

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ESTÊVÃO LUÍS LEMOS JORGE

**O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

FRANCA

2011

ESTÊVÃO LUÍS LEMOS JORGE

**O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Riva Sobrado de Freitas

FRANCA

2011

Jorge, Estêvão Luís Lemos

O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais / Estêvão Luís Lemos Jorge. - Franca: [s.n.], 2011
125 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador: Riva Sobrado de Freitas

1. Inquérito policial. 2. Direito processual penal. 3. Investigação criminal. 4. Persecução penal. I. Título.

CDD – 341.433

ESTÊVÃO LUÍS LEMOS JORGE

**O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito
para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas
normativos e fundamentos da cidadania.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Profa. Dra. Riva Sobrado de Freitas

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2011.

À Júlia, por me apresentar ao amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao professor **Alfredo José dos Santos**, pessoa que me recepcionou pela primeira vez na UNESP, orientando-me até o término do mestrado.

Ao meu irmão **André Guilherme Lemos Jorge**, pelo apoio durante todo o curso, mostrando-me os caminhos necessários à conclusão de uma proveitosa pós-graduação

Ao meu primeiro orientador, professor **Artur Marques da Silva Filho**, pela confiança a mim conferida na escolha como seu orientando.

À professora **Riva Sobrado de Freitas**, a quem deixo a minha mais sincera gratidão, aceitando prosseguir em minha orientação mesmo com um longo tempo de curso já transcorrido, com extrema paciência e compreensão.

Aos professores **Christiano Augusto Corrales de Andrade** e **Yvete Flávio da Costa**, que aceitaram tomar parte neste mestrado, muito contribuindo em minha formação acadêmica, fazendo com que eu percebesse o real sentido da ciência.

Ao meu grande amigo **Alexandre Shimizu Clemente**, que me acompanhou durante todo o curso, com quem troquei informações e muito aprendi.

Ao **Ícaro**, pela paciência nas constantes explicações acerca das normas administrativas da pós-graduação.

Aos meus pais, **William e Maida**, pelo apoio incondicional.

Aos meus irmãos **Plínio, Murilo e Rossana**, exemplos da força da fraternidade.

À **Carolina**, pelo incentivo e companhia.

A **Deus**, sem o qual nada seria possível.

E a todos que de alguma forma contribuíram para a elaboração do presente trabalho.

“Sóstenes (acusador) entrou a falar com grande aprovação dos judeus presentes. Acusava Paulo de Tarso de blasfemo, desertor da Lei, feiticeiro. Referiu-se a seu passado, acrimoniosamente. O procônsul (Júnio Gálio – defensor) ouvia atentamente, mas não deixou de manter uma atitude curiosa; com o indicador da direita comprimia um ouvido, sem atender à estupefação geral. O maioral da sinagoga, no entanto, desconcertava-se com aquele gesto. Terminado o libelo apaixonado quanto injusto, Sóstenes interrogou o administrador da Acaia, relativamente à sua atitude, que exigia um esclarecimento, a fim de não ser tomada por desconsideração. Gálio, porém, muito calmo, respondeu fazendo humorismo:

‘ Suponho não estar aqui para dar satisfação de meus atos pessoais e sim para atender aos imperativos da justiça. Mas, em obediência ao código da fraternidade humana, declaro que, a meu ver, todo administrador ou juiz em causa alheia deverá reservar um ouvido para a acusação e outro para a defesa’.”

Francisco Cândido Xavier

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. 2011. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

RESUMO

A presente dissertação busca analisar a aplicação, ou não, do princípio constitucional do contraditório em sede do inquérito policial, traçando nuances da corrente majoritária que entende não haver lugar para o referido princípio em investigação preliminar de natureza administrativa, bem como da corrente minoritária, que entende acerca da necessidade de tal incidência. Dedicar-se a estudar de forma breve, porém completa, a evolução histórica do inquérito policial, em especial a sua natureza jurídica, interpretando tal procedimento de forma lógica em relação a todo o ordenamento jurídico, além de traçar suas principais características. Após, cuida de examinar as normas legais relacionadas ao inquérito policial, cotejando-as com a legislação processual em vigor, determinando a definição teleológica desta investigação prévia, com as suas nuances que reclamam uma adaptação aos nossos dias atuais. Passa, então, a estabelecer a necessária exclusão do princípio do contraditório em sede do inquérito policial, tanto por não se enquadrar na natureza jurídica do procedimento investigativo, como por gerar sérios entraves às investigações caso seja aplicado, entendimento este amparado pela doutrina e jurisprudência pátria. Aplicar o princípio do contraditório no inquérito policial será dar a ele natureza de prova plena, podendo fundamentar condenações por si só, o que nenhum estudioso ousa defender, até por evidentes deficiências na colheita de provas no âmbito policial.

Palavras-chave: inquérito policial. contraditório. persecução penal. investigação.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **The adversary system in the police investigation from the perspective of constitutional principles**. 2011. 125 p. Thesis (Master in Laws) Faculty of Humanities and Social Sciences, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2011.

ABSTRACT

This dissertation seeks to analyze the application, or not, the constitutional principle of adversary system in headquarters of the police investigation, tracing riots of the current majority which means there is no place for this principle in preliminary investigation of an administrative nature, as well as the minority, which means about the need for such incidence. Is Dedicated to the study of brief, but complete, the historical development of the police investigation, in particular its legal nature, interpreting this procedure in a logical order in relation to the whole legal system, in addition to trace their main characteristics. After that, take care to examine the legal rules relating to the police investigation, comparing them with the procedural legislation in force, and to determine the definition of teleological prior investigation, with its riots that demand an adaptation to our present days. Is Replaced, then, to establish the necessary exclusion of the principle of adversary system in headquarters of the police investigation, both for not fitting in the legal nature of the investigative procedure, as it is to generate serious barriers to research if it is applied, understanding this sustained by doctrine and jurisprudence homeland. Apply the principle of adversary system in police investigation will be giving him nature of full proof and can substantiate convictions for itself, and that any scholar dares to defend, even by obvious deficiencies in the collection of evidence in the police.

