

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
BACHARELADO DE DIREITO

LUIZ CARLOS MACULAN

A LEI N. 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016, O INQUÉRITO POLICIAL E O
DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

UBERLÂNDIA/MG
DEZEMBRO/2017

LUIZ CARLOS MACULAN

A LEI N. 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016, O INQUÉRITO POLICIAL E O
DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

Trabalho apresentado à banca examinadora
da Universidade Federal de Uberlândia, como
requisito para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

Professor orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos
Goiabeira Rosa

UBERLÂNDIA/MG

DEZEMBRO/2017

LUIZ CARLOS MACULAN
11311DIR259

A LEI N. 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016, O INQUÉRITO POLICIAL E O
DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, submetida à apreciação e aprovação da banca examinadora composta pelos membros abaixo elencados.

Banca de Avaliação:

Professor Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa
Orientador

Professora Karina Lima Junqueira de Freitas
Avaliador

Uberlândia/MG, 11 de dezembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo.

À minha mãe, que com seu exemplo de força e humildade me encorajou a chegar até aqui.

À minha amada e companheira de todas as horas, Nayana.

Aos meus filhos, Maria Eduarda, Guilherme e Luiz Eduardo, que me fazem sorrir todos os dias e não me deixam desistir de lutar por um mundo melhor.

Ao meu grande professor Luiz Carlos Goiabeira Rosa, “o Goiabeira”, que foi um exemplo de mestre e pessoa, além de um orientador de muitíssima presteza.

Por fim, à Universidade Federal de Uberlândia, que me abriu as portas em um momento muito importante de minha vida. Buscarei com os ensinamentos aqui adquiridos trabalhar por um mundo menos desigual e com mais justiça.

*“O real não está na saída e nem na chegada:
ele se dispõe para a gente é no meio da
travessia”.*

(Guimarães Rosa)

RESUMO

Este trabalho seguirá a temática das mudanças trazidas pela aprovação da lei n. 13.245 de 12 de janeiro de 2016, em especial em relação ao artigo 7º da lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que sofreu alterações e consequentemente influenciou o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório dos investigados em sede de investigações preliminares, como no caso dos inquéritos policiais. Para tanto, é necessário que se compreenda o que são Sistemas Processuais Penais, do que se trata o Inquérito Policial e sua relação com o direito constitucional elencado, frente às inovações trazidas pela aprovação da aludida lei nº 13.245/16. A partir disso, o objetivo desta pesquisa é lançar luzes sobre os mencionados institutos frente a essa nova legislação, buscando elucidar e compreender as mudanças que ocorreram nos direitos dos investigados, especialmente ao inquérito policial no âmbito do estudo das investigações preliminares, que é um procedimento que atualmente tem natureza jurídica de procedimento inquisitorial. Desse modo, esta pesquisa será remetida a uma tentativa conceitual dos mencionados institutos e suas implicações em relação às inovações trazidas pela aprovação da lei n. 13.245/16, que influenciaram diretamente no inquérito policial, onde os investigados nesse tipo de investigação preliminar passaram a ter direito ao acompanhamento de um advogado durante suas oitivas, evidenciando assim o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Por fim, será realizada uma análise crítica acerca do assunto proposto, para que fique evidenciado se as mudanças trazidas pela aprovação da lei em questão podem influenciar na mudança da natureza jurídica das investigações preliminares, em especial a natureza jurídica do inquérito policial, que atualmente é tratado pela doutrina como procedimento inquisitorial e pode, a partir disso, ser considerado como procedimento sujeito ao contraditório e à ampla defesa

Palavras-chave: Sistemas Processuais; Inquérito Policial; Ampla Defesa; Contraditório.

ABSTRACT

This work will follow the changes brought about by the approval of law 13.245 of January 12, 2016, especially in relation to article 7 of law 8.906 of July 4, 1994, the Brazilian Bar Association Statute, which has undergone changes and consequently has influenced preliminary investigations suspects constitutional rights to ample defense and contradictory, as in the case of the police inquiries. In order to do so, it is necessary to understand what Criminal Procedural Systems are, what the Police Inquiry is about and how it relates to the constitutional law listed, as opposed to the innovations brought about by the approval of the aforementioned law nº 13.245 / 16. From this, the aim of this research is to shed light on the mentioned institutes in this new legislation, seeking to elucidate and understand the changes that occurred related to the investigated subject's rights, especially in the police investigation in the scope of the preliminary investigations, which is a procedure that currently has an inquisitorial legal nature. Thus, this research will be referred to a conceptual attempt of the mentioned institutes and their implications in relation to the innovations brought by the approval of the law nº 13.245 / 16, that directly influenced in the police investigation, where the investigated in this type of preliminary investigation became entitled to the accompaniment of a lawyer during his hearings, thus evidencing the constitutional right to the ample defense and the contradictory. Finally, a critical analysis will be carried out on the proposed issue, so that it becomes clear if the changes brought about by the adoption of the law in question can influence the change in the legal nature of the preliminary investigations, especially the legal nature of the police investigation, which is currently treated by the doctrine as an inquisitorial procedure and can, from this, be considered as a procedure subject to the contradictory and ample defense.

Keywords: Process Systems; Police Inquiry; Broad Defense; Contradictory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CPP Código de Processo Penal

CF Constituição Federal

CPI Comissão Parlamentar de Inquérito

CPPM Código de Processo Penal Militar

EOAB Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

MP Ministério Público

TJ Tribunal de Justiça

STJ Supremo Tribunal de Justiça

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	12
2.1	Conceituação	12
2.2	Evolução Histórica	13
2.3	Classificação dos Sistemas Processuais Penais	16
2.3.1	Sistema Inquisitorial.....	17
2.3.2	Sistema Acusatório	18
2.3.3	O Sistema Misto ou Francês.....	20
2.4	Opção do sistema processual brasileiro	20
3	O INQUÉRITO POLICIAL	22
3.1	Conceito e finalidade do Inquérito Policial	22
3.2	Natureza Jurídica do Inquérito Policial.....	23
3.3	Atribuição para a presidência do Inquérito Policial	24
3.4	Características do Inquérito Policial.....	25
3.5	Valor Probatório	29
3.6	Formas de instauração do Inquérito Policial	30
3.7	Conclusão do Inquérito Policial.....	31
3.7.1	Dos prazos para a conclusão do inquérito policial	31
3.7.2	Relatório da autoridade policial.....	32
3.7.3	Destinatário dos autos do inquérito policial e providências subsequentes	33
4	O DIREITO CONSTITUCIONAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.....	34
4.1	Do contraditório	34
4.2	Da ampla defesa.....	37

5	A LEI 13.245/16 E SUAS IMPLICAÇÕES NA NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL	42
5.1	Inquérito policial: procedimento inquisitivo ou acusatório.....	43
5.2	As implicações da lei 13.245/16	46
6.	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

A aprovação da lei n. 13.245 de 12 de janeiro de 2016, que alterou o artigo 7º da lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil trouxe à tona nova discussão acerca da natureza jurídica das investigações preliminares, em especial do inquérito policial, que sendo uma das espécies de investigação preliminar, atualmente é tratado pela doutrina como procedimento inquisitorial.

Ocorre que essa lei criou certa celeuma ao reforçar alguns direitos dos advogados, como o de ter acesso a qualquer procedimento investigatório, enfatizado com a introdução do inciso XIV no artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e também o direito de o advogado 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 e ainda apresentar razões e quesitos, como pode ser visto com a introdução do inciso XXI no mesmo artigo.

Destarte, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, enfatiza que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes e no mesmo artigo, contudo no inciso LXIII, garante à pessoa presa assistência de um advogado. Esses dispositivos da Carta Magna, que trazem e solidificam o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, de certa forma corroboram com os ditames da lei 13.245/16 e vem reforçar a discussão ora estabelecida.

Partindo disso, com base no dilema apresentado pela aprovação da lei n. 13.245/16, a natureza jurídica do inquérito policial e a consequente garantia ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório nos inquéritos policiais é que a presente pesquisa se presta a analisar, discutir e fornecer subsídios e fundamentos para uma possível elucidação, levando-se em conta a doutrina jurídica e casos práticos que se mostram eficazes na análise da questão ora suscitada.

