzido pela Lei nº 13.245 de 2016, garante ao defensor do investigado a faculdade de lhe assistir durante os atos de investigação do inquérito policial, de sorte que a alínea “a”⁵ do mesmo dispositivo inclui a faculdade de o defensor apresentar razões e quesitos em sede de perícia pré-processual. Antes da introdução deste dispositivo, as partes somente poderiam formular quesitos na fase processual, após a realização da perícia. Tal limitação prejudicava o exercício do contraditório e da defesa do acusado, diante do lapso temporal entre a produção da prova e a apresentação de quesitos.

Por derradeiro, saliente-se que o inquérito policial condiciona diversas diligências que possuem o condão de levar grandes consequências ao investigado, como a decretação de medidas cautelares – dentre elas a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, que, por óbvio, provocará a privação da liberdade do investigado, consequência importante. Daí a necessidade da salvaguarda de direitos fundamentais ao investigado, de modo a possibilitar a produção de determinados elementos de informação e de realização de diligências sob o crivo do contraditório, ainda que de forma mitigada, a fim de se evitar a decretação de medidas preventivas de forma desarrazoada.

A abertura de investigação preliminar em desfavor de alguém, por si só, pode dar azo, inclusive, a consequências de natureza externa para a vida do investigado,

⁵ Art. 7º São direitos do advogado: [...] 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 [...]

mormente no que concerne ao próprio estigma de se ter um inquérito policial aberto contra si. Um exemplo costumeiro deste desdobramento é a possibilidade de a banca de um concurso público desclassificar o investigado, pelo motivo único de haver uma investigação preliminar contra ele em andamento, mesmo antes da formação da opinião delitiva propriamente dita e da constatação ou não de justa causa.

Nesse sentido, dentro de suas diversas funções, o inquérito policial pode vir a evitar o ajuizamento desnecessário de uma ação penal, motivo pelo qual os elementos de informação e a decretação de medidas cautelares deverão ser executadas, sempre que possível, à luz do contraditório e da ampla defesa, ainda que tais garantias não se afigurem em sua plena eficácia. Conforme analisado, por certo que o próprio ordenamento jurídico brasileiro abraça tal possibilidade, mormente após as alterações e as incorporações da Lei nº 13.964, de 2019.

5 CONCLUSÃO

Não obstante grande cisão doutrinária acerca do tema, da análise minuciosa da legislação e jurisprudência pátrias, infere-se ser possível a aplicação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consagradas no art. 5º, LV da CF/88, a despeito do caráter intrinsecamente inquisitório do inquérito policial brasileiro. Isso pois, através de uma interpretação mais ampla do dispositivo em comento, depreende-se que tais garantias acolhem, também, os procedimentos administrativos e os acusados em geral, incluindo, por certo, o inquérito policial e o investigado que a ele integra.

Indo além, constata-se que a própria legislação penal apresenta normas e dispositivos que propiciam e facilitam a plena defesa do investigado, sem prejuízo da garantia de celeridade e eficiência do inquérito policial. Somando-se isto ao fato de que o inquérito policial e seus atos podem trazer significativas consequências ao investigado ou ao indiciado, faz-se imprescindível o exame das normas que norteiam a investigação preliminar à luz das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 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: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 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: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 89.837/DF**. O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes. Paciente: Emanuel Loureiro Ferreira. Impetrante: Jason Barbosa de Faria e outro. Relator: Min. Celso de Mello. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **REsp: 330264 SC 2001/0080811-5**. No processo penal moderno, é possível a supressão do exame de corpo de delito pela confissão do acusado e por outras provas para a configuração da qualificadora no furto, uma vez que não há hierarquia entre as provas, e tudo que for lícito será usado na busca da verdade real. In casu, estão acostados o auto de verificação e descrição do local do delito, a confissão do acusado e depoimento da vítima. (Precedentes). Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Valdecy da Silva Amora. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. 17 de dezembro de 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100808115&dt_publicacao=17/02/2003. Acesso em: 16 jul. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.