

JHONATAS LOPES DA SILVA ARAÚJO

**CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL:
aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e da ampla
defesa na fase da investigação preliminar**

Trabalho apresentado como requisito à
obtenção da aprovação na disciplina de
Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito
da Pós – Graduação lato sensu em Direito
Penal e Processo Penal do Instituto
Brasiliense de Direito Público

Orientador: Paulo Queiroz

BRASÍLIA
2013

JHONATAS LOPES DA SILVA ARAÚJO

**CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL:
aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e da ampla
defesa na fase da investigação preliminar**

Trabalho apresentado como requisito à
obtenção da aprovação na disciplina de
Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito
da Pós – Graduação lato sensu em Direito
Penal e Processo Penal do Instituto
Brasiliense de Direito Público

Orientador: Paulo Queiroz

BRASÍLIA
2013

JHONATAS LOPES DA SILVA ARAUJO

**CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL:
aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e da ampla
defesa na fase da investigação preliminar**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da Pós – Graduação lato sensu em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Paulo Queiroz

BANCA EXAMINADORA

Profº

Profº

Profº

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal: Discutir os posicionamentos acerca da aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, bem como seus respectivos argumentos, fundamentações e consequências para a Autoridade Policial, para o Advogado, para o indiciado e posteriormente para o Magistrado, ambos no exercício de seus ofícios. Para tanto, no 1º capítulo procede-se uma abordagem geral sobre o inquérito policial, no capítulo seguinte adentramos em alguns princípios do processo penal, dando ênfase ao do contraditório e da ampla defesa e, por fim, no último capítulo, valorou-se a incidência de tal princípio dentro dessa fase pré-processual e, através dos valores em jogo e de entendimentos doutrinários, obtivemos, com a presente pesquisa, uma opinião coerente frente à polêmica que se instalou a respeito desse assunto. Desta feita, tentou-se demonstrar, que é cabível a aplicação do princípio do contraditório na fase do inquérito policial.

Palavras-Chaves: Aplicabilidade – Princípios do Contraditório e Ampla Defesa – Inquérito Policial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	07
1.1 Inquérito Policial.....	08
1.2 Características do Inquérito Policial.....	12
1.3 Valor Probante do Inquérito Policial.....	16
1.4 A crise no Inquérito Policial.....	20
2. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL.....	23
2.1 Princípio do devido processo legal.....	24
2.2 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.....	25
2.3 Princípio da inocência.....	26
2.4 A garantia do contraditório.....	27
2.5 A ampla defesa.....	34
2.6 Contraditório e ampla defesa no IP.....	37
3. Lei 11.690/08: alterações dos art. 155 e 156 do CPP e suas consequências para as provas obtidas no inquérito policial.....	43
CONCLUSÃO.....	63

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por fim alcançar um norte representativo frente à polêmica existente quanto à incidência ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

Para tanto, será necessário abordar alguns temas na ordem em que serão apresentados, para melhor compreensão e respectivo entendimento a respeito do presente trabalho.

No primeiro capítulo procedeu-se um estudo geral acerca do conceito de investigação preliminar, sendo o inquérito policial uma de suas espécies, onde se abordará um breve histórico, conceito, natureza jurídica, finalidade, natureza do inquérito (escrito, sigiloso e inquisitivo), valor probatório, autoridades que atuam e seus princípios, afim de uma melhor compreensão acerca da problemática existente na presente monografia.

Este tópico é importante para o entendimento do presente trabalho, pois demonstrará que o inquérito policial, apesar de possuir características inquisitivas, se molda a nova perspectiva constitucional (qual seja garantista), ficando desse modo o mesmo sujeito a intervenção de vários princípios e direitos garantidos na CF 88.

Após um apontamento inicial sobre inquérito policial, será necessário tratar no capítulo seguinte, sobre alguns principio do processo penal, dando ênfase e aprofundamento aos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como a possibilidade de aplicação dos mesmos na fase da investigação preliminar. Estudar-se-á suas evoluções, conceitos, finalidades, classificação, exceções e as consequências da não observância de tais princípios.

Este ensaio tem em mira, salientar que o Processo Penal é regido por uma série de princípios, cujo estudo aprofundado e exata compreensão é de suma importância para a boa aplicação do Direito.

Por fim, no terceiro e último capítulo se dedicará às alterações do Código de Processo Penal, como advento da lei 11.690/08, a qual acrescentou algumas funções ao magistrado, permitindo que o mesmo de ofício, ordene a produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal, interferindo diretamente na fase do inquérito policial, função esta que antes da reforma do CPP era inconcebível.

Serão apresentados posicionamentos a favor e contra, com seus respectivos argumentos e fundamentações acerca da aplicabilidade ou não dos princípios do contraditório e ampla defesa frente ao inquérito policial, bem como o posicionamento crítico voltado para a não aplicabilidade de tais princípios dentro da investigação preliminar.

1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

O processo penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade garantista. Ela não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento maior ao qual presta serviço. Afinal, o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, pois a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista, qual seja, evitar as acusações e os processos infundados¹.

Inicialmente, frente à diversidade de denominações para uma atividade que responde, em linhas gerais, aos mesmos fins, surge a necessidade metodológica de empregar uma mesma designação para tratar do assunto. Esta designação deverá ser suficiente ampla para abranger a todos os atos possivelmente praticados e, ao mesmo tempo, suficientemente precisa para atender a um mínimo de rigor científico.

O termo que parece mais adequado é o de *instrução preliminar*. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não-processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de um conjunto de atos logicamente organizados: um procedimento².

Para uma análise de sistemas abstratos e concretos de diversos países, o melhor é utilizar o termo instrução que investigação, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial – juiz instrutor – como também a uma sumária investigação policial),

¹ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de janeiro: lumes júris, 2006, p.33.

² JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de janeiro: lumes júris, 2006, p.34.

mas também porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em investigação preliminar quando não existe uma investigação definitiva, ao passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual³.

Ao vocábulo instrução devemos acrescentar outro – preliminar – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo preliminar vem do latim – prefixo *pre* (antes) *liminaris* (algo que antecede, de porta de entrada) – deixando em evidência seu caráter de “porta de entrada” do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas⁴.

Sem embargo, no Brasil, é tradicional o emprego de investigação criminal. A doutrina brasileira prefere utilizar investigação, reservando instrução para a fase processual. Em juízo, o termo instrução pode ser utilizado, desde que acompanhado do adjetivo preliminar, evitando assim qualquer confusão com a instrução definitiva realizada na fase processual⁵.

Por tudo isso, em definitivo, se utilizará indistintamente as expressões investigação/instrução preliminar, atendendo à natureza do inquérito policial à tradição brasileira.

1.1. Inquérito policial

Este tópico é importante para o entendimento do presente trabalho, pois demonstrará que o inquérito policial, apesar de possuir características inquisitivas, se molda a nova perspectiva constitucional (qual

³ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de janeiro: lumes júris, 2006, p.35.

⁴ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de janeiro: lumes júris, 2006, p.35.

⁵ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de janeiro: lumes júris, 2006, p.35/36.

seja garantista), ficando desse modo o mesmo sujeito a intervenção de vários princípios e direitos garantidos na CF 88.

O inquérito policial é um procedimento administrativo e informativo que se destina ao encontro e reunião de elementos tendentes à apuração da prática de uma infração penal e determinação de sua autoria. Damásio entende que o inquérito policial é a atividade preliminar do estado voltada para a finalidade de garantir o exercício do direito estatal de punir, colhendo informações sobre o fato, ou fatos, sobretudo, no intento de determinar a autoria⁶. Assim o inquérito é peça informativa, sendo também elemento de instrução provisória e preparatória.

Desta feita, com fundamento nessas finalidades positivadas, afere-se tratar de instrumento orgânico estatal, oficial, aplicado à persecução pré-processual, destinado à apuração de infrações penais, tendo como premissa a notícia de ocorrência de ilícito e como fim o subsídio da fase processual.

Constata-se de plano o fim maior desse instrumento, qual seja a delineação de circunstâncias e elementares que envolveram o fato típico, ilícito e culpável, compromissado, assim, com a verdade relacionada ao cometimento do ilícito, fornecendo, com efeito, subsídios às partes: o Ministério público ou querelante e o suposto sujeito ativo do ilícito penal⁷.

A par dessa digressão, abalizada doutrina tem-se posicionado de forma a elidir parte dessa busca da verdade pelo órgão de apuração, a ponto de obstar o inquérito policial de beneficiar o suposto sujeito ativo, autor do fato, como se constata dos ensinamentos de Paulo Rangel⁸, ao asseverar que:

o inquérito policial tem um único escopo: a apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4.º, in fine, do CPP). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio.

⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício de suas atribuições, é meramente investigativa. (...) Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente a apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial.

Constata-se da leitura acima que o inquérito policial presta-se única e exclusivamente à apuração de elementos da autoria e da materialidade ilícitas, devendo o delegado de polícia apenas apontar fatos e autor, sem qualquer juízo de valor acerca das circunstâncias e elementares que ligaram o suposto agente, com sua conduta, ao resultado danoso, consubstanciando, destarte, o caráter unidirecional do apuratório⁹.

Não obstante os doutos ensinamentos ora referidos, com eles não há de se coadunar, pois é inerente à própria função investigativa a análise de todos os detalhes que envolvem os acontecimentos fáticos ainda desconhecidos quando da *notitia criminis*¹⁰.

Não há como se elucidar qualquer acontecimento levado a efeito pelo sujeito ativo do ilícito, sem se adentrar a detalhes, a par dos exames periciais, que extrapolam a simples qualificação e oitiva de testemunhas e do suposto autor e, para tal, é indispensável a realização de juízo de valor, mormente no ato de fundamentação da indicição ou da sua não realização. Quanto mais completo e jurídico-científico forem os trabalhos realizados no inquérito policial, mais célere será o exercício da jurisdição, com maior eficiência dos escopos político, jurídico e social do processo¹¹.

Com efeito, não se pode pretender obstar a autoridade policial de tecer, dentro da razoabilidade e da proporcionalidade, juízo de valor acerca do produto de sua investigação, uma vez que a elucidação dos fatos enlaça

⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹¹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

compromisso com a verdade real e esta, corolário da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República¹².

O Ministério Público exerce o controle externo da atividade policial e não o controle de mérito dos atos da polícia judiciária. A censura por esse Órgão, sob o argumento de que a autoridade policial afastou-se do caráter unidirecional do apuratório é, sem sombra de dúvidas, inconstitucional, posto que excede o mister insculpido no art. 129, VII da CF/88, adentrando ao exercício de jurisdição pelo órgão controlador, ofendendo assim, a independência e harmonia dos poderes, princípio fundamental do Estado Democrático Constituído, bem como os direitos e garantias fundamentais de o indivíduo ser tratado com dignidade pelos órgãos da República e submetido ao devido processo legal¹³.

O artigo 4º do Código de Processo Penal¹⁴ diz: “Que 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”.

A polícia judiciária é órgão de apoio do poder Judiciário, exercendo poder investigativo derivado da Constituição Federal por força de seu artigo 144, §4º e do dispositivo contido no artigo supracitado do código de Processo Penal.