Essa pesquisa terá enfoque, portanto, no dilema estabelecido com a aprovação da lei n. 13.245/16 acerca da natureza jurídica das investigações preliminares, em especial do inquérito policial, pois como será visto a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, apresentando nítida distinção entre as funções de acusar e julgar, propiciando assim uma iniciativa probatória às partes e com um juiz como terceiro imparcial, agindo na análise dos fatos e considerando que o Código de Processo Penal, datado de 1941, não encontra-se de acordo com esse sistema e possui uma ótica inquisitiva, segundo alguns renomados autores, onde as funções de acusar e julgar estão concentradas nas mãos de uma única pessoa, a controvérsia já está estabelecida.

Para embasar todos os objetivos aqui traçados, será necessário inicialmente uma tentativa conceitual do que venha a ser os Sistemas Processuais Penais, o Inquérito Policial, os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa e consequentemente os direitos que detêm os advogados no exercício da profissão. A partir disso, será possível entender a mudança trazida pela aprovação da lei 13.245/16.

Para isso, o delineamento desta pesquisa se deu pelo método dedutivo para o seu desenvolvimento e, além disso, teve como base a revisão de literaturas de diversas doutrinas, jurisprudência e legislação acerca do tema, além de análise de decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça, de onde os dados foram coletados diretamente para, então, compreender, de um modo crítico, as possíveis mudanças que ocorreram no sistema processual penal brasileiro com a aprovação da lei n. 13.245/16.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1 Conceituação

O conhecimento do que vem a ser um sistema, palavra do grego, que se origina de *synístemi* e significa estar junto de, e do latim, *systema, sustematis*, que significa reunião, na ciência do Direito, é primordial para que se possa iniciar o estudo acerca do tema escolhido e neste mister é o entendimento de Mauro Fonseca Andrade, que em seu livro *Os Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores*, examina o significado da palavra sistema entre as culturas jurídicas mais próximas à nossa para, então, concluir que o conceito de sistema está ligado a algo amplo e complexo, que não pode ser composto apenas por um princípio, regra, elemento ou parte e assim conceitua os sistemas processuais penais como: “subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal”, onde os elementos fixos seriam a base axiológica do sistema, elementos a que no caso não se permitem mutações e os elementos variáveis são aqueles que permitem a variabilidade e funcionamento do sistema. Deve-se, portanto, partir da definição do gênero – sistema jurídico – para então chegar à definição de sistema processual penal, que é uma de suas espécies¹.

Dito isso, como bem continua a nos ensinar Mauro Fonseca Andrade (2013, p. 36)

[...] o dicionário da Real Academia Espanhola conceitua a palavra sistema, em sua acepção relativa ao Direito, como o “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”. Em italiano significa “1. ciò che è costituito da più elementi interdependenti, uniti tra loro in modo organico”⁵. Em português, quer dizer: “1. Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada (...). 5. Reunião coordenada e lógica de princípios ou ideias relacionadas de modo que abranjam um campo do conhecimento”⁶. Em francês, a palavra *systeme* significa “Ensemble ordonné de principes formant un corps de doctrine: le système de Descartes. Combinaison de parties qui se coordonnent pour former un ensemble”⁷. Por fim, em inglês *system* significa “an organized set of ideas or theories or a particular way of doing.

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. 2ª Ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Juruá, 2013, p.37.

O conceito de Sistema Processual Penal para Mauro é evidenciado como subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal².

Partindo disso, esses sistemas, como quaisquer outros, estão sujeitos a modificações e adaptações, como por exemplo, em decorrência de mudanças histórico-culturais de cada país, como bem diz o jurista Aury Lopes Júnior, que em seu livro *Direito Processual Penal*, enfatiza que os sistemas processuais penais são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Assim, dentro de um contexto social e histórico de maior violência seria necessário criar instrumentos que busquem freá-la.

Na mesma linha de pensamento, são as palavras de Mauro Fonseca Andrade, que diz que a função dos sistemas processuais penais é servir como um instrumento de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal, em âmbito processual. Eles são responsáveis por determinar o grau de eficiência da repressão criminal, o grau de imparcialidade do juiz e o grau de tecnicidade da persecução penal³.

Comumente os sistemas processuais penais encontram-se divididos em inquisitório, acusatório e misto e seus pormenores estarão elencados mais adiante.

2.2 Evolução Histórica

A evolução de um povo, assim como seus hábitos, cultura, usos e costumes, influencia diretamente na produção do Direito e conhecer e compreender essa evolução faz com que o Direito, como é aplicado em determinada situação seja adequado para tal, sem exageros ou lacunas.

Isso não é diferente em relação aos Sistemas Processuais Penais e através de um estudo, mesmo que simplório, sobre a evolução histórica desses sistemas, que foram utilizados ao longo dos anos por diversos povos na solução de seus conflitos penais, levando em consideração suas particularidades históricas, culturais e

² ANDRADE, *Op. cit.*, p. 465

³ ANDRADE, *Op. cit.*, p. 48

sociais, é possível compreendê-los melhor e verificar o porquê de serem utilizados em cada país, em cada cultura, principalmente no Brasil.

Nos primórdios da civilização não existiam métodos sistematizados de solução de conflito e o que imperava nessa época era a força, a violência, a lei do mais forte. Com o passar do tempo, as formas de resolução de conflitos foram se aperfeiçoando e regras sistematizadas foram sendo implantadas até o ponto em que o direito e a justiça plena fossem garantidos.

Na Grécia Antiga por exemplo, havia uma distinção entre crimes privados e públicos, onde nos privados o que ocorria era um dano a um particular e dele dependia a iniciativa para punição e nos públicos havia um dano à coletividade, cuja apuração era realizada em conjunto por todos os populares.

Em moldes parecidos era o Processo Penal em Roma, onde existiam os *delicta publica* e os *delicta privata*, no que nos delitos privados o Estado atuava como um mero árbitro, resolvendo os conflitos oriundos dos particulares e nos delitos públicos esse mesmo Estado atuava na repressão dos delitos mais graves, que envolviam a coletividade.

Citando o Processo Penal Canônico, nota-se que havia a Jurisdição Eclesiástica, que a princípio julgava os membros da Igreja, mas que posteriormente fora criado o Santo Ofício, o Tribunal da Inquisição, visando combater a heresia, dentre outros “crimes” à época. Era, assim, um sistema essencialmente acusatório, onde o acusador apresentava as provas, juntamente com o acusado, o que servia como pretexto para as arbitrariedades promovidas à época com a falsa promessa de salvação divina.

Já na era moderna, tem-se que na França, a partir da inspiração que o Iluminismo acarretou, principalmente a partir dos séculos XVII e XVIII, após a Revolução Francesa de 1789, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, diminuindo as características inquisitoriais dos procedimentos processuais penais adotados até então e a partir disso surgiu um sistema processual do tipo misto, inquisitivo e acusatório, com a realização do processo em três fases: Polícia Judiciária, Instrução e Julgamento.

Na Alemanha, seguindo o que preceituava os ideais do Iluminismo, foi lançado a Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão, onde a publicidade e a oralidade do processo penal, conjuntamente com o julgamento popular, condicionando a atividade jurisdicional à provocação das partes e a divisão entre acusação, defesa e julgamento, foram marcantes.

Em se falando de Brasil, pouco antes de sua descoberta, evidencia-se em Portugal, no ano de 1446, as Ordenações Afonsinas, através da qual era previsto o Direito Processual Penal, com forte influência do Direito Canônico e de seu procedimento inquisitorial. Posteriormente, foram instituídas as Ordenações Manuelinas, permanecendo, contudo, a mesma influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial quanto ao processo penal. Seguindo, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que nada mudaram e seguiram os ditames das Ordenações anteriores e duraram até a promulgação, em 1832, do Código de Processo Criminal do Império. Porém, com a promulgação da Constituição em 1824, foram estabelecidos alguns princípios garantidores do processo penal, que agora mais se alinhava com os direitos fundamentais do homem.

Somente a partir da Constituição de 1891, ampliou-se a autonomia dos Estados, que passaram a ter suas próprias Constituições, com poderes para legislar inclusive sobre processo, mas poucos foram os que assim fizeram e na Constituição de 1934, a competência para legislar sobre matéria processual passou a ser exclusiva da União, o que foi ratificado pela Constituição de 1937.

Assim, no ano de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal, através do Decreto Lei n. 3.689 de 30 de outubro de 1941 e também a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, através do Decreto Lei n. 3.931 de 11 de dezembro de 1941.