Keywords: police investigation. adversary system. prosecution. research.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	14
1.1 Princípios Constitucionais	14
1.2 Princípios Gerais de Direito	16
1.3 Princípios e Regras	18
1.4 Colisão entre Princípios	23
CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E INTERPRETAÇÃO DA LEI	27
2.1 Princípios e Garantias Constitucionais	27
2.2 Finalidade do Processo Penal e Sistemas Processuais	27
2.3 Princípios que Regem o Direito Processual Penal.....	28
<i>2.3.1 Princípio da Legalidade e Princípio da Reserva Legal.....</i>	<i>28</i>
<i>2.3.2 Princípio do Devido Processo Legal.....</i>	<i>30</i>
<i>2.3.3 Princípio do Estado de Inocência</i>	<i>31</i>
<i>2.3.4 Princípio da Celeridade</i>	<i>32</i>
<i>2.3.5 Princípio da Verdade Real.....</i>	<i>33</i>
<i>2.3.6 Princípio da Oralidade</i>	<i>33</i>
<i>2.3.7 Princípio da Publicidade</i>	<i>33</i>
<i>2.3.8 Princípio da Obrigatoriedade.....</i>	<i>34</i>
<i>2.3.9 Princípio da Oficialidade.....</i>	<i>34</i>
<i>2.3.10 Princípio da Indisponibilidade do Processo</i>	<i>35</i>
<i>2.3.11 Princípio da Iniciativa das Partes e do Impulso Oficial</i>	<i>35</i>
2.4 Interpretação da Lei Processual Penal	35
<i>2.4.1 Conceito de Interpretação</i>	<i>35</i>
<i>2.4.2 Classificação</i>	<i>36</i>
CAPÍTULO 3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	39
3.1 Direito de Defesa	39

3.2 Devido Processo Legal	41
3.3 Princípio do Contraditório	43
3.4 Princípio da Ampla Defesa	46
CAPÍTULO 4 PROCESSO E PROCEDIMENTO	49
4.1 Histórico	49
4.2 Processo e democracia	51
4.3 Processo e Procedimento	53
CAPÍTULO 5 INQUÉRITO POLICIAL	56
5.1 Considerações Preliminares	56
5.1.1 <i>Persecução Penal</i>	56
5.1.2 <i>Polícia Judiciária</i>	58
5.2 Inquérito Policial	61
5.2.1 <i>Conceito, Natureza e Finalidade</i>	61
5.2.2 <i>Características</i>	68
5.2.3 <i>Competência</i>	70
5.2.4 <i>Valor Probatório</i>	74
5.2.4.1 <i>Disposições Gerais</i>	74
5.2.4.2 <i>Valor Probatório</i>	77
5.2.5 <i>Vícios</i>	79
5.3 Notitia Criminis	82
5.3.1 <i>Autores e Destinatários</i>	84
5.3.2 <i>Instauração em Crime de Ação Pública Incondicionada</i>	85
5.3.3 <i>Instauração em Crime de Ação Pública Condicionada</i>	86
5.3.4 <i>Instauração em Crime de Ação Privada</i>	88
5.4 Procedimento	89
5.4.1 <i>Instauração e Atos Iniciais</i>	89
5.4.2 <i>Instrução</i>	92
5.4.3 <i>Indiciamento</i>	94
5.4.4 <i>Indiciado Menor</i>	95
5.4.5 <i>Incomunicabilidade</i>	96
5.4.6 <i>Deveres da Autoridade Policial</i>	96

5.4.7 Encerramento.....	97
5.4.8 Arquivamento.....	98

CAPÍTULO 6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO AO INQUÉRITO POLICIAL.....	100
6.1 Inquérito Policial e Procedimento Administrativo.....	100
6.2 Lei nº 10.792/03.....	102
6.3 Juiz de Garantias.....	104
6.4 Aplicação do Contraditório ao Inquérito Policial	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO

Praticado um fato definido como crime, nasce para o Estado o direito de punir, que só pode ser concretizado através do processo. Para que se proponha a ação penal é necessário o mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, o meio mais comum para a colheita desses elementos é o inquérito policial. À soma dessa atividade investigatória com a ação penal se dá o nome de persecução penal.

A presente dissertação visa abordar, de forma clara e precisa, a aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial. Haverá a análise do princípio do contraditório, delimitado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, bem como do inquérito policial e suas características, chegando-se ao final à conclusão acerca de ser ou não aplicado declinado princípio no âmbito do inquérito.

Para tanto, deverá ser primeiramente feita a delimitação do princípio do contraditório, bem como a distinção entre processo e procedimento. Com base em tais conceitos, será identificada a natureza do inquérito policial, bem como se deve ou não haver aplicação do princípio do contraditório, levando-se em conta a atual exigência da presença de advogado, constituído ou nomeado, para o indiciamento do investigado nesta fase inquisitorial.

A discussão do presente trabalho ater-se-á à aplicação do princípio do contraditório à primeira fase da persecução penal, ou seja, ao inquérito policial. Busca-se resolver a questão e chegar a uma única possibilidade, apresentando-se, para tanto, as posições divergentes entre doutrina e jurisprudência, chegando-se a um denominador comum entre as posições antagônicas apresentadas por nossos doutrinadores.

O tema é por demais conflitante, e dependendo da posição adotada mudar-se-á não só a natureza do procedimento, mas as efetivas garantias reconhecidas e aplicadas em procedimentos administrativos, com consequências diretas aos investigados no âmbito de um inquérito policial.