Verifica-se então, após o entendimento da função da polícia, que a mesma deve agir visando à investigação dos fatos, observando assim alguns procedimentos que irão delinear as características do inquérito policial.

¹² JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689. *Código de Processo Penal*. Art. 4º, CPP

1.2. Características do inquérito policial

O inquérito como visto é procedimento informativo que visa subsidiar o oferecimento ou não da Ação penal por parte do Ministério Público. Assim, as informações colhidas neste procedimento devem ser documentadas e constar de um caderno, que conterà as peças reduzidas a escritos e datilografadas. Atualmente são impressas e rubricadas pela autoridade policial¹⁵.

O inquérito é procedimento informativo que guarda características de ato administrativo de natureza inquisitória e cautelar, que fornecerá ao Ministério Público, defensor da sociedade, os elementos necessários ao oferecimento da denúncia para que seja instaurada a ação penal, o que comprova a característica de procedimento preparatório ostentada pelo inquérito¹⁶.

É inquisitório por não haver observância aos princípios-garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como por não ser obrigatória a presença do advogado quando da oitiva do indiciado.¹⁷

O presente trabalho demonstrará que é possível a aplicação de algumas garantias constitucionais na fase inquisitiva, apesar de o mesmo ser um procedimento administrativo.

Em relação às garantias, vale ressaltar que a unilateralidade do inquérito policial não autoriza a polícia a desrespeitar as garantias jurídicas do indiciado. Assim, os advogados têm o direito de acesso aos autos de investigação, ainda que sigilosa, para que possam ter conhecimento das acusações e defender seu cliente.

O inquérito policial deve assegurar o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do investigado, nos termos

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº. *Código de Processo Legal*. Art. 4º.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.70.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 87/88.

do art. 5º, X, da CF/88. É que milita em favor de qualquer cidadão a presunção de inocência enquanto não se obtiver a certeza da condenação através do trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁸.

Outra característica presente no inquérito policial é a oficialidade, segundo Fernando Capez¹⁹, somente os órgãos de direito público é que estão autorizados a promover as atividades investigativas, inobstante haver em nosso ordenamento jurídico a possibilidade jurídica de ajuizamento de queixa crime.

Capez²⁰ ainda traça como características do inquérito a autoritariedade, ou seja, somente uma autoridade pública é que pode presidir a investigação.

O inquérito policial ainda ostenta como característica a dispensabilidade, que significa dizer que o inquérito não é requisito objetivo de procedibilidade; a indisponibilidade, de modo que a autoridade policial por força do art. 17 do Código de Processo Penal não pode mandar arquivar o inquérito policial.²¹

Outra característica marcante do inquérito policial é a inquisitorialidade, ou seja, não se tem respeito ao princípio do contraditório. Essa característica é o fator de discriminem entre o inquérito e Ação Penal em decorrência dos antagonismos presentes em ambos.²²

O antagonismo é justamente a obrigatoriedade do contraditório na Ação Penal e sua inobservância no inquérito policial, tanto é assim, que as nulidades que porventura tenham ocorrido na fase do inquérito em nada contaminarão a ação penal que será proposta.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2005.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.71.

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.71.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.71.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.71.

Por ser de natureza inquisitiva, não há oposição de suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito (art. 107 do CPP)²³. Outra consequência é que, a autoridade policial pode, a seu critério, indeferir os pedidos de diligências feitos pelo ofendido ou pelo indiciado (art. 14 do CPP).

Há a possibilidade de decretação de sigilo dos atos do inquérito policial. A publicidade da linha investigativa da polícia, dos fatos a serem investigados, dos elementos de convicção já colhidos etc. tem a possibilidade de causar prejuízo ao resultado final do inquérito. Nessa esteira, o art. 20 do CPP determina: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Não é demais registrar que, em decorrência da presunção de não culpabilidade e de inocência, o simples fato de uma pessoa ter instaurado contra si um inquérito não pode ser mencionado pela autoridade policial quando da emissão de certidão de antecedentes. Todavia, se o requerente da certidão possuir condenação penal anterior, poderá ser mencionado em seu atestado de antecedentes a instauração de inquérito. Essa regra consta literalmente do parágrafo único do art. 20 do CPP²⁴, como abaixo se lêem:

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.900, de 14.4.1981).

Consigne-se que o sigilo do inquérito policial não pode ser dirigido ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária, sequer aos advogados, pois eles podem consultar os autos do inquérito. Entretanto, a realização de atos procedimentais não poderá ser acompanhada pelo advogado se, por decisão judicial, for decretado sigilo em determinada investigação, ou seja, se determinado ato sigiloso for praticado e o acompanhamento do advogado resultar em prejuízo o acesso será vedado por

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.71/72..

²⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689. *Código de Processo Penal*. Art. 20, CPP

ordem judicial devidamente fundamenta. Das alusões feitas por Fernando Capez, conclui-se que o sigilo do inquérito policial é relativo e nunca absoluto.²⁵

Sobre o sigilo no inquérito policial Tourinho Filho²⁶ nos esclarece:

(...) Não se concebe investigação sem sigilação. Sem o sigilo, muitas e muitas vezes o indiciado procuraria criar obstáculos às investigações, escondendo produtos ou instrumentos do crime, afugentando testemunhas e, até, fugindo à ação policial. Embora não se trate de regra absoluta, como se entrevê da leitura do art. 20 deve a Autoridade Policial empreender as investigações sem alarde, em absoluto sigilo, para evitar que a divulgação do fato criminoso possa levar desassossego à comunidade. E assim deve proceder para que a investigação não seja prejudicada. Outras vezes o sigilo é mantido visando amparar e resguardar a sociedade vale dizer, a paz social.

Consta, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, registra-se sua ofensa sempre que o investigado seja submetido ao processo, malgrado elementos de prova veemente apurados em inquérito policial de ausência de crime em decorrência de causas excludentes de tipicidade, de ilicitude ou de culpabilidade.

A não instauração de apuratório pela autoridade policial ou o não oferecimento de denúncia pelo *parquet*, nesses casos, não viola o princípio da indisponibilidade do *jus persecuendi*, uma vez que, ante a ausência de justa causa, esse mister estatal deve sucumbir ao princípio da dignidade da pessoa humana e não há fase processual ou pré-processual para o reconhecimento dessa condição ao acusado ou investigado²⁷.

Deste modo, a autoridade policial tem o dever de apontar essa constatação em seu relatório final, assim se com a notícia exordial, vier a notícia inquestionável de uma dessas excludentes a autoridade judiciária não irá proceder à instauração de apuratório.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81.

²⁶ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 005, vol. I, p. 80.

²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81.

A atribuição de caráter unidirecional ao inquérito policial, por parte da doutrina visa a destiná-lo, com exclusividade, ao Ministério Público, como instrumento de uma acusação. No entanto, com fundamento na dignidade da pessoa humana, o caderno apuratório há de servir às partes como um todo, não só à parte acusadora, mas também às pessoas que possam ser atingidas pelos efeitos jurídicos produzidos pela investigação²⁸.

Nesse sentido, declinando a utilidade do material coligido também ao investigado e não só ao *dominus lite*, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de o investigado ter acesso aos autos de inquérito policial, mesmo em segredo de justiça, ao publicar, em 09 de fevereiro de 2009, a Súmula Vinculante n° 14²⁹ que prescreve que:

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.

Essas são as características do procedimento investigativo extrajudicial. A partir delas iniciará o estudo sobre o inquérito e seu valor probante, até chegarmos a aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório da na fase inquisitiva, questão nuclear deste trabalho monográfico.

1.3. Do valor probante dos elementos colhidos no inquérito policial

O Código de Processo Penal³⁰ diz que a denúncia ou queixa serão instruídas com o inquérito policial sempre que este servir de base para o oferecimento daquelas. Da dicção legal, verifica-se que o inquérito não é o único elemento que forma a ação penal.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 81/82.

²⁹ BRASIL. *Súmula Vinculante n° 14, de 09 de fevereiro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 de abril de 2009.

³⁰ BRASIL. Decreto-lei n° 3.689. *Código de Processo Penal*. Art. 12, CPP

Assim, existe uma grave contradição na valoração da relação inquérito /processo. Quando se quer justificar o valor probatório das diligências policiais, argumenta-se que, a teor do art. 12 do CPP, o IP acompanha a denúncia ou queixa e com isso passa a formar parte do processo e dos elementos sobre os quais o juiz pode formar seu convencimento. Por outro lado, quando existem nulidades do IP, alega-se que elas são irrelevantes, pois “o inquérito não é parte constitutiva do processo”.³¹

Dentro deste panorama, que é a nossa realidade, se os juízes entendem que as peças do IP podem ser valoradas na sentença (ainda que sob a fórmula de “cotejada com a prova judicializada”), estão com isso, logicamente, reconhecendo que o IP é parte integrante do processo. Logo se integra o processo, é para todos os efeitos, inclusive para contaminar as provas processuais que de alguma forma derivem ou tenham por base os elementos do inquérito³².

O que não pode existir são dois pesos e duas medidas, como querem alguns, afirmando que as irregularidades formais do IP são irrelevantes, pois não alcançam o processo, e, por outro lado, defendendo que as diligências policiais podem ser valoradas na sentença, pois os atos³³ do IP integram o processo e existe uma “presunção de veracidade” das diligências policiais.

Desse modo, não são as provas produzidas no curso do inquérito que irão embasar a condenação, mas, o conjunto de elementos que se encontram nos autos, sobretudo, aqueles produzidos e confirmados na fase judicial, na qual por imposição legal há observância da ampla defesa e do contraditório. É a instrução judicial sem dúvida alguma que garante higidez aos elementos de convicção permitindo que sejam aquilatados como provas.³⁴

³¹ FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 187

³² JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: lumes júris, 2006, p.213.

³³ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: lumes júris, 2006, p.213/214

³⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91.

Os elementos colhidos no inquérito policial são frágeis porque não estão amparados pela prerrogativa constitucional do contraditório e da ampla defesa. O cidadão nessa fase tem limitada sua esfera de exercício dos direitos garantidos pela constituição, daí haver a necessidade destes elementos serem novamente produzidos perante a autoridade judicial.

Os elementos contidos no inquérito policial não vinculam o julgador, os atos que podem ser repetidos na fase judicial, devem sê-lo em razão da necessidade do contraditório, entretanto, existem elementos que não podem ser repetidos e devem ser valorados, exemplo disso são as perícias que só se mostram exeqüíveis em determinado momento e em razão dessa temporalidade não protraem no tempo e não podem ser repetidas, podem, no entanto, as partes formularem quesitos suplementares para o conhecimento das circunstâncias do crime. Insta trazer ensinamento de Dinamarco³⁵ sobre a perícia, vejamos:

Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. Daí chamar-se perícia, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados. Tal é uma prova real, porque incide sobre fontes passivas, as quais figuram como mero objeto de exame sem participar das atividades de extração de informes.

Assim, é correto afirmar que se tratando de exame pericial realizado durante as investigações do inquérito policial verifica-se o contraditório diferido, ou seja, postergado, retardado. Essa característica é encontrada nas chamadas provas cautelares, como é o caso da perícia cautelar, por serem produzidas com tendência a preservar o estado das coisas, ou melhor, o relato do *status quo ante*. Contudo, mesmo as provas irrepitíveis, devem guardar consonância com os demais elementos produzidos no inquérito policial. Desume-se, então, que a prova pericial não goza de presunção absoluta³⁶.

³⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.82.

³⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.82.

Antonio Scarance Fernandes³⁷ justifica o contraditório diferindo da seguinte maneira:

(...) o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase de inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita.

Nesta fase há a colheita de elementos fáticos que poderão receber força probante a partir de sua submissão ao contraditório.

Como visto acima todos os elementos colhidos durante o inquérito policial devem passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, com exceção, das perícias irrepetíveis, contudo, estes elementos periciais deverão, ainda, ser submetidos ao que se chama de contraditório diferido. As partes poderão formular quesitos complementares³⁸.

Nesse particular, o juiz analisa todo o contexto probatório e a qualidade técnica do elemento de convicção, para conhecer-lhe ou não como prova. Nesses elementos se concentram os requisitos da objetividade e segurança, por isso, não devem ser desprezados de plano.³⁹

É bem verdade que não se admite condenação calcada exclusivamente nos elementos trazidos pelo inquérito policial, seja em razão de sua instrução ser provisória e instrumental, seja pela inobservância do contraditório e da ampla defesa. Nessa esteira, traz-se à colação o seguinte precedente⁴⁰:

I Hipótese em que esta Corte anulou a sentença condenatória por entender que o Magistrado singular fundamentou a autoria e a materialidade delitiva nos depoimentos da esposa da vítima e de outras pessoas da

³⁷ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 47.

³⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.82/83.

³⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.83.

⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: PEHC - pedido de extensão no *habeas corpus* 58129 Processo: 200600885999 UF: RJ Órgão Julgador: Quinta Turma .Relator: Min. Gilson Dipp. DJ Data: 05/02/2007, Página: 276.

comunidade local colhidos em sede policial, os quais não foram renovados durante a instrução criminal. II. Sentença condenatória e acórdão confirmatório da condenação anulados por terem se baseado, exclusivamente, nas provas colhidas somente durante o inquérito, as quais não se submeteram ao crivo do contraditório, sendo impróprias para, por si só, justificar a condenação do réus.

Não é raro ver um acusado absolvido pela ausência de provas, mesmo tendo sido ouvido na delegacia da fase do inquérito, como dito acima, no inquérito não há observância dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Assim, se as provas produzidas no inquérito não forem submetidas ao contraditório na fase judicial, não poderão ser valoradas pelo juiz para condenar. Em outras palavras, a prova produzida na fase extrajudicial deverá ser confirmada perante o juiz.

Nesse sentido, entende-se que o procedimento inquisitorial é meio instrumental sem poder de vinculação e de carga valorativa reduzida em relação aos depoimentos colhidos nessa fase, assim, seu valor probante é mínimo, eis que necessita de ratificação na fase judicial.

É o exercício do contraditório que empresta aos documentos e aos depoimentos a qualidade de prova, é a possibilidade de contraditar, de contra-argumentar que exerce a função de balanceamento entre os elementos que compõe o acervo probatório.

1.4 Crise no nascimento do inquérito policial

A insatisfação com o inquérito policial não é nova. Como dá notícia Espínola Filho⁴¹:

(...) já em 1924 o presidente da Comissão redatora do anteprojeto que se converteu no Código de Processo Penal para o Distrito Federal, Candido Mendes, informava da preocupação com a fase preliminar e a necessidade de restringir as funções da polícia aos seus verdadeiros fins: a

⁴¹ FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 224 /225

vigilância, a prevenção, a manutenção da ordem e auxílio à justiça. Este auxílio, porém, deve começar pelo aviso imediato às autoridades judiciárias sempre que houver notícia de alguma infração penal (...).

Inclusive, naquela época, preponderava a opinião favorável a reduzir ao mínimo a atuação da polícia, acentuando-se bem expressamente a intenção de estimular o Ministério Público a intervir, desde os primeiros momentos, na marcha das pesquisas policiais, atendendo-se a que devem os atos da polícia, sem efeito judiciário, servir apenas o esclarecimento do representante da justiça pública.⁴²

Dizia-se que a solução ao final adotada, que nem sequer aceitou a orientação do projeto da Comissão, procurou um meio termo que, sem resolver de todo o problema, diminuísse os deletérios inquéritos policiais tardos e inadequados, como o seu misto de atos definitivos e transitórios, alguns com efeitos judiciários absolutos, como os autos de prisão em flagrante e de exame de corpo de delito e prestação de fiança, entre outros como as declarações de informantes, sem nenhum efeito probatório judiciário, mas influenciando na convicção de juízes e tribunais. Frise-se que, passados mais de 70 anos, essa crítica é perfeitamente aplicável ao sistema atual.⁴³

Em 1936, o anteprojeto organizado pela comissão composta por Bento Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira suprimia o inquérito policial e instituía o sistema de instrução preliminar judicial (juiz instrutor). No relatório apresentado, Bulhões Pedreira afirmava que o juiz de instrução não é uma ideia nova entre nós. Representa, ao invés, antiga aspiração de quantos, sem opiniões preconcebidas, testemunham a completa falência do sistema atual, que, na duplicidade da formação da prova, investe a polícia, como o inquérito, da função apuradora da verdade (...) que desserve à economia processual, enfraquece a ação repressiva e não obedece a nenhum critério político – nem individual nem social: perde a defesa coletiva e não lucram as garantias individuais.⁴⁴

⁴² FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 225

⁴³ FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 225

⁴⁴ FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 225/226

Segundo o Ministro, o preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis.⁴⁵

Atualmente, ponderando as vantagens e os inconvenientes dos dois sistemas (judicial e policial), conclui-se que naquele momento histórico a decisão foi acertada. Não há dúvida de que o Brasil não comportaria um sistema de instrução judicial e, a longo prazo, os problemas gerados pela figura do juiz instrutor seriam, provavelmente, muito mais graves que os atualmente imputados ao inquérito policial.⁴⁶

Ademais, tendo em vista a tradição brasileira de considerar o juiz prevenido como o mais indicado para julgar, quando deveria ser todo o contrário, dificilmente seguiríamos uma característica básica do sistema acusatório: a radical separação das funções de instruir e julgar. Com isso, teríamos hoje um sistema francamente inquisitório.⁴⁷

Em definitivo, o sistema de investigação preliminar judicial encerra graves problemas (como apontado anteriormente) e está tão superado quanto o inquérito policial. Por isso, o modelo de juiz instrutor (ou a polícia) não era (em 1941) e continua não sendo uma boa opção para o Brasil.

Após uma breve explanação sobre investigação preliminar e inquérito policial, abordará se em seguida o tópico sobre princípios do processo penal, onde se verificará que na fase da investigação preliminar se obedece alguns princípios constitucionais e desse modo constará se que na fase pré-processual é possível a aplicação da ampla defesa e do contraditório

⁴⁵ FILHO. Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 226

⁴⁶ FILHO. Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 226

⁴⁷ FILHO. Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio, p. 226

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Para a boa aplicação do Direito, em geral, e para a efetivação da norma no processo, em especial, o intérprete não pode prescindir de uma visão principiológica, fundada, primordialmente, na constituição. Evidentemente, como norma fundamental do arcabouço jurídico, a Constituição deve ser o ponto de partida do exegeta, seja nas lides civis, seja nas demandas penais.⁴⁸

Assim, este ensaio tem em mira, salientar que o Processo Penal é regido por uma série de princípios, cujo estudo aprofundado e exata compreensão é de suma importância para a boa aplicação do Direito. Os princípios podem ser classificados como espécies do gênero normas jurídicas, juntamente com as regras.⁴⁹

Para o doutrinador Marco Antônio de Barros: “o princípio é o dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade.”⁵⁰

No Processo Penal Brasileiro, os princípios representam os postulados fundamentais da política processual penal do Estado e, como refletem as características de determinado momento histórico, sofrem oscilações de acordo com as alterações do regime político. Como se vive sob a égide de um regime democrático, os princípios que regem o Processo Penal devem estar em consonância com a liberdade individual, valor tido como absoluto pela Constituição federal de 1988.

Os inúmeros princípios que norteiam o Processo Penal brasileiro encontram-se determinados tanto pela Constituição federal quanto

⁴⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias individuais no Processo Penal*. São Paulo:RT, 2005, p.57

⁴⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias individuais no Processo Penal*. São Paulo:RT, 2005, p.57

⁵⁰ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25

pelo Código de Processo Penal, sendo que se pode destacar: o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, da inocência e não-culpabilidade, do favor rei, da iniciativa das partes, da imparcialidade do Juiz, da verdade real entre outros.⁵¹

Seguem abaixo alguns desses princípios, pois os referidos são os mais importantes para o entendimento do presente trabalho.

2.1. Princípio do Devido Processo Legal

O processo constitui o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa. Daí serem examinadas primeiramente as normas constitucionais sobre o instituto do processo, onde devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu), não devendo nenhuma das partes se sobressair sobre a outra⁵².

A garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o art. 39 da Magna carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra. Falava-se inicialmente em *law of the land*, tendo em vista que aquele texto trazia a garantia de que a aplicação da sanção somente se daria pelos pares daquele que cometeu o ato danoso⁵³.

Segundo Antonio Scarance Fernandes⁵⁴:

Predominou inicialmente uma visão individualista do devido processo legal, destinado a resguardar direitos públicos subjetivos das partes (...), perdeu força ante a preponderância de uma ótica publicista, segundo a qual as regras de devido

⁵¹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25

⁵² FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 35.

⁵³ MOURA, Humberto Fernandes de. *Princípios Constitucionais do Processo Penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 49.

⁵⁴ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 47.

processo legal são garantias, não direitos, das partes e do justo processo (...)

Assim, conforme o introduzido acima, Humberto Fernandes⁵⁵ conclui que:

(...) um processo onde não se resguarda a ampla defesa, o contraditório, a igualdade ou a paridade de armas, estar-se-ia ofendendo o princípio do devido processo legal. Dessa forma, conclui-se que o devido processo legal é a garantia processual maior, de onde surgem os demais princípios.

Atualmente, a doutrina entende que a garantia não se circunscreve ao âmbito estritamente processual, assumindo também uma feição substancial. Assim, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam injustas⁵⁶.

Esse princípio é importante para o entendimento deste trabalho, pois garante a defesa que o indiciado irar ter seus direitos garantidos na fase processual, o qual contém diversos atos elaborados na fase do inquérito policial.

2.2. Princípio da Inadmissibilidade de Provas Obtidas por Meios ilícitos

A CF/88 inovou ao vedar expressamente a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, consoante o disposto no inc. LVI de seu art. 5º, tal garantia inviabiliza aquela prova que viola garantias individuais de natureza constitucional ou legal.

Essa vedação decorre da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve se sobrepor à atuação estatal, limitando a persecução penal.

⁵⁵ MOURA, Humberto Fernandes de. *Princípios Constitucionais do Processo Penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 50.

⁵⁶ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 47/48.