O novo Código trouxe o Inquérito Policial nos moldes anteriores, contudo, separou as funções acusatória e julgadora, evidenciando o sistema acusatório. Esse Código está vigente nos dias atuais e, as Constituições Federais que se seguiram à sua promulgação garantiram os direitos e garantias individuais então assegurados aos litigantes nos processos penais, e na Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, esses direitos e garantias foram mantidos e ampliados,

principalmente pelo que dispõe o seu artigo 5º, incisos XXXVIII, LIII, LV, LXII, LXVI, LXVIII, como adiante se vê:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...]

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; [...]

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; [...]

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...]

LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...].

Desta forma, nota-se que foram enfatizados os direitos constitucionais à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, a soberania do Júri, dentre outros e assim evidencia-se um sistema processual de características predominantemente acusatório.

2.3 Classificação dos Sistemas Processuais Penais

Historicamente e doutrinariamente, os sistemas processuais penais estão classificados em sistema inquisitorial, sistema acusatório e sistema misto ou francês.

2.3.1 Sistema Inquisitorial

Nesse sistema, que foi adotado principalmente pelo Direito Canônico a partir do século XIII e espalhou-se por todo o continente europeu, por onde perdurou até o século XVIII, há nítida concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única figura, conhecida como juiz acusador ou juiz inquisidor.

Não se pode falar nesse sistema do direito constitucional ao contraditório, que hoje é previsto na Constituição Federal, uma vez que concentrando as funções de acusar e julgar em uma única pessoa, o julgamento estará fatalmente comprometido e não há nesse caso contraposição entre defesa e acusação.

No sistema inquisitorial, o juiz é dotado de ampla iniciativa probatória e pode de ofício determinar a produção de provas em qualquer momento da persecução penal, agindo assim independente em relação à defesa, onde o acusado é tratado como mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos, podendo até ser torturado em busca da verdade.

A partir das provas produzidas, que aqui têm o condão de reproduzir de forma completa e perfeita o ocorrido e de sua livre concepção acerca dos fatos, o juiz, nesse sistema pode tomar a decisão que bem entender, estando restrito claro, aos ditames da lei.

Desta forma, estando diante de um fato típico, definido como crime por exemplo, o juiz inquisidor atuaria de ofício, sem a necessidade de ser invocado pelas partes e a partir daí poderia produzir as provas que achasse necessário para a elucidação dos fatos, utilizando para isso, caso necessário a coação ao réu.

Em sua forma, o sistema inquisitorial era escrito e sigiloso, contudo podia se perceber, em algumas ocasiões, as formas orais e públicas. O que era notório nesse sistema era, como dito, a concentração das funções de acusar, defender e julgar, o que se assemelha em muito às características do regime político absolutista que vigorava à época.

Assim, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 39):

o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adora ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor.

E nas palavras de Mauro Fonseca Andrade, o sistema inquisitivo é o sistema processual penal mais antigo entre os três conhecidos. Surgiu para salvaguardar os interesses persecutórios do poder central, ampliando o leque de opções para a abertura do processo repressivo, prescindindo da iniciativa popular⁴.

Portanto, como se pode notar, atualmente esse sistema inquisitorial seria incompatível com os direitos e garantias fundamentais e individuais, uma vez que viola normas elementares e princípios basilares de um processo penal justo e compatível com a realidade dos fatos e ainda, pode-se dizer que a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa, contraria a Constituição Federal e também a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1), como se pode ver:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2.3.2 Sistema Acusatório

Por outro lado, no sistema acusatório, que existiu principalmente durante a Antiguidade Grega e Romana e ainda durante a Idade Média, especialmente no direito germano, há nítida distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, onde as partes de acusação e defesa encontram-se em igualdade de condições e ambas sujeitas a um juiz, que está equidistante e imparcial aos fatos.

Nesse sistema processual penal, que tem como principais características a oralidade e a publicidade, não excluindo claro, as formas escrita e sigilosa quando

⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. cit., p.466

necessário, está presente o princípio da presunção de inocência e o acusado é tratado como sujeito do processo e não mais como mero objeto, como já explicitado quando do sistema inquisitorial.

Já com relação a iniciativa probatória, esta cabe às partes e não mais ao juiz, que nesse sistema não tem o poder de determinar a produção de provas de ofício, reservando-se a esse direito apenas em situações necessárias e no curso processual.

No sistema acusatório, para Renato Brasileiro de Lima, em seu livro Manual de Processo Penal, a gestão de provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa para o caso penal.

Para Ferrajoli, são características do sistema acusatório, a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução⁵.

Esse sistema foi acolhido explicitamente pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 129, inciso I, que diz que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, ou seja, a relação processual só terá início se provocada pela parte competente, ficando a cargo do juiz a apreciação do feito, contudo esse assunto será tratado em ocasião oportuna.

Por fim, é notório que o que diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição das partes e produção das provas que enquanto no sistema inquisitorial é de livre produção pelo juiz, no sistema acusatório cabe às partes, garantindo a ampla defesa e o contraditório.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão: teoria do garantismo penal***. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 518.

2.3.3 O Sistema Misto ou Francês

Com o passar dos anos, o sistema inquisitorial foi sofrendo alterações e dentre essas, a mais importante se deu através do *Code d’Instruction Criminelle*, instituído na França durante a era napoleônica. Daí surgiu um “novo” sistema processual penal, o sistema misto ou francês, que possui esse nome justamente por ter se iniciado naquele país e que representava um misto entre os dois sistemas processuais citados anteriormente, quais sejam o inquisitório e o acusatório.

A distinção entre duas fases distintas, que são a inquisitorial, de onde se desenvolve uma instrução escrita e secreta e sem acusação e desta forma sem contraditório e onde o que se busca é a comprovação do fato, através de provas e materialidade e a acusatória, onde de posse de provas suficientes é apresentada a acusação e assim se permite a ampla defesa e o contraditório e posteriormente há o julgamento pelo juiz, que prima pela oralidade e publicidade em seus atos é que esse sistema se caracteriza em sua essência.

O Sistema Processual Misto ou Francês pode ser considerado como uma alternativa aos sistemas inquisitorial e acusatório, pois reúne características de ambos e para alguns autores a sistema inquisitorial seria mais eficiente quando se diz respeito às apurações do delito e o sistema acusatório seria mais eficiente no tocante aos direitos e garantias individuais que são garantidas pela Carta Magna.

A partir da entrada em vigor do Código de Processo Penal (CPP), prevalecia o entendimento de que o sistema processual nele previsto seria o misto, mas com o advento da Constituição Federal, prevendo o sistema acusatório, uma celeuma foi instaurada, o que será assunto, como dito, em momento oportuno.

2.4 Opção do sistema processual brasileiro

A Constituição Federal de 1988 trouxe de forma explícita a adoção do sistema acusatório como sistema processual penal em seu artigo 129, inciso I, ao dizer que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, senão vejamos, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Assim, a ação penal pública só tem início se o Ministério Público se manifestar, respeitando o poder do juiz que é o de gerenciamento do processo.

Tem a mesma opinião, o jurista Eugênio Pacceli de Oliveira, que diz que o sistema acusatório é “um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988”.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem que com o advento do Código de Processo Penal, datado de 1941, foi instituído no processo penal brasileiro o sistema misto ou francês, como é o caso de Guilherme Souza Nucci, que em seu livro *Manual de Processo Penal e Execução Penal* enfatiza que o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado nítida ótica inquisitiva⁶.

Como visto, não é pacífico na doutrina pátria que o sistema acusatório, conforme previsto na Constituição Federal, seja o vigente no processo penal brasileiro, nem tampouco o sistema misto como afirma alguns autores ou inquisitivo que se mostra no Código de Processo Penal e desta forma, uma análise mais aprofundada se faz necessária, principalmente após a edição da lei nº 13.245/16, objeto de estudo do presente trabalho, como veremos mais adiante.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

3 O Inquérito Policial

3.1 Conceito e finalidade do Inquérito Policial

Nas palavras de Tourinho Filho, inquérito é “o conjunto de diligência realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”⁷.

A denominação inquérito policial surgiu no país com o Decreto-Lei n. 4.824 de 28 de novembro de 1871, que regulamentou a execução da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 e em seu artigo 42 nos diz que, *in verbis*:

Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito, [...].