Diante dessas premissas, o primeiro capítulo analisará os princípios constitucionais, a importância destes dentro do arcabouço jurídico, bem como a

conceituação, chegando-se à análise conseqüente dos chamados princípios gerais do Direito. Também, por se tratar de matéria de suma importância para a completa elucidação do tema, será feita diferenciação entre princípios e regras; buscando-se a efetividade dos princípios constitucionais, faz-se mister observar como se dá a elucidação de eventuais conflitos entre ambos.

No segundo capítulo haverá breves apontamentos dos princípios e garantias constitucionais, consagrando-se e discorrendo-se acerca dos mais relevantes princípios que norteiam o Direito processual penal, tarefa essencial para se chegar, ao final, às diretrizes das formas de interpretação legal. Esta última matéria, dentro do trabalho a ser elaborado, é de essencial valia, pois, por intermédio da interpretação teleológica, chegar-se-á a conclusão final acerca da admissibilidade, ou não, do contraditório no âmbito do inquérito policial.

Já no terceiro capítulo será focado um dos centros da presente discussão, qual seja, o princípio do contraditório, enquadrando-se dentro do princípio do devido processo legal, bem como tecendo as distinções com o princípio da ampla defesa, com que guarda íntima relação. Buscando-se a efetividade do devido processo legal, deve-se dar especial atenção às garantias fundamentais processuais, tratando-se o contraditório e a ampla defesa de vigas de legitimidade da atuação do Estado de Direito.

Em continuação, no capítulo quarto, antes de se adentrar no estudo do inquérito policial, é fundamental a análise conceitual do processo e suas conseqüências jurídicas. Após essa conceituação, será abordada a definição de procedimento, bem como a distinção entre ambos os institutos, noções indispensáveis para se chegar à conclusão acerca da natureza jurídica do inquérito policial e, em conseqüência, a aplicação ou não das garantias constitucionais processuais ao mencionado procedimento.

No quinto capítulo, de forma minuciosa e atento aos detalhes do inquérito policial, serão analisadas as suas características e conseqüências, da instauração até as conclusões possíveis. Será enquadrado, após sua conceituação e descrição das principais etapas, autores e destinatários, bem como o procedimento, dentro da natureza jurídica que se entende pelo desenrolar do trabalho.

Para o último capítulo deixaremos o arremate da pesquisa, enfocando mais uma vez a natureza do inquérito policial, mencionando as garantias constitucionais eventualmente aplicadas a ele, bem como a sua relação direta com o princípio do contraditório. Será proposta a não aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial, por se tratar de mero procedimento inquisitorial-administrativo, tornando lícita a prova colhida ou formada sem que dito princípio se faça presente.

Finalmente, a conclusão retoma, em síntese, os principais aspectos tratados ao longo da pesquisa nos capítulos anteriores, e que possibilitaram se chegar à conclusão pela não aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial.

CAPÍTULO 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Princípios Constitucionais

No decorrer dos tempos percebe-se um aumento considerável na utilização dos princípios, que antes eram tratados apenas por nossos doutrinadores, também pela jurisprudência, utilizando-os como forma de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, circunstâncias estas que, por si só, já tornam de suma importância o estudo do tema. A doutrina distingue, em geral, as normas como regras e princípios, colocando estes como as que abarcam os interesses mais relevantes da sociedade, não podendo ser atingidos por disposições contidas em regras.

As constantes mudanças no mundo atual, com o surgimento de novas tecnologias e modernos meios de comunicação, exigem uma adaptação do ordenamento para se obter a sempre almejada segurança jurídica, razão de ser do próprio Direito em sua essência. Nesse cenário, visando atingir tais objetivos, surge a importância maior dos princípios constitucionais, dando um rumo em que o hermeneuta deve seguir na difícil atividade de adaptação do direito posto às novas situações jurídicas que vão surgindo num mundo globalizado.

Definição encontrada no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira e Marina Baird Ferreira¹ mostra-nos o princípio em várias acepções:

Princípio: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...]. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.

Ao continuar-se na análise do referido dicionário, em passagem mais adiante apresenta-se o significado de princípios – no plural -: “Princípios. [...] 4. Filos.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio eletrônico**. Versão 2.0. [S.l.]. Regis e J.C.M.M., 1996.

Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.”²

Percebe-se assim que no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. Na definição de princípios jurídicos, feito pelo professor Roque Antônio Carraza,

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.³

Assim, os princípios são a base, o alicerce de um sistema jurídico, verdadeiras proposições lógicas que fundamentam e sustentam um sistema. Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, condensando bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico.

Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos,

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto aos princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.⁴

Percebe-se, por esta rápida conceituação, que o aplicador do Direito passou a ter, nos dias atuais, como função essencial, não só conhecer os princípios, mas também saber como e onde aplicá-los, entendendo a função destes princípios para que se lhe apliquem corretamente. O princípio passou a ter não só a função de vetor de interpretação, mas também a de delimitador da vontade subjetiva do aplicador do

² FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio eletrônico**. Versão 2.0. [S.l.]. Regis e J.C.M.M., 1996.

³ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

Direito, prevendo balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará a tarefa de fazer a justiça do caso concreto.

Passam a ser os princípios uma fonte de legitimação das decisões tomadas pelos aplicadores do Direito, em especial os magistrados em suas manifestações, pois, quanto mais procurarem tornar eficazes os princípios constitucionais, mais legítima será a decisão. Nas palavras de Paulo Bonavides, “[...] são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.”⁵

1.2 Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do Direito, classificados como princípios monovalentes, segundo Miguel Reale⁶, são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São os alicerces do ordenamento jurídico, informando o sistema independentemente de estarem positivados em norma legal.