Conquanto a Magna Carta refira-se à prova ilícita, deve-se entender que a proibição abrange as provas ilegais como um todo, incluindo as provas ilegítimas. Pode-se dizer que a prova ilegal é o gênero do qual as provas ilícitas e as ilegítimas são espécie: essas são produzidas com violação a normas de direito processual, enquanto aquelas são produzidas com violação a normas de direito material. As provas podem ser ainda ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo, quando contrariem tanto normas de natureza processual, quando normas de natureza material⁵⁷.

Este princípio garante ao acusado, ou indiciado, que o mesmo não será julgado ou condenado baseado em provas ilícitas, tema importante para a referida monografia, pois este assunto (provas) irá ser abordado posteriormente no presente trabalho.

2.3 Princípio da Inocência ou da Não Culpabilidade

Erigido à categoria de dogma constitucional, o princípio da inocência, também denominado princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, já acolhido por diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, encontra-se previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88⁵⁸ que diz que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Consoante o aludido princípio, existe uma presunção do acusado da prática de uma infração penal até que haja uma sentença condenatória irrecorrível que o declare culpado, ou seja, é assegurado a todo e

⁵⁷ ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>> acesso em 22/03/2009.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005

qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que só pode ser afastado se houver plena do cometimento de um delito.⁵⁹

Nos termos dos ensinamentos trazidos pelo jurista Antônio Magalhães Gomes Filho⁶⁰:

O princípio não se limita a uma garantia política do estado de inocência dos cidadãos, devendo, também, ser analisado sob o enfoque técnico jurídico, como regra de julgamento a ser adotada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo, quando a presunção de inocência confunde-se com o princípio do *in dubio pro reo*. Ademais, a mencionada norma de orientar o tratamento do acusado ao longo de todo o processo, impedindo que ele seja equiparado ao culpado.

2.4 A Garantia do Contraditório

O princípio do contraditório está previsto na CF art. 5º, LV⁶¹: “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”. Ele exige que o processo penal e, também os procedimentos pré processuais, se desenvolvam de forma a permitir que as partes possam livremente deduzir suas alegações, apresentar as provas que dispuserem e criticar as atividades exercidas pelos outros atores nele envolvidos (juiz e partes).

O conceito de contraditório liga-se ao princípio da paridade de armas, garantindo-se que as partes estejam municiadas de forças similares, vale dizer, que tenham prerrogativas semelhantes para atuar no processo e que possam efetivá-las mediante meios idôneos.

⁵⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias individuais no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p.60

⁶⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Comentário ao Princípio da não culpabilidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>> acesso em 18/04/2009.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2005.

São elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Joaquim Canuto Mendes de Almeida⁶² define o contraditório como: “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno efetivo, pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da acusação, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.⁶³

Enquanto no processo penal, em virtude da necessidade de ser pleno e efetivo, o contraditório deve ser atendido durante todo desenvolvimento da causa, mesmo quando haja revelia, em relação ao processo civil não sucede o mesmo.

Frederico Marques⁶⁴ justifica essa solução no processo civil:

A revelia parece dar origem a um processo sem efetivo contrário. Mas, como salienta Emilio Betti, essa falta de real contraditório não está em conflito com os fins do processo, para aplicar a lei, através de decisão justa. Esse objetivo pode ser alcançado sem a cooperação de ambas as partes. Se o réu não quis se defender, não se pode compeli-lo a isto, pois a eficácia de sua atuação contraditória é disciplinada em função de seu interesse e de sua liberdade. Além disso, deu-se-lhe oportunidade para defender-se amplamente: se ele não quis usar, impossível será compeli-lo a vir integrar o processo.

A diversidade de exigência para a observância do contraditório expressa formas diferentes de reflexo do direito material sobre o direito processual, pois quanto mais indisponível o direito em jogos maiores

⁶² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: RT, 1973, p.81.

⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.64.

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.98.

devem ser as preocupações garantistas e, entre elas, a de que o contraditório seja efetivo e pleno essa correlação do direito processual como o direito material manifesta-se pelo caráter instrumental do primeiro.⁶⁵

Em síntese, há diversidade no contraditório do processo penal e do processo civil e trabalhista em virtude dos direitos em jogo e, como no processo penal estão em jogo os direitos de punir e de liberdade, marcadamente indisponíveis, há o juiz de assegurar um contraditório pleno e efetivo, com equilíbrio entre acusação e defesa.

2.4.1. O contraditório na Constituição Federal

O contraditório integrou-se na Constituição brasileira a partir de 1937 (art.122, n.11, segunda parte). Foi mantido nas Constituições posteriores (1946, art.141, § 25; 1967, art. 140, § 16, renumerado na Emenda de 1969 para art. 153, § 16). E, atualmente, está consagrado no art. 5º, LV⁶⁶, o qual declara: “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”.

Só se exigia a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigatória. Inicialmente, ao mencionar o contraditório, o mesmo só observado em processo judicial ou administrativo, não estando aí abrangido o inquérito policial, o qual constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Entendia-se que o inquérito sequer era um procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer uma sequência predeterminada pela

⁶⁵ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.66

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2005.

lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.⁶⁷

Adotando tal entendimento, decidiu o Supremo Tribunal Federal⁶⁸, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR - ILICITUDE DA PROVA - INOCORRÊNCIA - NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL - DISCIPLINA DA PROVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/88 - INVIABILIDADE - INOCORRÊNCIA DE LESÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5, XL, LVI E LXIII E ART. 133) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios - precipuamente destinados ao órgão da acusação pública - habilita-lo-ão a instaurar a *persecutio criminis in judicio*. - A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito. - A investigação policial - que tem no inquérito o instrumento de sua concretização - não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do ministério público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. - A regra constitucional superveniente - tal como a inscrita no art. 5, LXIII, e no art. 133 da carta política - não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos de uma nova constituição aplicam-se imediatamente, com eficácia *ex nunc*, ressalvadas as situações excepcionais, expressamente definidas no texto da lei fundamental. O

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.101.

⁶⁸ RECr n° 136239/SP, 1° Turma, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJU, Seção I, de 14.08.92, p. 68, RTJ 143/306

princípio da imediata incidência das regras jurídico-constitucionais somente pode ser excepcionado, inclusive para efeito de sua aplicação retroativa, quando expressamente o dispuser a Carta Política, pois 'as constituições não têm de ordinário, retroeficácia; para as constituições, o passado só importa naquilo que elas apontam ou mencionam. Fora daí, não' (PONTES DE MIRANDA). - A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei Fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso. - Nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita.

Existe, entretanto, entendimento contrário. Assim, Rogério Lauria Tucci⁶⁹ sustenta a necessidade de uma contrariedade efetiva e real em todo o desenrolar da persecução penal, na investigação inclusive, para maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

A unilateralidade do inquérito policial não autoriza a polícia a desrespeitar as garantias jurídicas do indiciado. Assim, os advogados têm o direito de acesso aos autos de investigação, ainda que sigilosa, para que possam ter conhecimento das acusações e defender seu cliente.

Por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou Súmula Vinculante que garante a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo⁷⁰.

⁶⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p.57

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 14 - Sessão Plenária de 02/02/2009. disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/> acesso em 22/09/2009.

O texto a 14ª Súmula Vinculante⁷¹ diz o seguinte:

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.

Afirmou o Ministro Celso de Mello⁷² que: “A Súmula Vinculante, com o conteúdo proposto, qualifica-se como um eficaz instrumento de preservação de direitos fundamentais.”

O advogado, acima de tudo, deve ser diligente, desde a fase do inquérito, notadamente naqueles atos irrepetíveis, que deveriam ser (mas não são) informados pelo contraditório efetivo. E nas atividades procedimentais rotineiras, como arrolamento de testemunhas, formulação de reperguntas, elaboração de alegações, e análise da prova produzida. Se assim não ocorrer, deve-se anular o processo, por deficiência de defesa.

Afinal, a exigência de defesa técnica se justifica para garantir a paridade de armas, pois, de um lado, tem-se, em regra, o Ministério Público composto de membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a Polícia Judiciária, especializada na investigação criminal, deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitada, ou seja, por advogado.

Há, sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada aos resguardado dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligência, o

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 14 - Sessão Plenária de 02/02/2009. disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/> acesso em 22/09/2009.

⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 14 - Sessão Plenária de 02/02/2009. disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/> acesso em 22/09/2009.

pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de *habeas corpus*⁷³.

Importante norma para assegurar a atuação da defesa na fase pré-processual foi inserida no CPP pela lei 11.449/2007: em caso de o preso não indicar defensor, deve ser encaminhada cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, conforme redação dada ao art. 306, § 1º, parte final.

Antes, discutia-se se o contraditório estava assegurado apenas no processo penal, mas agora não mais subsiste dúvida de que, em face da nova redação, aplica-se a qualquer processo, judicial ou administrativo.

Na nova redação, não se restringe mais o contraditório à atividade instrutória, como constava da Constituição anterior. Aliás, mesmo antes, a doutrina compreendia na exigência do contraditório as alegações das partes, afirmando que a atividade instrutória abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova ou que instruir equivale a preparar.⁷⁴

Observa-se pelo acima disposto, que o indiciado na fase do inquérito policial tem algumas garantias inerentes ao processo, podendo assim facilitar sua defesa e evitar posteriormente um processo. Para se entender melhor como o contraditório na fase da investigação ajudaria o indiciado e desafogaria o judiciário, iniciara-se agora o estudo da ampla defesa, outro princípio importante para o indiciado.

⁷³ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.70.

⁷⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.67.

2.5. A ampla defesa

O direito da defesa, bem como o contraditório, vem expressamente garantido na Constituição⁷⁵ pelo inc. LV do art. 5º, o qual assegura 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”.

Numa perspectiva de direito público, a defesa é mais que um direito, constitui “uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro”. É certo que pode, numa ótica subjetiva, ser vista como direito do acusado, “mas no processo moderno adquire relevância o perfil objetivo da defesa, como ofício essencialmente social: defesa, portanto, como condição de regularidade de procedimento, na ótica do interesse público à atuação do contraditório, defesa, em últimas análise, legitimante da própria jurisdição”.⁷⁶

Ademais, consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável”. Coloca a defesa no centro do processo penal, afirmando que, para “o desenvolvimento estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ele inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar”⁷⁷.

Por isso mesmo, define o contraditório “como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, ser pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; a acompanhar a

⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2005.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, p.18.

⁷⁷ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.290.

produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando inconformado”.⁷⁸

Consta, também, que a ampla defesa na Constituição abrange “três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditius damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade)”.⁷⁹

Tem havido duas posições essenciais na doutrina a respeito do relacionamento entre as garantias da defesa e do contraditório: 1) o direito de defesa deriva da garantia do contraditório; e 2) da garantia da defesa decorre o contraditório.

Pela primeira orientação, como o contraditório é informação e reação, seria por meio dele que o acusado teria a necessária ciência da acusação, podendo assim preparar a sua defesa.⁸⁰

Mas, sob outro enfoque, em face do paralelismo inevitável entre ação e defesa, vistas como garantias que se manifestam durante todo o desenrolar da acusação, o contraditório nada mais é do que uma emanção daquela defesa. Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um dos seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.⁸¹

Não de vislumbra, contudo, entre a defesa e o contraditório relação de primazia ou de derivação. Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e

⁷⁸ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.290.