Assim, o inquérito é um procedimento instrumental que visa esclarecer fatos delituosos permitindo que a persecução penal seja arquivada ou tenha prosseguimento.

E para Lima, 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 tempo⁸.

Portanto, finalidade do inquérito policial é proporcionar a investigação do fato delituoso, indicar sua autoria e fornecer informações suficientes para que o titular da ação possa exercê-la, seja o Ministério Público (MP), ou o particular, conforme o caso.

Então, ocorrido um delito, o Estado passa a possuir o poder-dever de punir o responsável por esse delito e é através do inquérito policial que serão reunidas

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1. p. 192.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 4. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 107.

informações e provas capazes de indicar a autoria e a materialidade da infração penal que merece ser esclarecida e ter seu autor devidamente responsabilizado.

No Código de Processo Penal (CPP), mais precisamente no artigo 395, inciso III, está previsto que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal e justa causa é nada mais que a reunião de indícios suficientes de autoria ou participação e prova da materialidade delitiva, o que faz então com que o inquérito seja um instrumento capaz de fornecer ao titular da ação penal esses elementos de informação para o andamento da persecução penal.

3.2 Natureza Jurídica do Inquérito Policial

O inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, ou seja, não é um processo judicial e nem processo administrativo, uma vez que dele não resulta nenhuma sanção. O inquérito policial, como dito, tem caráter informativo, servindo como preparatório para uma possível ação penal.

Como é um procedimento de natureza administrativa, rege-se pela regra do ato administrativo em geral e assim, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, (2016, p. 107):

Apesar de o inquérito policial não obedecer a uma ordem legal rígida para a realização dos atos, isso não lhe retira a característica de procedimento, já que o legislador estabelece uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão. Por sua própria natureza, o procedimento do inquérito policial deve ser flexível. Não há falar, em sede de investigação policial, em obediência a uma ordem predeterminada, rígida.

Um ponto interessante acerca do inquérito policial a se dizer é com relação a nulidades ocorridas durante seu curso. Uma nulidade ocorrida durante o inquérito policial não acarreta a nulidade de todo o processo penal, isso porque podem existir elementos de informação que foram produzidos de forma idônea e não foram assim afetados pela nulidade em questão, como defende a teoria da fonte independente. Logicamente, se uma prova foi obtida ilicitamente durante o inquérito policial, deve ser desentranhada dos autos, reconhecendo assim sua ilicitude, como preceitua o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que enfatiza que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

3.3 Atribuição para a presidência do Inquérito Policial

O inquérito policial deve ser presidido por uma autoridade, sendo esta por via de regra, originária dos quadros das polícias, seja ela militar ou civil, mas há exceções como se verá a seguir. Preliminarmente, cabe-nos distinguir as funções da polícia, que basicamente se dividem em funções de polícia administrativa, polícia judiciária e polícia investigativa.

A polícia administrativa cuida basicamente da prevenção aos delitos, agindo através de sua ostensividade.

A polícia judiciária tem caráter repressivo e visa auxiliar o Poder Judiciário, age logo após o cometimento dos delitos, cumprindo ordens judiciais, mandados de prisão, busca e apreensão, conduções coercitivas etc. À polícia judiciária cabe primordialmente a elaboração do inquérito policial, e neste interim, papel especial tem a Polícia Civil, conforme se extrai do artigo 144, § 4º da CF, *in verbis*:

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

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Já em relação à polícia investigativa, nota-se que esta é uma função voltada para a busca de informações que podem levar ao conhecimento da autoria ou participação nas infrações penais e colheita de indícios suficientes de materialidade.

Contudo, a titularidade do inquérito policial nem sempre vai estar a cargo das polícias, em especial da polícia civil e analisando o artigo 4º, parágrafo único do CPP, notamos que há possibilidade de outras autoridades presidirem essa investigação preliminar, senão vejamos:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Partindo disso, podemos citar a título de exemplo de “inquéritos não policiais”, que há os inquéritos parlamentares, que são realizados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI’s), os inquéritos policiais militares, que estão sujeitos à polícia judiciária militar, o inquérito civil, que fica a cargo do Ministério Público e visa reunir elementos para a propositura de ação civil pública e os inquéritos em crimes praticados por magistrados e promotores, onde as investigações são presididas pelos órgãos superiores de cada carreira, de acordo com legislação própria.

3.4 Características do Inquérito Policial

Vastas são as características do inquérito policial, dentre as quais podemos destacar que é um procedimento escrito, dispensável, sigiloso, oficial, oficioso, indisponível e inquisitivo. Vejamos cada uma em separado.

Procedimento escrito: como se trata de um procedimento administrativo que busca informações que podem subsidiar o titular da ação penal, por força do artigo 9º do CPP, o inquérito deve ser escrito, senão vejamos: “Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

Procedimento dispensável: por se tratar, como dito, de peça informativa que visa subsidiar o titular da ação penal, em algumas situações o inquérito pode facilmente ser dispensado, como por exemplo quando o titular da ação penal já possui informações suficientes para a propositura da ação, como no caso do Ministério Público ou do ofendido, em crimes de ação penal privada.

O próprio CPP em alguns de seus artigos deixa claro que o inquérito é dispensável, como no artigo 12 que diz que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra, ou seja, se ele não servir de base não há necessidade de seu acompanhamento. Outro artigo do CPP

que evidencia a disponibilidade do inquérito é o artigo 27 que diz 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, ou seja, se já se dispõe de informações necessárias para a propositura da ação não há necessidade de inquérito.

Procedimento sigiloso: Conforme se depreende do artigo 20 do CPP, a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, sendo assim o inquérito um procedimento que legalmente deve ser sigiloso, exceção feita ao acesso que o magistrado e o Ministério Público têm garantido.

Uma importante distinção se faz necessária quando tratamos da diferenciação existente entre o sigilo interno e o sigilo externo das investigações, onde este diz respeito à divulgação das investigações num âmbito geral, para a coletividade e àquele diz respeito à divulgação das investigações ao investigado ou seu defensor constituído.

Segundo Choukr (2007, p. 84) citado por Távora (2010, p. 91), a respeito do sigilo interno:

O sigilo “interno” da investigação diz respeito ao acesso limitado aos autos tal como concebido na forma inquisitiva do processo penal, e configura verdadeira restrição a que o investigado e mesmo seu defensor possam consultar o produto da investigação. No direito brasileiro – assim como em outros países – o acesso limitado aos autos é dificultado pelo fato das investigações serem produzidas unilateralmente por agências públicas, haver escassa previsão legal de participação efetiva da defesa técnica – mesmo nas situações de constrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais – e, sobretudo, pela própria cultura inquisitiva que permeia nosso sistema.

O sigilo do inquérito é essencial para o bom andamento das investigações e também para a imagem do indiciado perante a sociedade, que não tem o porquê de ter conhecimento de um possível inquérito instaurado em desfavor de um cidadão, uma vez que este inquérito é mera peça informativa e pode acabar sendo arquivado.

O acesso aos advogados ao inquérito está previsto no artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e como enfatiza o jurista Aury Lopes Júnior, “[...]”

não existe sigilo para o advogado no inquérito policial e não lhe pode ser negado o acesso às suas peças nem ser negado o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos”⁹.

Porém, com o objetivo de salvaguardar o interesse público, alguns magistrados, em certas ocasiões, decretavam o sigilo absoluto dos inquéritos, proibindo inclusive advogados de terem acesso aos autos, negando assim o que trata o Estatuto da OAB (EOAB). Desta forma o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado n. 14 de súmula vinculante, pacificando o assunto, vejamos *in verbis*:

Súmula Vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Desta forma, se houverem documentos que já estiverem anexados aos autos, não há que se falar em sigilo, caso contrário, sim e havendo recusa por parte da autoridade presidente do inquérito, admite-se a propositura de mandado de segurança, habeas corpus ou reclamação constitucional ao STF.

E para finalizar essa importante característica do inquérito policial, destaca-se o teor do parágrafo único do artigo 20 do CPP, que diz que nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes. Isso ocorre em decorrência do sigilo e se faz necessário para preservar a presunção de inocência garantida inclusive pela Constituição Federal.

Procedimento oficial: Segundo o que consta no artigo 144, § 4º da Constituição Federal, que diz que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, assim incumbe ao Delegado de Polícia a presidência do inquérito policial, ficando este, portanto a cargo de um órgão oficial do Estado, por isso sua oficialidade.