Cabe lembrar que os princípios são proposições mais abstratas que dão razão ou servem de base e fundamento ao Direito, servindo não só de orientação, mas também de limite ao arbítrio dos aplicadores do Direito, sem que violem a consciência social. Contribuem para dotar o ordenamento jurídico em seu conjunto de seguridade, assegurando que condutas que se ajustem à Justiça não se vejam reprovadas pela norma positiva, e permitindo resolver situações não contempladas em norma alguma positiva, mas que tenham relevância jurídica.

Como acima declinado, podem os princípios gerais do Direito estar ou não previstos no texto legal, todavia, todos são positivados, na medida em que possuem vigência sociológica. Em sua lição, De Plácido e Silva ensina que os “[...] princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica.”⁷

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 254.

⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 299.

⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 447.

Dentro da Filosofia do Direito, encontramos a relação dos princípios com os preceitos imutáveis do Direito natural⁸, que correspondem a uma justiça maior e essencial, emanada da própria ordem equilibrada da natureza, independente da vontade do homem. Já na Teoria Geral do Direito, os princípios gerais são enunciados normativos – de valor muitas vezes universal – que orientam a compreensão do ordenamento jurídico⁹, levando em conta as ideias de justiça, liberdade, igualdade, democracia, dignidade, etc., que serviram, servem e poderão continuar servindo de alicerce para a construção do Direito, em constante evolução.

Os princípios gerais do Direito dentro do sistema jurídico brasileiro encontram-se previstos na Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰, a qual reza que “[...] quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nas lições de Miguel Reale, tais princípios são “[...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”¹¹

Na sempre difícil conceituação dos princípios gerais do Direito, Luiz Regis Prado afirma que “[...] não são normas jurídicas *stricto sensu* e não integram o repertório do ordenamento jurídico, mas tomam parte em sua estrutura, isto é, na relação entre as normas de um sistema, conferindo-lhes coesão.”¹² Na mesma esteira se pronuncia Tércio Sampaio Ferraz Júnior, informando que tais princípios “[...] compõem a estrutura do sistema, não o seu repertório. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo.”¹³ Já para Norberto Bobbio¹⁴, os princípios gerais do Direito são, de fato, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema.

⁸ REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 67 et seq.

⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios Gerais do Direito**. Tradução de Fernando de Bragança. São Paulo: Líder, 2003.

¹⁰ Artigo 4º - BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.102.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 188.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. p. 223.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1997. p. 158.

1.3 Princípios e Regras

Distinguir regras e princípios constitui a base da justificação jusfundamental, sendo um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Além disso, tal distinção constitui um ponto de partida para se responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

No gênero normas, enquadram-se as espécies regras e princípios; assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas. Nos dias atuais não há como, de forma simplista, definir o que sejam estas espécies, como se fazia há ainda pouco tempo atrás, onde o único fator distintivo entre ambas era o critério da generalidade. De forma mais acertada, nota-se que a incidência das regras está adstrita a determinadas situações, sendo tipificada de forma sempre mais objetiva; por outro lado, os princípios possuem maior grau de abstração, podendo ser aplicados às mais variadas situações.

Desde já cabe fixar a inexistência de hierarquia entre regras e princípios constitucionais, muito embora possam desempenhar funções distintas dentro do ordenamento jurídico. Assim a lição do professor Willis Santiago Guerra Filho, distinguindo

Normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.¹⁵

Assim, de todas as grandes celeumas que envolvem a Teoria dos Direitos Fundamentais, a distinção entre regras e princípios é certamente aquela que provoca infundáveis controvérsias no meio acadêmico e a qual os juristas estão cada vez mais longe de chegar ao menos perto a algum denominador comum acerca de seu objeto. Pode-se elencar três grandes teorias que se preocuparam em depurar as diferenças entre os princípios e as regras. Segundo o mestre

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007. p.52.

Bonavides¹⁶, em primeiro lugar, existem os defensores de que, pelas mais variadas razões, não existe nenhuma diferença entre as espécies do gênero norma. Eles rejeitam, peremptoriamente, a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.

Nas lições de Canotilho¹⁷, há, contudo, aqueles que advogam que a distinção entre ambos seja de grau (referindo-se a grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade). Esses são os representantes da Teoria da Separação de Grau, para os quais os princípios são, tradicionalmente, definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, ou seja, os princípios seriam, neste viés, as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização daqueles, e, por isso, apresentam um caráter mais instrumental e menos fundamental.

Já a última corrente, preconizada por Alexy¹⁸, é a chamada Teoria da Separação Qualitativa, a qual preconiza que a distinção entre as espécies normativas é de caráter lógico. Adotaremos essa tese como o fundamento da nossa tomada de posição, pois acreditamos ser essa a teoria que melhor constrói a resposta para a diferenciação entre as regras e os princípios.

Ela tem início com o pensamento de Ronald Dworkin¹⁹; argumenta ele que, ao lado das regras também co-existem os princípios, e estes, ao contrário daquelas, possuem outra dimensão além da dimensão da validade, ou seja, a dimensão do peso. Assim, as regras ou valem, e por isso são aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e logo não são aplicáveis. Já para os princípios essa indagação de validade perde sentido, uma vez que no caso de colisão entre eles, o que se procura avaliar é o peso de cada princípio conflitante. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso.

Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 249.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1086-1087.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 83-84.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 90 et seq.

suficiente para ser decisivo naquele caso concreto, o que não afasta, no entanto, que em outros casos a situação possa se inverter. Esta é certamente a melhor resposta para dar condições de admissibilidade para esta teoria. Robert Alexy²⁰, com base no pensamento de Ronald Dworkin, elabora sua teoria e aperfeiçoa alguns pontos essenciais, dando maior rigor científico para a teoria da separação qualitativa.