⁷⁹ FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.290.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, p.259.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, p.259.

para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.⁸²

Por isso tudo, é evidente a ligação em qualquer ramo do direito processual entre a defesa e o contraditório e claro o paralelismo que se forma entre a ação e a defesa. O mesmo sucede no processo penal, ainda mais porque, neste, o contraditório deve ser pleno, efetivo, de modo que se assegure equilíbrio de forças entre acusação e defesa.⁸³

É tão importante essa equivalência de forças que, na Itália, a Corte Constitucional declarou estar o equilíbrio do contraditório assentado na paridade entre acusação e defesa, sendo necessário que à específica capacidade profissional do Ministério Público se contraponha semelhante qualificação que assista ao imputado.⁸⁴

Assim, é necessário que o juiz, para uma contradição efetiva, verifique se o acusado teve reais condições de se opor ao Ministério Público, podendo, até mesmo, declara o acusado indefeso, proporcionando-lhe condições para ser melhor defendido.⁸⁵

Nos últimos anos tem sido possível notar larga influência do preceito constitucional da ampla defesa no processo penal.

Assim, passou a jurisprudência a entender necessária a intimação pessoal dos advogados para os fins dos art. 402 e ss do Código de Processo Penal. Considerou-se que, para a garantia da ampla defesa, o profissional constituído pelo réu deve ser sempre intimado para a realização de todos os atos processuais. Não tem sentido impor à defesa que monte verdadeiro plantão no cartório no aguardo da devolução dos autos pelo

⁸² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.291.

⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.291.

⁸⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.291.

⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.291.

Ministério Público, para então requerer as diligências do art. 402 ou oferecimento das alegações do art. 403.⁸⁶

Outra repercussão do princípio da ampla defesa no processo penal, de muita relevância no sistema, constitui na exigência de intimação do acusado e de seu defensor para que ocorresse o trânsito em julgado da sentença condenatória.⁸⁷

Houve outra importante evolução do sistema no sentido de se garantir melhor o exercício da defesa. Apesar de afirmado o sigilo das investigações no art. 20 do CPP, percebeu-se que, em face do princípio da ampla defesa, esse sigilo não podia ser oposto ao advogado do suspeito, vedando-se o seu acesso aos autos do inquérito policial. A defesa pode atuar na fase do inquérito policial, e, desta forma, não teria sentido que a sua atuação ficasse prejudicada pela impossibilidade de compulsar os autos. Em virtude disso, os Estatutos da ordem dos Advogados do Brasil vêm garantindo ao advogado o direito de acesso às repartições policiais e o direito de consultar os autos do inquérito. O atual Estatuto prevê, no art. 7º, XIV, o direito de o advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.”⁸⁸

2.6. Contraditório e ampla defesa no inquérito policial

Com a imputação e, principalmente, com o contraditório, que da comunicação da existência e do conteúdo da imputação, nasce para o sujeito passivo à possibilidade de resistir à pretensão investigatória e estatal, atuando no procedimento na busca de provas de descargo ou, ao menos, que

⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.292.

⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.292.

⁸⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.292/293

possam atenuar a pena que eventualmente venha a ser imposta ao final do processo.

O ponto crucial nesta questão é o art. 5º, LV, da CF, que não pode ser objeto de leitura restritiva. Como indagado anteriormente, a postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tão pouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar⁸⁹.

Como decorrência da interpretação do já mencionado artigo da Constituição, o contraditório somente seria exigido na fase processual, ou seja, no inquérito policial não haveria que se falar em contraditório, pois o inquérito nem ao menos poderia ser encarado como processo administrativo, uma vez que seria mera coleta de dados.

Segue abaixo um acórdão do Supremo Tribunal Federal⁹⁰ sobre o assunto:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ARTS. 144, § 4º, E 129, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. INQUÉRITO POLICIAL. VÍCIOS. AÇÃO PENAL. NÃO CONTAMINAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I - A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em regra, configura ofensa reflexa ao texto constitucional. II - Os vícios eventualmente existentes no inquérito policial não contaminam a ação penal, que tem instrução probatória própria. III - Agravo regimental improvido.

Existem, no entanto, entendimentos contrários exigindo o contraditório no inquérito, Rogério Lauria Tucci⁹¹ sustenta a necessidade de

⁸⁹ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p.325.

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 687893 AgR de 26/08/2008. disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp/> acesso em 14/09/2009

⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

uma contrariedade efetiva e real em todo o desenrola da persecução penal, na investigação inclusive, para maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa. Acrescentado o pensamento acima, Antonio Scarance Fernandes⁹² afirma que:

Há, sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de *habeas corpus* (...).

Questão importante diz respeito à perícia, pois a não apresentação de quesitos pela defesa, antes da leitura do laudo, pode prejudicar o réu. É bem verdade que as providências podem ser requeridas ao delegado que a seu juízo poderá deferi-las ou não. Mas mesmo que requeridas e indeferidas, nesses casos, há o que se chama de contraditório diferido, pois no processo, até a fase da defesa prévia, sob o risco de preclusão a depender da hipótese, será possível às partes efetuar pedido de perícia suplementar com a apresentação de novos quesitos pelo acusado. Isso porque a Constituição assegura o contraditório, mas em nenhum momento disse que ele seria prévio ao ato⁹³.

É importante destacar, que quando se fala em “contraditório” na fase pré-processual esta se fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isto porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo, não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito à informação – importante parte do contraditório – adquire relevância na medida em que será através de lê que será exercida a defesa. Desse modo, entende Aury Lopes Junior⁹⁴ que:

⁹² FERNADES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 70.

⁹³ MOURA, Humberto Fernandes de. *Princípios Constitucionais do Processo Penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 117.

⁹⁴ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: lumes júris, 2006, p.326.

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantista. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

O direito de defesa não é um direito autônomo, mas sim um direito-réplica que nasce de uma agressão que representa para o sujeito passivo a imputação⁹⁵.

No Brasil, a ampla defesa está consagrada no art. 5º, LV, da Constituição e também no CPP, que dedica o Capítulo III, do título VIII, do Livro I, ademais de diversos dispositivos ao longo de todo o código. É interessante destacar que a Constituição utiliza o adjetivo ampla defesa, enfatizando o alcance da proteção, de modo que deve ser exercida com todos os meios e recursos a ela inerentes.

O direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CCF ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. Ora, qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência⁹⁶.

Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizado pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato -, devem ser feitos, a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao

⁹⁵ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p.326.

⁹⁶ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p.327.

seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual⁹⁷.

Nunca é demais recordar que o texto constitucional é extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Não satisfeito, o legislador constituinte⁹⁸ ainda incluiu, para evitar dúvidas: “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.” Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusado em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação.

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Inobstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do processo penal.

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimento teóricos de direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. A defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em direito, que têm com profissão o exercício desta função técnico-jurídico de defesa das partes que atuam no processo penal⁹⁹.

A justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, o qual não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir a pretensão estatal, em igualdade de condições

⁹⁷ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p.3327/328.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado federal, 2005.

⁹⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2008. p.78

técnicas com o acusador. Assim, esse desconhecimento técnico leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal.

Por esses motivos a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive em fortalece a própria imparcialidade do juiz, tanto nos sistemas de instrução preliminar judicial como nos demais, na medida em cabe ao juiz decidir sobre as medidas que limitem direitos fundamentais¹⁰⁰.

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada. Ainda que o direito de defesa tenha expressamente previsão constitucional, como expliquei anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP¹⁰¹.

O disposto neste capítulo é importante para o entendimento do trabalho, pois se verifica que alguns princípios constitucionais, antes exigidos apenas na fase processual, hoje já se encontra devidamente agregado na fase inquisitiva, onde o indiciado não precisa passar pelo crivo do processo para fazer jus a sua ampla defesa.

Uma prova do disposto acima será demonstrado no próximo capítulo, onde o legislador alterou alguns artigos do CPP ficando assim mais evidente essa mudança em prol do indiciado.

¹⁰⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2008. p.78

¹⁰¹ JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p.328/329.

3. LEI 11.690/08 – Alterações dos art. 155 e 156 do CPP e suas consequências para as provas obtidas no inquérito policial

A Carta de 1988, ao redemocratizar o país, trouxe novas diretrizes no relacionamento do Estado para com o cidadão, diretrizes essas que não de repercutir nas mais diversas esferas dessa relação, inclusive e, talvez principalmente, na relação processual, em especial de natureza penal¹⁰².

Costuma-se dizer que o processo penal é o "sismógrafo" da Constituição, sendo natural que, em períodos de exceção, pautados pelo autoritarismo típico das ditaduras, a preocupação com a efetividade a qualquer preço sacrifique as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, ao passo em que, em períodos de normalidade democrática, esses valores tendam a requerer certa primazia, ainda que, com isto, se possa sacrificar a aparente utilidade de um processo rápido e eficaz¹⁰³.

O maior desafio do processualista dos dias atuais consiste em, exatamente, fazer a ponderação entre as garantias fundamentais inerentes a um processo penal democrático e a efetividade deste processo, não perdendo de vista que esta também é uma garantia fundamental, como componente do direito de acesso à Justiça e que, uma vez completamente sacrificada, pode conduzir a uma impunidade que, em última análise e a longo prazo, tende a comprometer a própria manutenção do regime democrático que se pretende preservar¹⁰⁴.

Obnubilados pela messiânica tarefa de tornar o processo penal livre de qualquer ranço de inquisitorialismo, pecado que permeou a Idade Média, muitas vezes se levantaram na Doutrina, no escopo de levar a inércia do Juiz às últimas consequências, propondo uma figura passiva, de mero

¹⁰² TASSE, Adel El. *Comentários as alterações do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.estudosjuridicos.wordpress.com>. Acesso em 12 de maio de 2009.

¹⁰³ TASSE, Adel El. *Comentários as alterações do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.estudosjuridicos.wordpress.com>. Acesso em 12 de maio de 2009.

¹⁰⁴ TASSE, Adel El. *Comentários as alterações do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.estudosjuridicos.wordpress.com>. Acesso em 12 de maio de 2009.

espectador, refém de uma espécie de jogo privado de interesses, tudo a pretexto de não corromper sua imparcialidade. Assim, pretendia-se um Juiz absolutamente alheio à busca da verdade dos fatos que eram postos à sua análise, completamente descompromissado com o retrato da vida que fosse representar a sua sentença, que não deveria passar de uma singela crítica literária a um roteiro escrito, protagonizado e dirigido pelas partes litigantes¹⁰⁵.

Neste sentido Luigi Ferrajoli¹⁰⁶ entende que:

Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...). É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...). Iguamente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações.

Alguns dispositivos relativos à prova no processo penal e a interferência no juiz na fase inquisitiva, foram alterados pela Lei 11.690/08. Dentre as modificações, neste trabalho, falar-se-á inicialmente sobre os artigos que tratam das “disposições gerais” sobre a prova.

O tema prova é essencial para a ciência processual. Isto porque, entre outros motivos, as consequências da atividade probatória

¹⁰⁵ TASSE, Adel El. *Comentários as alterações do Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.estudosjuridicos.wordpress.com>. Acesso em 12 de maio de 2009.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2008. p.489/490

projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo, seja condenatória, seja absolutória, ligando-se, assim, à própria punição do crime.