⁹ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 312.

Procedimento oficioso: Nos crimes de ação penal pública incondicionada deve a autoridade policial agir de ofício, seguindo o que preconiza o artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal, como se pode ver, *in verbis*: “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; [...]”.

Já nos crimes de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal privada, a instauração do competente inquérito depende de representação da vítima ou de seu representante legal, contudo manifestado esse interesse, a autoridade responsável pelo inquérito deve agir de ofício, tomando as providências necessárias para seu andamento.

Assim, a oficiosidade diz respeito à obrigatoriedade de instauração do inquérito policial quando a autoridade competente para tal toma conhecimento da prática de uma infração penal ou recebe a manifestação da vítima ou de seu representante legal.

Procedimento indisponível: Como a persecução criminal é de ordem pública, ao ser iniciado o inquérito policial, não pode a autoridade competente simplesmente dele dispor por força do que trata o artigo 17 do Código de Processo Penal, como adiante se vê, *in verbis*: “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.”

Assim, o arquivamento do inquérito não está a critério da autoridade policial, que deve concluí-lo e remetê-lo ao juízo competente para que tal medida possa ser tomada à medida de cada caso.

Procedimento inquisitivo: Em sua essência, o inquérito policial é um procedimento inquisitivo, pois suas atividades estão concentradas nas mãos de uma única pessoa e não há oportunidade para o exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Ocorre que com a entrada em vigor da lei n. 13.245 de 12 de janeiro de 2016, que alterou o artigo 7º da lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil veio à tona a discussão acerca da natureza jurídica das investigações preliminares, em especial do inquérito policial, onde o indiciado passou a contar com o direito da presença de um advogado durante as diligências

do inquérito e isso, para alguns doutrinadores transformou o inquérito policial em procedimento acusatório, deixando de lado sua natureza inquisitiva, contudo, isso é um assunto que será tratado oportunamente, pois é um dos objetos de estudo do presente trabalho, como dito anteriormente.

3.5 Valor Probatório

O inquérito policial, por ser um procedimento instrumental e preparatório, por assim dizer, à eventual propositura de uma ação penal, tem valor probatório relativo, pois o que foi nele apurado deve ser confirmado no curso da instrução processual, não podendo assim o magistrado condenar o réu com base tão somente nos elementos oriundos do inquérito policial. Assim, é direito constitucional do acusado, durante a instrução processual, o contraditório e a ampla defesa, inclusive em relação ao que foi produzido durante o inquérito policial e deverá ser confirmado nessa fase processual.

Segundo Lopes Júnior (2001, p. 190) citado por Távora (2010, p. 99):

podemos afirmar que o inquérito somente gera atos de investigação, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada à fase. Servem para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* que justificará o processo ou o não processo.

Nesse sentido, o artigo 155 do Código de Processo Penal enfatiza que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifo nosso).

Também é o que se conclui após análise de alguns julgados pelos diversos Tribunais do país, a exemplo:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EMBASADO EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. OFENSA À GARANTIA DO DEVIDO Processo LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, a legitimidade do poder-dever do Estado aplicar a sanção prevista em lei ao acusado da prática de determinada infração penal deve ser exercida por meio da ação penal, no seio da qual ser-lhe-á assegurada a ampla defesa e o contraditório. 2. Visando afastar eventuais arbitrariedades, a doutrina e a jurisprudência pátrias já repudiavam a condenação baseada exclusivamente em elementos de prova colhidos no inquérito policial. 3. Tal vedação foi abarcada pelo legislador ordinário com a alteração da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.690/2008, o qual prevê a proibição da condenação fundada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. 4. Constatado que o Tribunal de origem utilizou-se unicamente de elementos informativos colhidos no inquérito policial para embasar o édito condenatório em desfavor da paciente, imperioso o reconhecimento da ofensa à garantia constitucional ao devido processo legal. (grifo nosso)

3.6 Formas de instauração do Inquérito Policial

De acordo com a espécie de ação penal é que se tem a forma de instauração do inquérito policial. Sendo um crime de ação penal pública incondicionada, o inquérito deve ser instaurado de ofício, até mesmo por conta do princípio da obrigatoriedade, por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou até mesmo por requerimento do ofendido ou de seu representante legal, conforme se extrai do artigo 5º, incisos I e II do CPP, como se pode ver *in verbis*:

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

I - de ofício;

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

Já nos crimes de ação penal pública condicionada, a instauração do inquérito policial pela autoridade competente depende da representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça, conforme preconiza o artigo 5º, § 4º do CPP que

diz que o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

Por fim, em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, o inquérito policial só pode ser instaurado mediante requerimento do ofendido ou de seu representante legal, por força do que trata o artigo 5º, § 5º do CPP, que diz que nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la. Porém, é possível ainda a instauração do inquérito policial em crimes de ação penal de iniciativa privada e também em crimes de ação penal pública condicionada, por intermédio de auto de prisão em flagrante, o qual deverá ser precedido de requerimento da vítima ou de seu representante legal.

3.7 Conclusão do Inquérito Policial

3.7.1 Dos prazos para a conclusão do inquérito policial

O inquérito policial tem um prazo a ser seguido e este prazo pode variar de acordo com a lei que lhe rege. De acordo com o artigo 10, caput, do CPP, o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. Contudo, se 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, podendo assim ocorrer a dilação do prazo.

Em se falando das demais legislações que regem o inquérito policial, constata-se que de acordo com o artigo 66 da lei n. 5.010/66, lei que organiza a Justiça Federal em primeira instância, o prazo para conclusão do inquérito policial é de quinze dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo juiz do processo.

Já no caso do inquérito policial militar, IPM, reza o artigo 20 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que o inquérito deverá terminar dentro em vinte dias,

se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de quarenta dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito, sendo que este último prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato. O pedido de prorrogação deve ser feito em tempo oportuno, de modo a ser atendido antes da terminação do prazo, por força do artigo 20, §1º do mesmo diploma legal.

A lei n. 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, prevê em seu artigo 51 que o inquérito policial será concluído no prazo de trinta dias, se o indiciado estiver preso, e de noventa dias, quando solto, sendo que os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

A lei n. 1.521/21, lei esta que tipifica os crimes contra a economia popular, prevê que o inquérito policial deve ser concluído no prazo de dez dias, estando o acusado solto ou preso.

3.7.2 Relatório da autoridade policial

Cumprindo o que determina o artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, a autoridade competente deve encerrar o inquérito policial com um minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente, onde poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas (art. 10, § 2º).

Esse relatório deve descrever tudo o que foi realizado durante o inquérito policial, as oitivas, provas e peças juntadas, diligências desenvolvidas ou justificativas pela sua não realização. Não deve aqui, a autoridade competente emitir qualquer juízo de valor acerca do que foi apurado.

Nas palavras de NUCCI (2010, p. 170):

A autoridade policial deve, ao encerrar as investigações, relatar tudo o que foi feito na presidência do inquérito, de modo a apurar – ou não – a materialidade e a autoria da infração penal. Tal providência é sinônimo de transparência na atividade do Estado-investigação, comprobatória de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi respeitado, esgotando-se tudo o que seria possível para colher provas destinadas ao Estado-acusação.

3.7.3 Destinatário dos autos do inquérito policial e providências subsequentes

Concluído o inquérito policial, a autoridade competente deve remetê-lo ao Poder Judiciário, por força do artigo 10, § 1º do Código de Processo Penal, que diz que a autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

Recebidos os autos do inquérito policial, duas são as possibilidades pois em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, conforme preconiza o artigo 19, do CPP, os autos permanecerão em cartório, aguardando a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado. Já se o inquérito policial versar sobre crimes de ação penal pública os autos são remetidos ao Ministério Público que a partir daí pode tomar certas providências que são: o oferecimento da denúncia, o pedido de arquivamento dos autos do inquérito policial, o requerimento de diligências, a declinação de competência ou a arguição do conflito de competência.

4 O Direito Constitucional à ampla defesa e ao contraditório

4.1 Do contraditório

O princípio do contraditório apresenta-se como um direito fundamental e está previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que estabelece: 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” (**grifo nosso**).