Nas lições de Alexy, parte-se do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, pelo fato de ambos dizerem o que “deve ser”. A diferença entre ambos será sempre sob o aspecto qualitativo: enquanto os princípios são “[...] mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, [...] as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não”²¹. Dworkin²² também alude a esta diferenciação entre regra e princípio, a qual dá à regra este caráter mais radical de cumprimento ou de descumprimento, ao passo que ao princípio destaca a dimensão do peso ou importância.

Segundo as lições de Alexy²³, há uma série de elementos que auxiliam na diferenciação entre princípios e regras, dentre os quais se pode destacar: a) grau de generalidade; e b) diferenças quanto à qualidade.

Os princípios possuem grau de generalidade, enquanto as regras possuem grau baixo de generalidade (grau de abstração relativamente reduzido). Destarte, os princípios gozam de certa indeterminabilidade na aplicação ao caso concreto, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação imediata²⁴. Pode-se concluir, assim, que os princípios fundamentam toda a ordem jurídica através do universo de valores, devendo ser utilizados para preencher as lacunas existentes na lei, além de originarem outros princípios correlatos.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 81 et seq.

²¹ Ibid., p. 85 et seq.

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101 et seq.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85-86.

²⁴ Ibid., p. 85-86.

Ademais, os princípios e as regras constituem condutas, permissões e mandamentos, fazendo parte do chamado juízo do dever ser²⁵. Ocorrendo choque entre princípios e regras, aquele deve prevalecer, ao passo que se o caso envolver colisão entre princípios, a solução passará pelo exame da lei de colisão.

Quanto à qualidade, cabe desde já estabelecer que os princípios são mandatos de otimização. Enquanto os princípios configuram ordem, não deixam margem para descumprimento e devem ser atendidos, as regras devem ser cumpridas ou não. Nos casos onde houver colisão entre princípios, deve-se interpretá-los para se alcançar a solução do caso concreto, mas jamais desatendê-los. Quanto a eventual conflito de regras, o problema será resolvido no campo da validade, e não no caso concreto como ocorrerá na colisão de princípios²⁶.

Com isso, percebe-se que os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. As regras, por sua vez, não deixam margem para outra solução. De forma simplista pode-se estabelecer que os princípios servem de acessórios interpretativos, formando enunciados que consagram conquistas éticas da civilização, aplicando-se a todos os casos concretos. Já no tocante às regras, há possibilidade de melhor interpretá-las no campo da validade, sem que se chegue à imperatividade observada nos princípios.

Essa distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

No conflito de regras a solução será a introdução em uma delas de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou a declaração de invalidade de uma das regras, que será expurgada do ordenamento jurídico. O conflito de regras se opera no nível da validade jurídica, que não comporta graus – uma norma vale ou

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 86-87.

²⁶ Ibid., p. 86-88.

não vale juridicamente. O que é necessário ressaltar é que a decisão sobre o conflito de regras é uma decisão acerca da validade²⁷.

Já no tocante aos princípios a colisão entre eles deve ser solucionada de maneira totalmente distinta, no campo do valor²⁸, tendo um que ceder face ao outro. Isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que no princípio desprezado deva ser introduzida uma cláusula de exceção; o que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias, havendo, no caso concreto, prevalência do princípio com maior peso²⁹.

Nas lições de Canotilho³⁰ pode-se concluir que a primeira propriedade importante que resulta do que até aqui foi dito é o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios. Enquanto os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não constituindo ordens definitivas, as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contendo uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Em suma, os princípios determinam os objetivos do sistema jurídico sobre a comunidade que ele governará; as regras serão os instrumentos específicos para atingir estes fins, abstratos em sua maioria, e de efeitos indeterminados. Os princípios são reverenciados como pilares de qualquer ordenamento jurídico, explicitando valores e instituindo determinados comportamentos preliminares a serem observados, mas que podem colidir entre si ou serem aplicados parcialmente, prevendo fins a serem atingidos.

A melhor definição de princípios seria a de que são normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização preveem com menor exatidão qual o comportamento devido, dependendo assim mais intensamente da sua relação com

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 02, p. 139, 2003.

²⁹ ALEXY, op.cit., p. 94, nota 27.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 1086.

outras normas e de atos de interpretação para a determinação da conduta devida³¹. Por outro lado, regras são normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido, dependendo menos intensamente da sua relação com outras normas e de determinados atos de interpretação.

Pode-se afirmar que os princípios expressam deveres *prima facie*. Em sua aplicação concreta, contudo, o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados. Aquele dever definitivo terá, sim, que ser realizado no todo, mas isso não significa que a distinção entre regras e princípios seja afetada³², pois não é o conteúdo de dever-ser dos princípios que estará sendo realizado no todo, mas somente o conteúdo de dever-ser de uma regra que terá surgido como produto do sopesamento entre os princípios colidentes, valendo somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas.

1.4 Colisão entre Princípios

Premissa básica para o estudo e entendimento da colisão entre princípios é a idéia inicial de que os princípios se correlacionam e se interagem. Ao se analisar um caso concreto pode-se constatar que mais de um princípio possa ser aplicado, gerando dúvidas de qual possa ser efetivamente utilizado sem prejuízo ao ordenamento; tal circunstância levou à fixação de determinados critérios para tentar afastar a colisão. De acordo com o caso concreto, deve o intérprete dar privilégio a um em detrimento de outro, caso ocorra eventual colisão, dentro de um juízo de ponderação, mas jamais deverá desatender ou violar um princípio, sob pena de colocar em risco a integralidade do sistema jurídico.

Essencial, ainda, que se tenha em mente a diferença entre regras e princípios, pois a norma que consagra direito fundamental será sempre

³¹ GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 02, p. 142, 2003.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 92.

compreendida como principiológica. Os princípios são mandamentos de otimização, trazendo em seu bojo valores que se cumprem na medida do possível, fato que distancia a solução da colisão de princípios do conflito de regras; eventuais colisões entre princípios serão solucionadas de forma que o acatamento a um não implique o desrespeito completo do outro.