Sobre o assunto, afirma Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁷:

O tema prova é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa. Isso vale, ainda mais, no âmbito penal, pois só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo.

Justamente porque se liga à punição, a atividade probatória impregna-se de vários elementos que fogem à estrita técnica processual, tais como fatores políticos, sociais e culturais.

Conforme ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁸:

Assim, longe de construir atividade técnica e neutra, a reconstituição dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos e culturais, etc., variáveis no tempo e no espaço, cujo exame seria praticamente inesgotável.

Desta forma, o estudo da prova também acaba por ser o estudo de vários dos valores em jogo no Direito Processual Penal atuantes na sociedade, conforme demonstra Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁹:

De fato, mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, sobressai no probatório judicial o seu caráter social, visto que sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão.

¹⁰⁷ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. Notas sobre a terminologia prova (reflexos no processo penal brasileiro), in *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p.303.

¹⁰⁸ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 18

¹⁰⁹ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 18

Ainda não se pode esquecer que, na matéria da prova, se vê de maneira clara a inserção e o respeito devidos ao princípio do contraditório pelo sistema processual penal analisado. Por meio do efetivo respeito ao contraditório percebe-se o comprometimento do sistema com os demais direitos constitucionais assegurados aos acusado em geral. Porém apesar de sua importância, cumpre ressaltar que o vocábulo prova não possui sentido único, sendo uma de suas características seu caráter polissêmico, o que acabou provocando a falta de unanimidade na doutrina quando ao sentido que ela possa adquirir. Não só a doutrina, mas também a própria legislação empregam essa palavra em diferentes sentidos, de maneira a reforçar seu conteúdo polissêmico¹¹⁰.

Assim, o conceito de prova é: qualquer elemento produzido em juízo ou a ele submetido, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, destinado a formação do convencimento do dirigente processual ou de quem faz às vezes do julgador (ex: jurados) e aptos a servirem de amparo a alguma deliberação. Os elementos de conteúdo probatório formalizados ilegalmente não constituem verdadeiras provas consoante a definição formulada. Identicamente, aqueles colhidos na fase inquisitorial, apesar de chamados comumente de “provas”, enquanto não jurisdicionalizados, como se verá adiante, não se enquadram naquela orientação¹¹¹.

Do conceito acima delineado, a prova se subdivide em:

Prova direta ou indireta: é direta quando for capaz de demonstrar o fato alegado sem qualquer interferência. A indireta resulta do alcance do “fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro”.

¹¹⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p.80/81.

¹¹¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p.81.

Dispositivo que guardava certa correspondência ao presente antes da alteração: o artigo 155, do CPP, previa que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas”.

Quanto aos elementos informativos colhidos na investigação: a regra é de que não são aptos a servirem de fundamentos para a decisão, pois na fase inicial da persecução penal o investigado não tem oportunidade para apresentar sua defesa, indicando ou produzindo elementos de convicção ou, ainda, contrariando os existentes¹¹².

Exceções feitas são as provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas: é evidente que todas essas “provas” devem ser trazidas ao crivo do contraditório a fim de que tenham validade. Assim, o exame de corpo de delito e outras perícias realizadas na fase inquisitorial, ante a característica de irrepitíveis, cumprirá seu objetivo de fornecer sustentáculo ao provimento jurisdicional somente se for possível às partes analisá-las, impugná-las ou manifestarem-se sobre quaisquer pontos que as compõem (ex: solicitação de esclarecimentos)¹¹³.

Prova emprestada: admite-se o emprego de elemento formalizado em processo distinto desde que se refira às mesmas partes (MP ou querelante e acusado) e, após o traslado, seja dada oportunidade para suas manifestações. Somente dessa forma haverá observância ao contraditório e à ampla defesa. Vale observar que na hipótese de, originalmente, a prova a ser objeto de empréstimo apresentar-se eivada de vício, este não poderá ser convalidado nos autos de destino, exceto se tratar de mera irregularidade¹¹⁴.

A regra do parágrafo único do art. 155, constava no antigo *caput* do art. 155. Estado da pessoa refere à sua qualificação no contexto individual (capaz, incapaz etc.) ou perante a família (casado, solteiro, filho, pai etc.). Assim, o estado de casado comprova-se com a respectiva certidão.

¹¹² DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p.81

¹¹³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p.81/82.

¹¹⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p.82

Sem maiores pretensões, registram-se, neste primeiro ensaio, as impressões tiradas dos novos arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, com a redação trazida pela Lei nº 11.690/08.

O dispositivo legal tem o seguinte teor¹¹⁵:

Art. 155. 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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação anterior, dos então arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, deste modo dispunham¹¹⁶:

Art. 155 - No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Inicialmente, pode-se concluir do cotejo entre a norma anterior e a atual, que as mudanças representaram, em primeiro lugar, uma frustração para os que pretendiam a equivocada "purificação" do sistema acusatório, tolhendo o Juiz de toda e qualquer atividade instrutória¹¹⁷.

A nova redação do art. 155 do CPP positiva o já antigo e consolidado entendimento jurisprudencial, segundo o qual a convicção do juiz

¹¹⁵ BRASIL. Código de Processo Penal, arts. 155 e 156, com redação determinada pela lei 11.690/08

¹¹⁶ BRASIL, Código de Processo Penal em sua redação original.

¹¹⁷ COUTINHO. Jacinto Néelson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 188, publicado em julho/2008. disponível em: <http://www.direitonet.com.br/> acesso em 07/05/2009.

não pode se fundamentar em elementos colhidos durante as investigações pré-processuais, tais como o inquérito e outras peças informativas (como, por exemplo, a representação fiscal para fins penais), porquanto é necessário observar o contraditório judicial. Mas o dispositivo faz uma ressalva: as provas produzidas antecipadamente, ou seja, antes do início da ação penal, cuja produção não for passível de repetição, podem ser utilizadas para a formação do convencimento do magistrado. A antiga redação do art. 155 determinava que no juízo penal somente quanto ao estado das pessoas dever-se-ia observar as restrições à prova estabelecidas na lei civil¹¹⁸.

Complementando a disciplina do dispositivo anterior, a nova redação do art. 156 do CPP, após tratar da regra geral de distribuição do *onus probandi* (segundo o qual a prova cabe a quem fizer a alegação) prevê, em seu inciso I, que o juiz pode ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, quando forem urgentes e relevantes, segundo critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida. Essa é uma inovação interessante, porque introduz no processo penal algo similar à ação cautelar para produção de prova, existente no processo civil. Por fim, o inciso II reitera a antiga redação do dispositivo, e confere poder instrutório ao juiz, podendo o magistrado determinar, no curso da instrução ou mesmo após o término dessa etapa processual - mas desde que antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante¹¹⁹.

A lei 11.690/08 trouxe nova redação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, acrescentando ao dispositivo anterior o impedimento ao juiz de fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação criminal.

Ademais, analisando o art. 155, verifica-se o princípio da livre convicção (ou livre convencimento), que permite ao juiz a “livre” apreciação da

¹¹⁸ COUTINHO. Jacinto Néilson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 188, publicado em julho/2008. disponível em: <http://www.direitonet.com.br/> acesso em 07/05/2009.

¹¹⁹ COUTINHO. Jacinto Néilson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 188, publicado em julho/2008. disponível em: <http://www.direitonet.com.br/> acesso em 07/05/2009.

prova, em contraponto ao já antigo princípio da “íntima convicção” – no qual não havia fundamentação. Neste o juiz se vê obrigado a fundamentar de maneira lógica e coerente a sua decisão, sendo este, especificamente, o ponto de ataque em caso de eventual interposição de recurso¹²⁰.

Além disso, o que já era parte integrante e usual ganhou letra viva. Na prática, o juiz já não fundamentava a sua decisão “exclusivamente” nos elementos informativos colhidos na investigação.

A decisão judicial em plano de sentença de mérito deve valer-se de todo o contexto probatório, e não apenas em razão de uma das fases, menos ainda da fase investigatória, onde não existem consubstanciados os princípios processuais, especialmente de ampla defesa, contraditório e publicidade. Não obstante, prossegue o dispositivo, “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Nestas hipóteses, é claro, se com as provas houver suficiente convencimento do juiz, estará autorizado a, com base nelas, exclusivamente decidir¹²¹.

Mas as provas, sejam produzidas na fase de investigação processual, sejam na fase de instrução probatória, devem ser analisadas pelo âmbito de sua valoração, fator crucial e determinante para a decisão. Assim é que, pela aplicação do princípio da “Unidade da Prova”, para formar o convencimento do Juiz, torna-se necessário apreciar tudo, indícios, contra-indícios, elementos de provas e provas, tanto de forma isolada, mas especialmente pelo seu contexto¹²².

Lembrando ainda, que a não apresentação de quesitos pela defesa pode prejudicar o réu, tais quesitos podem ser requeridas ao delegado que a seu juízo poderá deferi-las ou não. Mas mesmo que requeridas e indeferidas, encontra-se aí o chamado contraditório diferido, pois no processo, até a fase da defesa prévia, sob o risco de preclusão a depender da hipótese,

¹²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2008. p.58

¹²¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2008. p.58

¹²² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira, 2008. p.58/59

será possível às partes efetuar pedido de perícia suplementar com a apresentação de novos quesitos pelo acusado. Isso porque a constituição assegura o contraditório mas em nenhum momento disse que ele seria prévio¹²³.

Pelo que se vê da reforma, o sistema continuará contentando-se com o contraditório diferido ou postergado, em relação às perícias, que são as provas mais acreditadas, porque oriundas de técnicos¹²⁴. Porque a possibilidade de indicação de assistentes técnicos, pelas partes, não configura a adoção do contraditório efetivo, tendo em vista que estes apenas atuarão depois de admitidos pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais (art. 159 § 4.º). Essa questão poderá ser solucionada no projeto de lei sobre a investigação criminal, se adotar, como previsto, a participação da defesa nessa fase procedimental.

Mas, para se agravar, em relação ao art. 155, a reforma "não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles"¹²⁵.

Tudo porque o legislador acrescentou a expressão "exclusivamente" ao dispositivo em questão, anulando a proibição do uso de prova realizada no inquérito policial e, portanto, fora do contraditório. Isto é, a prova pode ser usada para fundamentar a decisão judicial, desde de que não esteja isolada.

Isso neutraliza a própria redação do artigo 155, no sentido de que as provas, para serem aptas e capazes de servir ao convencimento do juiz, devem ser colhidas com as garantias do contraditório, com exceção das provas produzidas antecipadamente, as cautelares e as não repetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.

¹²³ MOURA, Humberto Fernandes de. *Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p.117.

¹²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos gerais da Reforma Processual. In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 26/27.

¹²⁵ JUNIOR, Aury Lopes. Bom para quê (m)? In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008, p.9

Comentando esse tópico da reforma, Marcos Zilli¹²⁶, apesar de elogiar a nova lei, também critica a postura legislativa nesse particular, afirmando:

Mas, a coesão de um modelo processual de partes foi comprometida. Isso porque a proibição total de inserção dos elementos informativos no campo cognitivo, desenhada pela proposta original da Comissão de Reforma, foi sensivelmente abrandada. Pela versão aprovada, fica o juiz autorizado a buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante das provas divergentes, não superável pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente.