Assim, qualquer acusado, em qualquer procedimento, privado ou público, tem o direito de contrapor-se, antes da decisão final, às imputações que lhe são feitas, ocasião em que poderá posicioná-las, justificá-las, requerê-las e prová-las, em momento posterior à acusação e anteriormente à decisão final. Representa o direito de falar após a acusação formal, a fim de refutá-la, apresentando, inclusive, uma versão que a desqualifique.

Esse princípio determina que toda acusação deve ter uma fase para proporcionar o conhecimento de seu teor e as respostas às suas imputações, de modo antecipado às tomadas de decisões pela autoridade competente.

O direito ao contraditório possui desdobramentos, dentre os quais, a título exemplificativo, podemos citar:

- conhecimento dos fatos que basearam a instauração do processo e de todos os demais documentos, provas e dados que surgirem no seu curso;
- o direito de audiência das partes, que significa a possibilidade de manifestação do ponto de vista sobre os fatos, documentos e argumentos apresentados pela acusação ou por terceiros. Engloba o direito de propositura de provas e de tê-las produzidas e apreciadas, além do direito a um prazo suficiente para o preparo das observações a serem contrapostas;

- a obrigatoriedade de a acusação motivar todos os seus atos, o que reforça a transparência e o respeito à legalidade, facilitando, ainda, a fiscalização e o controle das decisões.

Por sua vez, podem, a título exemplificativo, constituir ofensa ao referido princípio constitucional:

- a não autorização de reperguntas, formuladas pelo acusado ou por seu defensor;
- a não nomeação de um defensor ad hoc para os casos de ausência do acusado ou de seu defensor nas audiências de oitivas de testemunhas e interessados;
- a realização de oitivas arroladas pela defesa antes da oitiva das testemunhas do denunciante ou do colegiado;
- a omissão de análise pela comissão processante dos pontos individuais, articulados da defesa oral ou escrita etc.

Nas palavras de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.¹⁰

Assim, o contraditório nada mais é do que a possibilidade de discussão dos fatos entre a acusação e a defesa, oportunizando a cada uma o que lhe é garantido constitucionalmente, não sendo cabível um processo penal eficaz e justo sem que a parte contrária tome ciência das demandas e questionamentos da outra parte.

E seguindo os ensinamentos do brilhante jurista Tourinho Filho (2013, p. 73):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão “superpartes”, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, “das a cada um o que é seu”.

¹⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ***Princípios fundamentais do processo penal***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

O próprio Código de Processo Penal nos traz algumas regras que vêm a reforçar esse princípio, a exemplo do artigo 261, que diz que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor e ainda o artigo 263 que dispõe que se o acusado não possuir Defensor, o juiz será obrigado a nomear-lhe um, reservando-lhe a qualquer tempo nomear outro de sua confiança ou a si mesmo defender-se, caso possua habilitação técnica.

Há evidentemente, outros diplomas legais que buscam garantir o direito ao contraditório e sua inobservância em todos os casos, gera nulidade, como pode se constatar em uma rápida análise do artigo 564, inciso III, alíneas “c” e “e”, do CPP, *in verbis*:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

[...]

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.

Uma distinção interessante a se fazer para que se entenda um pouco mais sobre a importância do contraditório é sobre os conceitos de contraditório para a prova e contraditório sobre a prova.

No contraditório para a prova, também conhecido como contraditório real, as partes participam efetivamente na produção da prova, que deve ocorrer mediante sua presença e no órgão julgador, como por exemplo na oitiva de testemunhas, onde indagações e considerações podem ser feitas.

Já no contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido, a prova já está produzida e é oportunizado as partes a se manifestarem acerca dela, como por exemplo nos casos de interceptação telefônica devidamente autorizada judicialmente.

O contraditório, portanto, é uma realidade e não é uma simples possibilidade de participação no processo, devendo as partes terem garantias para uma verídica e igualitária participação para que sua efetividade seja proporcionada. Esse princípio, é uma garantia indispensável aos sujeitos processuais e, por conseguinte proporciona uma maior legitimação da decisão que será proferida ao final do processo ou procedimento a que estão submetidos.

4.2 Da ampla defesa

Decorrente do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece 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, o princípio da ampla defesa apresenta-se como um dever de proporcionar ao acusado o direito à mais completa possibilidade de contraposição e demonstração de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da acusação quando submetido à relação jurídica processual em contraditório, devendo ser intimado de todo e qualquer ato que possa ser prejudicial à sua posição jurídica processual.

Esse princípio decorre da necessidade de se garantir uma igualdade processual, como forma de propiciar paridade de armas. Nesse sentido, Sandro Lucio Dezan explica que o agente acusado tem direito a ser ouvido no processo, de forma direta e pessoal, por meio de interrogatório, defesa pessoal, e por meio de petição defensiva, defesa técnica escrita, bem como ser intimado da decisão final, para fins de interposição de recursos e petições diversas. Não obstante, deve ser notificado tempestivamente para arrolar testemunhas, apresentar quesitos aos exames periciais e a se fazer presente e formular reperguntas, tanto ao denunciante, quanto ao sujeito prejudicado e às testemunhas arroladas pelo colegiado disciplinar ou pelo próprio investigado.¹¹

O direito à ampla defesa possui, dentre outros, exemplificadamente, os seguintes desdobramentos:

- a defesa deve ser sempre anterior à decisão. Assim, não se aplica sanção sem que tenha havido um prévio e devido processo legal;

¹¹ DEZAN, Sandro Lucio. ***Direito administrativo disciplinar: princípios fundamentais***. v. 1. Curitiba: Juruá, 2013. p. 206

- é assegurado o direito de interposição de recursos;
- há o direito à defesa técnica, que é aquela exercida por um profissional habilitado, ou seja, por um advogado;
- há o direito de notificação, consistente na comunicação do acusado no início do processo. Na notificação, devem constar a indicação dos fatos e os fundamentos da acusação. Ademais, o acusado deve ser, com antecedência, cientificado das medidas ou dos atos referentes à produção de provas, podendo ter acesso a documentos e certidões em poder da acusação, a fim de elaborar sua defesa;
- o acusado pode solicitar a produção das provas que entender pertinentes, cabendo à autoridade responsável indeferi-las apenas se totalmente descabidas ou com intuito meramente protelatório.

Por outro lado, dentre outros, exemplificadamente, podem constituir ofensa à ampla defesa:

- a ausência de notificação de início dos trabalhos e apuração;
- a não faculdade, ao acusado ou ao defensor, de obtenção de cópias das principais peças dos autos;
- a ausência de intimações para as oitivas de testemunhas;
- o indeferimento de oitiva de testemunha arrolada pela defesa;
- a não realização do interrogatório por iniciativa da autoridade competente;
- a ausência de citação, com encaminhamento de cópia do indiciamento;
- a recusa de recebimento da defesa escrita na fase apropriada;
- a utilização de um procedimento de rito sumário nos casos em que a lei prevê rito mais abrangente.

A ampla defesa por atender um interesse do acusado, pode ser vista como um direito, contudo, como visa também o interesse geral de um processo visto, é tida igualmente como garantia.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 51):

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.

Assim, a ampla defesa e o contraditório, apesar de apresentarem um liame significativo, não devem ser confundidos. No contraditório, em especial no que tange ao processo penal, há a obrigatoriedade de que as partes se posicionem de forma antagônica, ou seja, acusação e defesa, onde cada um tem o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária e à defesa, estará garantido a contraposição de tudo o que for elaborado durante o processo.

Sucintamente, o contraditório manifesta-se para ambos os sujeitos processuais, garantindo assim a igualdade e legalidade das decisões. Já a ampla defesa, diz mais respeito aos direitos do acusado, permitindo-se inclusive que este seja tratado de forma “desigual” em relação à acusação, obtendo em certo ponto algumas vantagens, como por exemplo recursos destinados apenas à defesa, proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reu* etc.

Seguindo, como ao acusado deve ser dado oportunidade de defesa, esta obrigatoriamente deve ser entendida como a possibilidade de ser apresentada a defesa técnica, que é aquela patrocinada por defensor genuinamente constituído e a autodefesa, que é aquela realizada pelo próprio acusado. A defesa técnica tem caráter obrigatório, diferentemente da autodefesa, que fica à conveniência do acusado, desde que possua habilidade técnica ou podendo invocar inclusive o direito ao silêncio.