Com efeito, há uma conjugação dos objetivos previstos em cada princípio, para que se escolha qual será prevalente em determinado caso concreto. Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, ou, então, que no princípio desprezado deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias do caso concreto, prevalecendo o princípio com maior peso.

Enquanto o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso. Na ponderação entre dois princípios de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto; essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado.

Assim, o conflito deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, estabelecendo-se qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto. Os dois princípios conduzem a uma contradição: isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é solucionada declarando um destes princípios inválidos e eliminando-o do sistema jurídico, ou, então, introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada, indicando as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. Assim, não há que se falar em relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros.

Não há hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso se diz existir uma relação condicionada, ou concreta, relativa, devendo-se chegar à conclusão de qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Na verdade não se fala em precedência de um princípio, interesse, pretensão, direito ou de algum outro objeto similar, mas se mencionam condições, segundo as quais se produz uma lesão de um direito fundamental.

Chega-se, após essas conclusões, à chamada lei de ponderação, que pode ser resumida da seguinte forma: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis.

No escólio de Alexy³³, para se chegar à solução da colisão, deve-se seguir alguns passos na chamada “fases da ponderação”: (a) primeiro se investigam e identificam os princípios em conflito; (b) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (c) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros). O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece.

Cabe novamente lembrar que, antes de iniciar qualquer ponderação, nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro, mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro, estabelecendo assim algumas exceções. Conclui-se que os princípios ordenam que algo deva ser

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87 et seq.

realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não constituindo, como acima já dito, determinações finais.

CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E INTERPRETAÇÃO DA LEI

2.1 Princípios e Garantias Constitucionais

Visando resguardar-se o Estado Democrático de Direito, abalado após o longo período ditatorial, onde se consagrou o totalitarismo e, com ele, a supressão de direitos constitucionais do cidadão, leis foram promulgadas sempre com o objetivo de se restabelecer as liberdades individuais. Importante marco nesta luta pela democracia foi a promulgação da Constituição da República, em 1988, onde ressurgiu o Estado Constitucional Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, *caput*, da aludida carta política.³⁴

Trouxe a Constituição Federal, em seu bojo, um conjunto de normas que delimitaram a estrutura e organização dos poderes públicos, fixando-lhes critérios de competência e limites de atuação, bem como disciplinando os direitos e deveres dos cidadãos, tais quais os direitos fundamentais do homem e das garantias que os sustentam.

Também no contexto constitucional foram inseridas as garantias, os princípios e os direitos. Por garantia entendem-se as normas constitucionais que visam a proteção do indivíduo, assegurando-lhe a satisfação de um direito.³⁵ Já os princípios³⁶, por sua vez, são os valores eleitos pelo legislador constituinte como sendo aqueles formadores da base do Estado, cumprindo também a tarefa de dar unidade ao sistema normativo, bem como auxiliar na interpretação e integração do Direito.

2.2 Finalidade do Processo Penal e Sistemas Processuais

Pode-se afirmar que a finalidade mediata do processo penal se confunde com a do Direito Penal, na exata medida em que ambas visam, de forma geral, a proteção da sociedade e a busca incessante pela defesa dos interesses jurídicos,

³⁴ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.”

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

³⁶ *Ibid.*

resguardando-se assim a convivência harmônica das pessoas dentro do território nacional. Quanto ao objetivo imediato, o processo penal intenta conseguir, mediante intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal; para que o litígio seja solucionado de forma correta, deve o juiz apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal.

Decorrente destas finalidades do processo penal, decorrem três espécies de sistemas processuais, levando-se em conta a forma com que se apresentam bem como os princípios que os informam: o inquisitivo, o acusatório e o misto. No sistema inquisitivo há uma forma autodefensiva de administração da Justiça, inexistindo regras de igualdade e liberdade processuais. Já no sistema acusatório ocorre uma verdadeira relação processual com o *actum trium personarum*, estando em pé de igualdade o autor e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz. Por fim, o sistema misto, ou acusatório formal, é constituído de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatória), e de um posterior juízo contraditório (de julgamento).

2.3 Princípios que Regem o Direito Processual Penal

2.3.1 Princípio da Legalidade e Princípio da Reserva Legal

A máxima *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (nenhum crime, nenhuma pena sem lei anterior) expressa o que se denomina de princípio da reserva legal, um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça. Surgiu este princípio com a Carta Magna inglesa arrancada pelos nobres ao rei João Sem Terra, em 1215, referindo-se de forma implícita a essa garantia legal.

Porém, foi só com a Revolução Francesa em 1789, que o princípio da legalidade adquire universalidade através da Declaração dos Direitos do Cidadão: “A lei não deve estabelecer senão penas estritamente e evidentemente necessárias e

ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.³⁷”

O artigo 1º do Código Penal enuncia o princípio da reserva legal, cuja ementa é “anterioridade da lei”, da seguinte maneira: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.³⁸” Igual disposição traz a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX ao determinar que: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]”³⁹.

Vale dizer, não haverá crime, nem aplicação de pena sem que uma lei anterior defina e preveja. Para que determinado fato humano seja considerado criminoso, deve estar previsto numa lei elaborada e promulgada antes de sua prática. O mesmo se diga em relação à pena: tem ela que estar prevista numa lei escrita, anterior ao fato, caso contrário não poderá ser aplicada, como consequência, àquele que praticou o delito. Trata-se de uma garantia de liberdade para os que não infringem uma norma tida pelo Estado como delito.