Assim, a Lei não descarta a apreciação das “provas” (sentido amplo e genérico) produzidas na fase de investigação criminal, mas, sim, determina que sejam analisadas em conjunto com aquilo que for produzido em matéria probatória durante o decorrer da instrução probatória.

Por determinação constitucional, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, de tal forma que o julgador só deve levar em consideração informações contidas em inquérito policial se o fizer de forma razoável. Deve, portanto, o magistrado explicitar os motivos que o levaram a utilizar o elemento informativo colhido no inquérito policial. Este, por sua vez, não segue mais o antigo paradigma de investigação inquisitória, havendo, atualmente, observância às garantias do acusado no que tange à ampla defesa, sendo, inclusive, assegurado o acesso do advogado aos autos do inquérito.

A esta conclusão se pode chegar, também, a partir da interpretação histórica do dispositivo que, na sua redação primitiva, limitava-se a declarar que o Juiz poderia formar sua convicção pela livre apreciação da prova, não especificando nada, sendo que, agora, especifica que prova é esta e quais as únicas ressalvas que são admitidas¹²⁷.

¹²⁶ ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008, p.2

¹²⁷ BRASIL. Atual art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 11.690/08, em confronto com o art. 157 do mesmo código, em sua redação primitiva.

O ruim das reformas pontuais é que, quando parte delas entra em vigor e a outra parte não, sempre fica faltando um pedaço, como que numa colcha de retalhos. O art. 7º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, na redação proposta pelo Projeto de Lei nº 4.209/01¹²⁸, complementa o dispositivo em comento, de sorte a respaldar a linha aqui defendida, no sentido de que, em que pese o "exclusivamente" inserido de forma temerária ou pelo menos dúbia no novo art. 155 do Código de Processo Penal, certo é que a prova colhida na investigação, afora as ressalvas já apresentadas, jamais poderá servir de base à formação do convencimento do Juiz, ainda que venha somente a reforçar o convencimento já firmado com base na prova colhida no curso contraditório da instrução criminal. Do contrário, restaria arranhado o princípio constitucional do contraditório, evidentemente situado num plano muito superior ao que está situado o malfadado "exclusivamente".

O novel art. 156 do CPP, por sua vez, reforça a idéia contrária à inércia judicial no Processo Penal Brasileiro, permitindo que o magistrado ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, sempre observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Também permite, no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, que sejam realizadas diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes.

O juiz não pode se transformar em acusador ou defensor. Não deve ser investido na qualidade de "juiz investigador", principalmente se considerada a fase anterior ao início da ação penal. Deve manter-se em posição que não abale a sua imparcialidade na busca da verdade real¹²⁹.

Não deve, por exemplo, no mesmo contexto debatido, restabelecer, ao final do feito, instrução criminal contra o acusado. O sistema é

¹²⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.209/01. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br>. Acesso em 12/05/2009

¹²⁹ ARES, Vladimir. Comentários as reformas do CPP. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>, acesso em 12/09/2009

acusatório. Cada sujeito processual tem suas funções delimitadas. Ampliou-se, com esta previsão expressa, o campo para eventuais e futuras nulidades.

A reforma estimula a atividade persecutória do magistrado. Aqueles que verdadeiramente atuam na seara da justiça criminal sabem que é uma permissão perigosa. Não por causa de qualquer mácula presumida e dolosa, quanto ao órgão jurisdicional¹³⁰.

O fato é que não se devem permitir determinadas concessões arriscadas, diante da exigência de imparcialidade do juiz - este que é pessoa humana, por isso falha - quando se está em debate efeitos diretamente ligados ao bem "liberdade humana".

Impõe-se, isto sim, obstaculizar ao máximo qualquer afetação - mesmo que culposa e humana - à "paridade de armas" entre a acusação e a defesa. O juiz deve ser e parecer imparcial e, por isso, admitir-se a colheita de elementos, antes mesmo de iniciada a ação, bem como depois de seu início, pode revelar a convicção judicial ou viciá-la, em nítido prejuízo daqueles sujeitos que atuam nos diferentes pólos do rito processual pertinente.¹³¹

Deve-se interpretar com parcimônia o termo "urgência", a exemplo do que entende a farta doutrina que atentou para o enunciado do art. 366 do CPP vigente, não havendo como considerar *urgente* a prova testemunhal já produzida, mesmo na fase policial, ou ainda, a mera possibilidade de "esquecimento" dos fatos pelas testemunhas, em virtude do decurso do tempo.

O Código de Processo Penal admite a analogia (cf. art. 3.º do CPP). Portanto, visitado o Código de Processo Civil, percebe-se a existência de requisitos e pressupostos previstos nos arts. 846 a 851 do referido *Codex*, os quais, ausentes, indicam impedimento a determinação judicial quanto ao colhimento antecipado da prova, notadamente a testemunhal.

¹³⁰ ARES, Vladimir. Comentários as reformas do CPP. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>, acesso em 12/09/2009

¹³¹ ARES, Vladimir. Comentários as reformas do CPP. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>, acesso em 12/09/2009

Mais considerada a *especificidade do procedimento cautelar*, impossível de se admitir a flexibilidade pretendida por alguns doutrinadores, no que se refere à expressão "*provas consideradas urgentes*". Portanto, nem toda prova deve ser colhida *ad perpetuam rei memoriam*.

Não se pode transformar em regra a exceção.

Guilherme de Souza Nucci¹³², desenvolvendo o tema e esclarecendo os posicionamentos existentes, exemplifica:

Ouvir uma criança, que tenha visto um crime, é urgente, pois o próprio desenvolvimento físico e psicológico do informante pode alterar-se, comprometendo importantes dados armazenados em sua memória. Entretanto, ouvir uma pessoa que, na fase policial, já declarou que apenas ouvir dizer a respeito de quem seria o autor do crime, sem fornecer nenhum outro dado relevante, é indevido.

No Boletim IBCCRIM n.º 42, de junho de 1996, manifestou-se DAMÁSIO E. DE JESUS¹³³, da seguinte forma:

Provas urgentes: caso de necessidade de testemunha ausentar-se da Comarca, velhice, doença (p. ex. iminência de cirurgia cardíaca), etc., que inspirem ao juiz receio de que não possam ser produzidas no futuro (CPP, Art. 225). Não se trata, pois, de antecipar-se a realização de qualquer prova, como v. g., a testemunhal, sob a alegação de que é comum não se encontrar pessoas que devam depor em Juízo, por razões de mudança de residência, morte etc. Caso contrário, não teria sentido a expressão 'urgentes' empregada no texto.

Da lavra do extinto TACrimSP¹³⁴, tem-se:

Na produção antecipada de provas previstas no art. 366 do CPP, com a redação dada pelo art. 1.º da Lei 9.271, de 17.04.1996, o seu deferimento depende do exame de cada caso concreto, não sendo possível a formulação do pedido como rotina (indiscriminado e generalizado), sem explicar a urgência da medida.

São admitidas exceções, claro! Mas desde que objetivamente fundamentadas, jamais admitida a mera repetição do texto legal e a forma

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p.648/649

¹³³ JESUS, Damásio Evangelista de. Estudo sobre o instituto da prova, *in Processo Penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ig.com.br/jurisprudência/texto.asp>> acesso em 22/04/2009.

¹³⁴ MS, 6ª Turma, rel. Penteadó Navarro, unânime, DJ, 11.03.1998, RT 755/632, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>> acesso em 22/04/2009.

lacônica ou genérica, marcada pelo subjetivismo. As exceções não podem ser utilizadas como negativa geral do entendimento doutrinário e jurisprudencial uniforme!

Não são os casos isolados, onde eventualmente se permite a antecipação de prova testemunhal, quando caracterizada a urgência, hábeis a automatizar a atuação judicial que crie prejuízos às garantias constitucionais dos cidadãos acusados de um delito.

Não se pode fracionar o tempo para tentar criar uma espécie de "urgência tabelada".

Neste sentido, regra geral sobre a matéria foi bem delimitada e oportunamente uniformizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

A Terceira (3.^a) Seção do STJ¹³⁵, por meio dos Embargos de Divergência em Recurso Especial, firmou e uniformizou o entendimento acerca do tema da antecipação de prova testemunhal baseada no decurso do tempo, da seguinte forma:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. CARÁTER DE URGÊNCIA INDEMONSTRADO. 1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto. 2. Não serve como justificativa do pedido a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos ou que poderão mudar de endereço ou até vir a falecer durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora sejam assertivas passíveis de concretização, não passam, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculadas de elementos objetivamente deduzidos.

Dirão que: se os elementos colhidos na fase policial não poderão ser exclusivamente considerados na decisão judicial futura, deveria

¹³⁵ RE nº 469.775/SP, 3ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, unânime, DJ, 02.03.05, p. 123, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>> acesso em 10/05/2009.

ser antecipada a instrução probatória judicial - e com freqüência - para que não se permitisse a possibilidade de impunidade.

Trata-se de falácia, pois o eventual quadro indiciário policial terá valor, desde que seja considerado e confirmado pelas provas colhidas sob o crivo do contraditório. E mais, caso venha a falecer alguma testemunha que já foi ouvida no procedimento administrativo apuratório, isto é, no Inquérito Policial, esse testemunho passa a ser "não-repetível", portanto pode perfeitamente ser considerado pelo Juízo competente, havendo necessidade, sempre atento ao princípio da relatividade das provas.

O atual art. 156 do Código de Processo Penal apresenta-se de modo tal que somente uma interpretação consentânea com o sistema acusatório, que deriva da Constituição Federal, poderá livrar-lhe das críticas que já se ensaiam, precipitadamente, dirigir¹³⁶.

Em que pese o *caput* do dispositivo ("A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício") generalizar a possibilidade de o Juiz agir de ofício em ambas as situações que prevê – incisos I e II – parece evidente que, no caso do inciso I ("ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida"), pela nova lei, o juiz não só age quando provocado pelo titular do direito de ação (Ministério Público ou querelante, conforme de iniciativa pública ou privada), no resguardo de uma prova pertinente e importante, que esteja em vias de perecer, tendo por parâmetro os já citados arts. 225 do próprio Código de Processo Penal e 846/851 do Código de Processo Civil¹³⁷.

Assim, estabelece-se em complemento, como também já destacado, ao art. 155, *caput*, parte final, do Código de Processo Penal, no

¹³⁶ COUTINHO. Jacinto Néilson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 188, publicado em julho/2008. disponível em: <http://www.direitonet.com.br/> acesso em 07/05/2009.