Em se falando de defesa técnica, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula de n. 523, enfatizou que no processo penal, a sua falta enseja em nulidade absoluta, senão vejamos, *in verbis*: “**Súmula 523**. No processo penal, a falta da

defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Posterior ao enunciado, há jurisprudência acerca do tema, a saber:

A ampla defesa, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é a simbiose entre a defesa técnica e a autodefesa do acusado. A primeira surge indeclinável, considerado o artigo 8º, item 2, alínea 'e', do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o réu possui 'direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se [...] não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei. Não assegurar ao acusado a defesa técnica mostra-se causa de nulidade absoluta do processo, consubstanciando prejuízo ínsito e insanável, conforme revela o Código de Processo Penal no artigo 564, inciso III, alínea 'c', combinado com o 572, em sentido contrário, porquanto, ao anunciar os vícios sanáveis, não alude à ausência de defesa técnica. O Supremo possui entendimento sumulado nesse sentido, versando o verbete nº 523 que, (...). (RE 635145, Voto do Relator Ministro Marco Aurélio, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 1.8.2016, **DJe de 13.9.2017, com repercussão geral - tema 613**). (grifo nosso)

Um ponto relevante a se destacar diz respeito ao que alguns autores, como é o caso de Guilherme Souza Nucci, tratam por Princípio da Plenitude de Defesa, visto no rito do Tribunal do Júri no processo penal e que estaria estampado no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal como adiante se vê, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei [...], nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

Nesse sentido, tem-se que a Constituição Federal além de enfatizar o princípio da ampla defesa, esculpido no artigo 5º, inciso LV e que abarca todos os acusados de forma geral, buscou garantir também o princípio da plenitude de defesa, aos acusados que serão julgados pelo Tribunal do Júri.

Para Guilherme Souza Nucci, os vocábulos são diversos e também seu sentido. *Ampla* quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; *pleno* significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo, é evidentemente,

mais forte que o primeiro. Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente. Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito.¹²

Como se vê, a ampla defesa deve ser buscada em todos os sentidos e juntamente com o contraditório permite que o andamento processual ocorra de maneira justa e imparcial, revestindo de legitimidade as decisões proferidas. São, pois, princípios basilares, previstos na Carta Maior do país e que atingem a todos os acusados, sem qualquer distinção.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

5 A lei 13.245/16 e suas implicações na natureza jurídica do inquérito policial

Conforme preconizado anteriormente, a aprovação da lei n. 13.245 de 12 de janeiro de 2016, trouxe alterações ao artigo 7º da lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, modificando dispositivos e criando novas regras.

Assim, a alteração mais significativa se deu na seara dos direitos dos advogados que de acordo com a nova redação do inciso XIV do citado artigo que, passaram a ter direito de 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, sendo que anteriormente o direito do defensor era tão somente examinar o Inquérito Policial ou o Termo Circunstanciado.

A lei em epígrafe ainda garante aos advogados, em conformidade com o inciso XXI do artigo 7º do EOAB, o direito de 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 apresentar razões e quesitos.

Ainda, foram criados os parágrafos de número 10, 11 e 12, também no artigo 7º do EOAB, que objetivam estabelecer regras ao exercício funcional do advogado durante a fase investigativa e em caso de investigações onde se tenha sido decretado o sigilo, será necessária a apresentação de procuração para que possa ter acesso aos autos e em qualquer tipo de investigação, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências e para finalizar, citam que a inobservância aos direitos adquiridos pelo defensor, 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.

Portanto, o artigo 7º do EOAB, passa a ter a seguinte redação nos incisos XIV, XXI e parágrafos 10, 11 e 12, *in verbis*:

Art. 7º [...]

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; (...)

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;

b) (VETADO).

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 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.

5.1 Inquérito policial: procedimento inquisitivo ou acusatório

Como explicitado na introdução, o objetivo do presente trabalho é analisar a natureza jurídica das investigações preliminares, em especial o inquérito policial, à luz das inovações trazidas pela aprovação da lei n. 13.245/16.

Há tempos, alguns autores defendem que o inquérito é inquisitivo, como é o caso de Nestor Távora (2010, p. 94):

O inquérito é inquisitivo: as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Na fase pré-processual não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado. A inquisitorialidade permite agilidade nas investigações, otimizando a atuação da autoridade policial.

Seguindo o mesmo pensamento, Nucci (2010, p. 167):

O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo ou indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial. (...). O inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.

Porém, há autores, em posição minoritária, que defendem justamente o contrário, que o inquérito é um procedimento acusatório e que também se reserva ao contraditório e à ampla defesa, como é o caso de Marta Saad (2004, p. 221-222) citada por Távora (2010, p. 94), que aduz que “se 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.

No mesmo sentido, é o entendimento de Aury Lopes Júnior, que em seu livro *Introdução Crítica ao Processo Penal*, fundamentos da instrumentalidade constitucional, enfatiza que o direito de defesa é igualmente aplicável no inquérito policial, em que pese todo ranço do senso comum espelhado por numerosa jurisprudência e doutrina¹³.

¹³ JUNIOR, Aury Lopes, *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 2006, p. 252.

Isto posto, nota-se que o que preconiza o artigo 5º, inciso LV, da CF, ao dizer 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 é o que sustenta as afirmações de alguns autores que acreditam que o inquérito policial, assim como qualquer investigação preliminar, está sujeito ao contraditório e à ampla defesa.

Ora, por esta ótica é bem verdade que ao dizer “aos acusados em geral”, estão aí incluídos os indiciados em inquéritos policiais, uma vez que estes são acusados de certa forma e o constituinte certamente ao utilizar da expressão citada, não quis limitá-la aos acusados somente nos processos judiciais ou administrativos, mas também àqueles que estão submetidos a alguma investigação preliminar, como é o caso do inquérito policial.

Nas palavras de Lima, a observância do contraditório e da ampla defesa nas investigações preliminares também pode ser extraída do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal. Por mais que o Código de Processo Penal, com seu viés nitidamente autoritário, silencie acerca do direito de o investigado ser cientificado de que há uma investigação em andamento, na qual ele figura na condição de *imputado*, não se pode negar a existência desse direito. A partir do momento em que a própria Constituição Federal assegura ao preso o direito de permanecer calado, subentende-se que o preso, aí compreendido o suspeito, investigado ou indiciado, preso ou em liberdade, tem o direito de ser ouvido pela autoridade responsável pelas investigações. Afinal, alguém só pode permanecer calado se lhe for assegurado o direito de ser ouvido¹⁴.

Para Marta Saad (2004, p. 221-222) citada também por Lima (2016, p. 120-121), na fase investigatória, o direito de defesa já pode – e deve – ser exercido de duas formas distintas: **a) exercício exógeno:** é aquele efetivado fora dos autos do inquérito policial, por meio de algum remédio constitucional (*habeas corpus* ou mandado e segurança) ou por requerimentos endereçados ao juiz ou ao promotor de justiça; **b) exercício endógeno:** é aquele praticado nos autos da investigação preliminar, por meio da oitiva do imputado (autodefesa – direito de audiência), de

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 4. ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 120.

diligência porventura solicitadas – jamais requisitadas – à autoridade policial (CPP, art. 14), ou através da apresentação de razões e quesitos (lei 8.906/94, art. 7º, XXI, “a”, com redação dada pela lei nº 13.245/16).

E é bem verdade que este pensamento ganha força com a aprovação da lei 13.245/16, que enfatizou o direito de o defensor acompanhar seu cliente no curso das apurações de infrações previsto no artigo 7º, inciso XXI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o que consequentemente fará com que as autoridades competentes busquem aprimorar a produção de provas durante as investigações preliminares.

Por outro lado, contudo, tem-se que como as investigações preliminares são procedimentos de natureza administrativa, com caráter instrumental onde o que se busca é a formação de elementos capazes de comprovar a materialidade e autoria delitiva e não há imposição de sanções, estando as investigações concentradas nas mãos de uma única autoridade, seriam elas de natureza inquisitiva, onde não há oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

5.2 As implicações da lei 13.245/16

Diante o que foi exposto, algumas considerações merecerem, a nosso ver, serem pontuadas.

Primeiramente, é necessário que as autoridades responsáveis pela condução das investigações preliminares, em especial o inquérito policial, tomem consciência de que na conjuntura atual, o acusado não pode e não deve ser tratado como um mero objeto da situação pois é detentor de direitos e garantias fundamentais, inclusive seu depoimento é meio de defesa e não necessariamente meio de prova.