A reserva legal pode ser entendida tanto sob um enfoque político, em que se resguarda a garantia de liberdade civil, segundo o qual a criatura pode fazer tudo aquilo que a lei permite e somente será punida se fizer o que ela não permite que se faça, como por um aspecto jurídico, fixando um conteúdo da norma penal incriminadora, afastando-se a tipificação de um ilícito penal de forma genérica, sem definição prévia da conduta punível e determinação da sanção aplicável, resguardando-se o cidadão do arbítrio do poder estatal.

Costuma-se distinguir entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal. No primeiro a palavra “lei” é tomada em sentido amplo, abarcando todas as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal (lei complementar, ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo e resoluções), como está

³⁷ DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. Votada em 02 de outubro de 1789, pela Assembléia Nacional Francesa. Disponível em: <http://www.geocities.ws/cp_adhemar/ehd11.1_Decl_Dir_H_Cid_Fr.01_x.html>. Acesso em: 10 jun. 2011.

³⁸ Artigo 1º - BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

³⁹ Artigo 5º, inciso XXXIX - BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

consagrado no artigo 5º, da Magna Carta; no segundo, a palavra “lei” é tomada em sentido estrito, abrangendo apenas a lei complementar e a ordinária.

Vale consignar, no entanto, que o princípio da reserva legal não se aplica às normas penais não incriminadoras. Assim, nada impede, por exemplo, que a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito estabeleçam causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, que aumentam o campo da licitude.

Levando-se em conta tais premissas, as leis não só têm a finalidade de estruturar a vida em sociedade, mas, também, devem limitar o poder estatal, coibindo qualquer excesso por parte deste, assegurando a todos os cidadãos meios para rechaçar as arbitrariedades cometidas pelo Estado.⁴⁰

2.3.2 Princípio do Devido Processo Legal

Também com origem na Magna Carta de João Sem Terra, o princípio do devido processo legal passou a ser chamado de *due process of law*, mas somente após a independência dos Estados Unidos⁴¹ atingiu o ápice de sua elaboração doutrinária e jurisprudencial, significando uma verdadeira forma de organização do Estado que visa proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. No nosso ordenamento jurídico, o princípio em questão está consignado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, e dispõe que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Nas palavras do professor Antônio Scarance Fernandes,

O processo é o ponto de convergência e irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É mediante o

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 95-96.

⁴¹ A Constituição estadunidense, na emenda nº V estabelece o devido processo legal nos seguintes termos: “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. A Constituição dos Estados Unidos da América. Austin, Texas, 02 ago. 1994. Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa.⁴²

Assim, se uma pessoa pratica uma conduta descrita em lei como crime, ela será julgada pelo Estado e poderá ser condenada ou absolvida, mas não sem antes ser devidamente processada, garantindo-se assim, também, o acesso à Justiça, o direito de ação e o direito de defesa.

2.3.3 Princípio do Estado de Inocência

Como consequência direta do princípio do devido processo legal está o denominado princípio da presunção de inocência. Segundo o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; com isso entende-se que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo, e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Interpretando-se o dispositivo em tela, chega-se à conclusão que, para que haja uma condenação efetiva de um acusado, o juiz deve ter a convicção de que foi ele o responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*). Como se sabe, as pessoas nascem naturalmente inocentes, e, em caso de dúvidas acerca da responsabilidade dentro de um processo-crime, este estado de inocência deve permanecer, absolvendo-se o acusado.

Em decorrência deste princípio entende-se que a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, e, também, que o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao órgão acusador, representando o Estado, comprovar a sua culpa. Na verdade, entende-se hodiernamente que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou seja, um estado de inocência, haja vista que

⁴² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

a pessoa somente muda seu *status* após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.⁴³

Há, ainda, autores, que denominam o referido princípio como “princípio da não-culpabilidade”. Assim entende Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, defendendo que

Não se presume ninguém inocente. Não se considera, não se pode tomar, sim, alguém, previamente, como culpado, antes de decisão judicial condenatória; com trânsito em julgado. É a definição jurídico-penal positiva e firme que estabelece ser o fato infração penal e o increpado seu autor, co-autor, ou partícipe. Antes, é vedado tratá-lo como infrator da lei penal, como condenado. Assim, fazendo-o padecer, para além do que importa ao resultado útil do processo. Não se cuida, pois, de raciocínio por presunção.⁴⁴

2.3.4 Princípio da Celeridade

O princípio da duração razoável do processo, ou princípio da celeridade, visa assegurar a todos os litigantes, no âmbito administrativo ou judicial, uma solução concreta em prazo não excessivamente longo, buscando imprimir maior qualidade, celeridade e, conseqüentemente, eficiência e eficácia na atividade jurisdicional do Estado. Tal princípio está consignado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República⁴⁵.

Porém, antes mesmo do advento do inciso supra referido, o princípio em comento já se encontrava no âmbito do princípio da eficiência, consagrado no artigo 37 do Texto Excelso.⁴⁶ Não se olvidando que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual assegura o direito de ação, do acesso ao Judiciário tem por escopo o recebimento da prestação jurisdicional cabível tempestiva e adequada. Trata-se assim de garantia fundamental, individual e coletiva. Conclui-se, portanto,

⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88.

⁴⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial**. Disponível em: <http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/evandro_lins_homen.doc>. Acesso em: 10 jun. 2011. p. 7.

⁴⁵ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁴⁶ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.”

que o compromisso com o fim pretendido pelo processo somente será alcançado quando a parte verificar seu resultado em tempo hábil.

2.3.5 Princípio da Verdade Real

Com base no princípio da verdade real estatui-se que o direito de punir do Estado somente será exercido contra aquele que praticou a infração penal, e nos exatos limites de sua culpa, numa investigação que não encontra barreiras na forma ou na iniciativa das partes. A verdade real identifica-se com o que efetivamente acontece; difere da verdade formal, algo que se aceita como verdade, ainda que não corresponda a ela, tais como presunções legais, transações, coisa julgada, etc.