¹³⁷ COUTINHO. Jacinto Néilson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 188, publicado em julho/2008. disponível em: <http://www.direitonet.com.br/> acesso em 07/05/2009.

ponto em que ressalva as provas antecipadas, que são essas que o Juiz pode determinar antes de iniciada a ação penal (art. 156, I, do Código de Processo Penal), mas não de ofício, como parece pretender o *caput*, o que contrariaria, aí sim, o princípio da inércia, inerente ao sistema acusatório, com o quê mostrar-se-ia incompatível, eis que ainda não iniciada a ação por quem de direito, não cabendo ao Juiz partir em busca da prova antes de ser exercido o direito de ação, posto que, se assim o fizesse, estaria investigando, adotando comportamento tipicamente inquisitivo (nos velhos moldes dos arcaicos Juizados de Instrução), o que lhe é vedado constitucionalmente. Sugere-se, pois, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a, na hipótese do inciso I, não permitir que o Juiz aja de ofício, só podendo determinar a produção de prova antecipada se isto for requerido pela parte interessada¹³⁸.

Chove no molhado o legislador, mais uma vez, quando, no inciso I em comento, manda observar a "necessidade, adequação e proporcionalidade" da medida, noções que já estão contidas nos conceitos de *fumus boni juris e periculum in mora* que são inerentes a este tipo de medida de produção antecipada de provas, cautelar que é. A preocupação do legislador que, no entanto, não atrapalha, só reforça a questão.

O ponto principal dispositivo é o inciso II ("determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante"). Esta, sim, uma faculdade do Juiz, de ofício, como estabelece o *caput*, na busca da formação de seu convencimento, quando não julgar suficientes as provas produzidas pelas partes.

Tal atividade por parte do Juiz não macula sua imparcialidade, posto que, como já ressaltado, não pode ele adivinhar o resultado das diligências ou das provas que mandou produzir.

E muito menos compromete sua inércia, já que não está ele a propor fatos novos ou a trazer fatos novos o processo, mas, tão-somente,

¹³⁸ COUTINHO. Jacinto Néilson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Artigo publicado no IBCCrim, boletim nº 188, publicado em julho/2008. disponível em: <http://www.direitonet.com.br/> acesso em 07/05/2009.

checar, com os instrumentos de que dispõe, a veracidade dos fatos trazidos e alegados pelas partes.

Não se pode conceber um Juiz desinteressado com o acerto de sua decisão. O caráter publicista do processo, *maxime* aqueles em que a ação penal é de iniciativa pública, portanto obrigatória e indisponível, não condiz com um Juiz completamente alheio ao jogo probatório.

Uma vez posta à demanda, o Juiz, que preside o processo, não pode ser passivo, preguiçoso, nem se contentar com a dúvida ao primeiro sinal de sua manifestação, simplesmente porque a finalidade do processo não é produzir a dúvida na cabeça do julgador. A dúvida – e, por conseguinte, o *in dubio pro reu* – é uma conseqüência inevitável e um resultado invencível, não o objetivo do processo.

Assim, o Juiz pode e deve, usando seu poder instrutório supletivo, tentar vencer a dúvida e descobrir a verdade dos fatos postos em discussão. Somente se isto não for possível, é que deverá, por não poder presumir o réu culpado, absolvê-lo, declarando o *in dubio pro reu*.

Como observado, acima foram elencados alguns argumentos a favor das mudanças dos referidos artigos do CPP, contudo as citadas mudanças não possuem um consenso doutrinário. Desse modo, mostraram-se agora algumas reflexões contrárias ao novo texto do CPP.

Como já referido, mesmo após a reforma, a lei continua a contemplar a possibilidade de iniciativa judicial na produção de prova, o que não se mostra adequado ao sistema acusatório, segundo um entendimento doutrinário¹³⁹.

Mas, se "o art. 156 sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório-

¹³⁹ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

constitucional, incrivelmente¹⁴⁰, pela nova redação o juiz não apenas mantém aqueles prerrogativas, como pode determinar, de ofício, a realização de provas consideradas urgentes e relevantes, observados os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, ou seja, discricionariamente.

Mesmo quem entende admissível a produção de prova, pelo juiz, critica a nova redação do dispositivo, aduzindo-se¹⁴¹:

Aqui vale registrar nossa discordância com os que sustentam não caber ao juiz natural da causa qualquer iniciativa probatória, mesmo no curso da instrução criminal. É preciso distinguir: se ainda não há imputação, não há processo e, portanto, são impertinentes e atentatórias à imparcialidade e ao modelo acusatório as iniciativas judiciais tendentes a, durante as investigações inquisitoriais e sem provocação do interessado, buscar provas.

E esse mesmo autor, acertadamente, faz um paralelo da situação com a previsão investigatória constante do art. 3.º, da Lei n. 9.034/95, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa mesma linha, Marcos Zilli¹⁴², que também concorda com a atividade instrutória judicial, justificando-a como "condição indispensável para a adequada e justa prestação jurisdicional e para a composição dos interesses públicos contrastantes que permeiam o processo penal", não poupa críticas ao legislador, quando diz:

Indesejado, entretanto, é o poder inserto no inciso I do artigo 156 o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas. A previsão, se mal conduzida, pode levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.

Contudo, ironicamente, a situação pode ser encarada de modo diverso. Em vez de se considerar pior do que o texto anterior entende-se que o legislador foi mais transparente¹⁴³:

¹⁴⁰ JUNIOR, Aury Lopes. Bom para quê (m)? In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008, p.9

¹⁴¹ CRUZ, Rogério Schieti Machado. Com a palavara, as partes. In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 16 – n.188, julho 2008

¹⁴² ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008, p.2

¹⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão de prova: segue o princípio inquisitivo. In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008, p.2

Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente nas duas fases da persecução, ordenar *ex officio* a produção de provas (...) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional do processo (ainda confundido, em 2008, com ação penal) e no acerto do caso penal.

Assim, justificável e necessário o estabelecimento de limites à atividade instrutória do juiz, no âmbito do processo penal, levando-se em conta que a Constituição Federal apontou novos rumos para esse ramo da ciência jurídica. Essa limitação visa não apenas a preservar-lhe a imparcialidade, mas, notadamente, por imperativo do sistema acusatório adotado pela Carta Magna.

O juiz deve exercer o seu papel de garantidor ou de árbitro, restringindo-se a mediar o embate entre acusação e defesa, na medida em que o processo, segundo Calamandrei, assemelha-se a um jogo. Assim, na sua condição de árbitro, ao sentenciar o juiz anuncia o resultado do jogo, sendo-lhe vedado alterar as regras do jogo e, principalmente, intervir nas estratégias dos participantes¹⁴⁴.

É evidente que o juiz não pode descurar do impulso oficial do processo, pois se trata de um poder-dever do juiz, inerente ao poder de decidir, posto que o juiz não tem ônus de prova no processo. Mas, esse poder-dever é limitado e excepcional, porquanto o juiz só deve diligenciar a respeito de ponto duvidoso, anteriormente colocado pelas partes, e que restou mal esclarecido.

Mas, pelo menos, a preservação do poder instrutório do Juiz no curso do processo, que já constava da redação primitiva do art. 156 do Código de Processo Penal, além de seu art. 502, dentre outros, é uma vitória daqueles que desejam compatibilizar o processo garantista com o processo efetivo, e lutam para que esses conceitos não se antagonizem.

¹⁴⁴ PLETSCHE, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 65.

De todo o exposto, pode-se concluir que o novo regramento geral da prova no processo penal tirou o Juiz da posição de coadjuvante, mas o manteve na de protagonista na tarefa de instruir o feito rumo ao julgamento final.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por fim alcançar uma resposta frente à polêmica existente quanto à incidência ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

Como explanado no referido trabalho, o inquérito policial, como uma das hipóteses de investigação preliminar, é um procedimento administrativo, informativo, elaborado pela Polícia Judiciária, cuja principal finalidade é investigar o fato criminoso, reunir elementos necessários para uma melhor apuração da prática do delito e de sua autoria e, por fim, fornecer elementos suficientes para que o titular da ação penal acuse o autor do ilícito.

Diante desse conceito surgiram posicionamentos a favor e outros contra a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase investigatória.

O primeiro deles entende que a Constituição não exige um contraditório prévio, só se exige a observância do contraditório, no processo penal, na fase processual, não na fase investigatória, conforme depreende-se do art. 5º, 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.”

Ademais, só seria possível a exigência do contraditório e da ampla defesa na fase processual, e não na fase investigatória, caso do inquérito policial. Isso porque este constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Ao inquérito policial falta uma característica essencial do processo, qual seja, a formação por atos que devam obedecer uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.

Ressalta-se também que não seria possível à aplicação dos citados princípios, pois ao empregarmos o contraditório e a ampla defesa na

fase da investigação preliminar, estaríamos criando obstáculos para o êxito das investigações policiais, bem como para a repressão da criminalidade e obtenção da paz social.

No entanto, existem entendimentos contrários aos dispostos acima, afinal existe a necessidade de um contraditório efetivo e real em todo o desenrolar da persecução penal, na investigação inclusive, para maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

Aliás, desde constituições anteriores, a doutrina abrangia na exigência do contraditório as alegações das partes, afirmando que a atividade instrutória “abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova¹⁴⁵.”

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

A grande questão acontece, quando ocorre uma prova de natureza cautelar (ex: busca e apreensão e interceptação telefônica). É que, no caso em apreço, como em toda medida de natureza cautelar, o contraditório é diferido ou retardado para o momento seguinte, já que, no primeiro momento o seu exercício poderia frustrar o escopo da medida.

Uma vez não permitida a participação do acusado, há que se indagar inclusive sobre a lisura da prova produzida, se é ou não viciada, na medida em que será conduzida única e exclusivamente por uma das partes

¹⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: RT, 2007, p.67.

interessada, certamente sem a apresentação de fatos e circunstâncias essenciais para a produção de uma prova isenta.

Desta forma o indiciado poderia indicar assistentes técnicos que poderiam apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz, como ocorre na fase processual.

Por fim, o contraditório deve ocorrer na fase da investigação preliminar, antes do relatório ser enviado a autoridade judiciária. Pois o inquérito policial é uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e prudente, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo.

Devido a tudo acima exposto, conclui-se que o contraditório deve ser exercido na fase investigativa, para que o indiciado possa usar de todos os meios permitidos de contradizer as imputações que lhe estão sendo feitas, podendo assim se livrar de uma futura ação penal, no qual o próprio decorrer do processo já o sujeita a uma situação punitiva.

A que se ressaltar que todo o entendimento acima está fundamentando em um entendimento amplo da Constituição, analisando paralelamente várias garantias destinadas ao acusado, ao passo que se o CPP não entenda dessa maneira o mesmo deveria ser reformulado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo: RT, 1999.

ARAS, Vladimir. Princípios do Processo Penal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>

BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689. Código de Processo Penal.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Jacintho Néelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Artigo publicado no IBCCrim, Boletim nº 188, julho/2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5.ed. São Paulo: RT, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. Notas sobre a terminologia prova (reflexos no processo penal brasileiro), *in Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p.303.

FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Rio.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito processual Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Juarez de Oliveira.

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOURA, Humberto Fernandes de. *Princípios Constitucionais do Processo Penal*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

RECr nº 136239/SP, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJU, Seção I, de 14.08.92, p. 12.227, RTJ 143/306

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: PEHC - pedido de extensão no *habeas corpus* 58129 Processo: 200600885999 UF: RJ Órgão Julgador: Quinta Turma .Relator: Min. Gilson Dipp. DJ Data: 05/02/2007, Página: 276.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias individuais no Processo Penal. São Paulo: RT, 2005, p.57