Muitas das vezes, acusados são libertados sob a alegação de que foram torturados e maltratados para que procedessem a uma confissão, que depois foi invalidada perante o juízo processante. A obrigatoriedade da presença do advogado, principalmente quando da oitiva do acusado acaba por garantir a lisura dos procedimentos policiais e validar seus atos.

Assim, entendemos que a lei n. 13.245/16 não afastou a natureza inquisitorial do inquérito policial, nem tampouco das investigações preliminares. O que ocorreu

com a aprovação desta lei foi, a nosso ver, uma oferta maior de garantias ao acusado e também à autoridade responsável pela condução das investigações, que terá mais respaldo em seus atos e se viu obrigado a se aprimorar na busca de outros elementos de prova que não o depoimento do acusado.

O que não se pode perder de vista é que o acusado, ao cometer um crime, certamente procurará, salvo exceções, cometê-lo de forma perfeita, evitando ser pego e eliminando todos os vestígios, testemunhas etc. O que é inconcebível é que a este acusado seja, em sede de investigação preliminar, ofertado garantias para se eximir, tendo acesso a provas ou diligências que ainda não foram produzidas e não estão entranhadas nos autos, pois o que se busca nas investigações preliminares, que a nosso ver, continuam com natureza inquisitorial é maior agilidade nas investigações e produção de provas e ao ser garantido nessa fase, o contraditório e a ampla defesa de forma irrestrita, o resultado poderá ser comprometido.

Ademais, a lei em questão veio enfatizar o que a Constituição Federal já garantia em seu artigo 5º, inciso LXIII, que diz que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Contudo, vê-se que no cotidiano, em algumas searas essa lei simplesmente é ignorada ou desconhecida. Tomemos por exemplo o Inquérito Policial Militar no âmbito da Polícia Militar de Minas Gerais, que ora é tratado pela Resolução n. 775, de 22 de maio de 1980 e seguintes alterações trazidas pela Resolução n 3.234, de 29 de novembro de 1995.

Nessa investigação preliminar, não é oportunizado ao investigado a presença de um advogado quando de sua oitiva, nem tampouco seu defensor tem acesso aos autos e o que neles é produzido, além de não poder apresentar razões ou quesitos, enfatizando, portanto, a natureza inquisitiva de tal procedimento, sem possibilidades de alteração de qualquer natureza.

Em conclusão, vemos que a lei n. 13.245/16 veio encorpar os direitos e garantias dos advogados e consequentemente dos investigados em sede de investigações preliminares, em especial nos inquéritos policiais, que foram objeto de estudo do presente trabalho, contudo, muito ainda há de ocorrer para que todos

tenham acesso a esses direitos, pois como dito, em algumas searas, como a militar, essa lei simplesmente inexistente e nada mais justo que proporcionar a todos os investigados, de forma geral, o acesso a seus direitos e garantias fundamentais.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que os sistemas processuais penais, que se encontram classificados em sistema inquisitório, sistema acusatório e sistema misto ou francês desempenham importante função na execução do processo penal uma vez que objetivam primordialmente a auxiliar o legislador na aplicação da lei e assim promover uma política criminal mais condizente com a realidade e com isso apresente alguns resultados esperados como a redução da criminalidade, a punição dos infratores e por conseguinte sua ressocialização, enfim, demonstre os resultados que se esperam da efetividade de um sistema processual penal.

Atualmente, no Brasil, por força do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, está explicitamente elencado o sistema processual de natureza acusatória como sistema processual penal vigente, contudo em consulta ao Código de Processo Penal, legislação esta que cuida especificamente do processo penal, é possível constatar que o sistema processual penal vigente tem natureza inquisitiva e em posição minoritária, alguns autores, a exemplo de Guilherme Souza Nucci, defendem que por força do CPP o sistema processual penal vigente seria o misto ou francês.

Ocorre que a nosso ver, em que pese alguns doutrinadores defendam o oposto, o sistema processual mais eficiente e que apresenta melhores resultados é o sistema inquisitivo, onde as investigações se concentram nas mãos de uma única pessoa e com isso há agilidade e otimização na identificação das fontes de prova e colheita de elementos de informação que subsidiarão a ação penal que será desencadeada sequencialmente, portanto, acreditamos que o Código de Processo Penal, como está atualmente redigido, apresenta-nos um sistema processual de natureza inquisitiva e eficiente, oferecendo inclusive ao investigado garantias e direitos fundamentais, como por exemplo o direito de permanecer calado e de ser assistido por um defensor durante o processo.

Partindo disso, analisando o inquérito policial como atualmente é concebido, nota-se que esta espécie de investigação preliminar tem natureza inquisitiva e com suas características de procedimento escrito, dispensável, sigiloso, oficial, oficioso e indisponível busca com eficiência elucidar a autoria e comprovar a

materialidade dos delitos através da obtenção de elementos de prova que propiciarão a continuidade da persecução penal.

Importante salientar que mesmo com sua natureza inquisitiva, no inquérito policial, alguns direitos e garantias fundamentais são garantidos ao investigado, como por exemplo o já citado direito ao silêncio e o direito de ser acompanhado por um defensor durante o processo e desta forma, em se falando em garantias e direitos fundamentais, nota-se com o presente trabalho que o contraditório e a ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, embora o inquérito policial tenha natureza inquisitiva, estão plenamente nele assegurados ao investigado, suspeito ou acusado a que está submetido a esta espécie de investigação preliminar.

O que se deve frisar é que a autoridade competente para a presidência do inquérito policial deve ter consciência de que as provas obtidas no curso das investigações são de suma importância para a continuidade da persecução penal e o investigado não deve ser tratado como mero objeto do processo, pois tem direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitados e isso, de certa forma lhe garante lisura e legalidade às diligências e conclusões que surgirão com o inquérito.

Para tanto, a lei n. 13.245/16 garante mais direitos aos advogados e consequentemente aos acusados, pois proporciona ao defensor a possibilidade de examinar os autos, mesmo sem procuração em qualquer instituição responsável pelas investigações preliminares e assistir a seus clientes durante as apurações das infrações e mesmo assim não tira a natureza inquisitiva do inquérito policial, proporcionando sim um viés mais garantista a essa espécie de investigação preliminar que é de suma importância na persecução penal e consequentemente na realização da justiça.

Assim, conclui-se que a lei n. 13.245/16 trouxe avanços às garantias e direitos fundamentais que já estavam previstos na Constituição Federal e deve ser vista também como um auxílio para as autoridades responsáveis pelos inquéritos policiais, que terão mais legitimidade para suas ações que muitas das vezes são criticadas, mas tem um valor imensurável na persecução penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ***Princípios fundamentais do processo penal***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev., ampl. - Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em out 2017.

_____. **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 out 2017.

_____. **Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969: Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em out 2017.

_____. **Decreto-lei n. 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de setembro de 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm. Acesso em out 2017.

_____. **Lei n. 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 out 2017.

_____. **Lei n. 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 out 2017.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em out 2017.

_____. **Lei n. 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 www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm. Acesso em out 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 14.** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula n. 523.** No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario_Sumulas.asp?sumula=2729. Acesso em out 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus n. 118296, da 5ª Turma.** Criminal. Juízo Criminal. Roubo Circunstanciado pelo Concurso de Pessoas. Sentença Absolutória. Acórdão Condenatório Embasado Exclusivamente em Elementos Informativos Colhidos Durante o Inquérito Policial. Ofensa à Garantia do Devido Processo Legal. Constrangimento Ilegal Evidenciado. Ordem Concedida. Relator Min. Jorge Mussi, DJU, de 14 nov 2011.

CADH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** – Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em out. 2017.

DEZAN, Sandro Lucio. ***Direito administrativo disciplinar: princípios fundamentais***. v. 1. Curitiba: Juruá, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

JUNIOR, Aury Lopes, **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 2006.

JUNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2016.

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

MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial: dinâmica**. – São Paulo: Saraiva, 1992.

MINAS GERAIS. **Resolução n. 3.234, de 29 de novembro de 1995**: Aprova as modificações do Manual do Inquérito Policial Militar, para terceira edição. Disponível em: www.intranetpm.mg.gov.br/ementario. Acesso em out 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2010.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume I**. 35. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