2.3.6 Princípio da Oralidade

Pelo princípio da oralidade as declarações perante os juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral, ao contrário do procedimento escrito. Decorrem desse princípio: a) necessidade de concentração, que consiste em realizar-se todo o julgamento em uma ou poucas audiências a curtos intervalos; b) imediatidade, ou imediação, consistente na obrigação do juiz ficar em contato direto com as partes e as provas, recebendo assim, também de maneira direta, o material e elementos de convicção em que se baseará o julgamento; e c) identidade física do juiz, que é a vinculação do magistrado aos processos cuja instrução iniciou. Com isso, estabelece-se o que se denomina de procedimento oral.

2.3.7 Princípio da Publicidade

A publicidade, garantia para o indivíduo e para a sociedade, decorre do próprio princípio democrático. O princípio da publicidade dos atos processuais está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal; consagra interesse da comunidade, no exato momento em que se contrapõe ao procedimento secreto, característica do sistema inquisitório que afasta do acusado o direito de defesa e cria um regime de censura e irresponsabilidade.

Pode esta publicidade ser geral ou plena, onde os atos praticados poderão ser assistidos por qualquer pessoa, ou então, especial ou restrita (publicidade para as partes), quando um número reduzido de pessoas pode estar presente a eles. Poderá ser, ainda, imediata, podendo-se tomar conhecimento dos atos diretamente, ou mediata, quando os atos processuais só se tornam públicos através de informe ou certidão sobre sua realização e conteúdo.

2.3.8 Princípio da Obrigatoriedade

De acordo com o princípio da obrigatoriedade, os órgãos encarregados da persecução penal não têm poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência de apresentar sua pretensão punitiva ao Estado-Juiz. Tal princípio obriga a autoridade policial a instaurar o inquérito policial, bem como o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública incondicionada. A lei nº 9.099/95⁴⁷, possibilitando a composição e a transação antecedentes ao oferecimento da denúncia, mitigou o princípio da obrigatoriedade.

2.3.9 Princípio da Oficialidade

Deve o Estado, em sua função administrativa, instituir órgãos que assumam a persecução penal; de acordo com o princípio da oficialidade, os órgãos encarregados de deduzir a pretensão punitiva serão sempre órgãos oficiais, sendo exemplos em nosso ordenamento a Polícia e o Ministério Público. Tem estes órgãos autoridade, ou seja, podem determinar ou requisitar provas, diligências ou quaisquer atos necessários à instrução do inquérito policial ou da ação penal, resguardando-se, logicamente, as restrições constitucionais. Exceção a esse princípio é a ação penal privada, que ficará nas mãos do particular.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1995. p. 15033. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

2.3.10 Princípio da Indisponibilidade do Processo

Consequência lógica do princípio da obrigatoriedade do processo está o da indisponibilidade, que vigora inclusive na fase do inquérito policial. Uma vez instaurado o inquérito policial, não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado, prevendo a lei tanto prazo para a sua conclusão como a proibição da autoridade policial arquivar os autos. Mesmo no caso em que o membro do Ministério Público requeira o arquivamento de um inquérito policial, a decisão é submetida ao juiz, como fiscal do princípio da indisponibilidade. Também há proibição expressa ao Ministério Público desistir da ação penal já instaurada, ou mesmo do recurso já interposto.

2.3.11 Princípio da Iniciativa das Partes e do Impulso Oficial

Cabe à parte ofendida a iniciativa de propor a ação penal, não se podendo conceder ao juiz a possibilidade de deduzir a pretensão punitiva perante si próprio (*ne procedat iudex ex officio*). Com isso, incumbe ao Ministério Público propor a ação penal pública e, ao ofendido ou seu representante legal, a ação privada. Consequência direta é que o juiz, ao decidir a causa, deve cingir-se aos limites do pedido do autor e das exceções deduzidas pela outra parte. Proposta a ação penal por iniciativa da parte, far-se-á presente o princípio do impulso oficial ou “ex officio”, onde assegura-se a continuidade no procedimento processual, impedindo-se a sua paralisação até que haja a solução do litígio de forma definitiva, respeitando-se assim o princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal.

2.4 Interpretação da Lei Processual Penal

2.4.1 Conceito de Interpretação

A interpretação é o processo lógico que procura estabelecer a vontade da lei. Interpretar é descobrir o verdadeiro conteúdo da norma jurídica. Trata-se de uma operação mental que busca estabelecer o significado e a vontade da lei; não é apenas conveniente, é necessária. A lei é a expressão de uma vontade abstrata que

é preciso buscar para aplicar a casos individuais e concretos, palpitantes de vida. Compete ao intérprete a sua aplicação na vida real, aos casos concretos que são levados ao seu conhecimento e que exigem uma solução.

Um bom aplicador do Direito deve ser um bom intérprete, não se limitando a contemplar a lei, não podendo apenas entendê-la, mas, também, analisá-la e criticá-la. Assim agindo chegará a uma interpretação mais elevada e mais ampla, extraíndo todas as projeções e repercussões naturais da lei, dando-lhe a exata colocação dentro do quadro geral da legislação, que deve ser coerente, lógico, harmônico e presidido pela noção de equidade.

Assim, sancionada, a lei passa a ter vigência, todavia se encontra num plano abstrato porque ainda não foi aplicada e é nesse preciso instante, diante do caso concreto a dirimir, que surge a imperiosa necessidade de compreendê-la, isto é, de interpretá-la, pois, como se sabe, vontade da lei é uma coisa e vontade do legislador é outra. Por mais clara que seja a lei ela está sempre a exigir um mínimo de interpretação, um esforço lógico para sua compreensão.

2.4.2 Classificação

Costuma-se dividir a interpretação da lei segundo o sujeito que a realiza, os meios e os resultados. Segundo os sujeitos, a interpretação pode ser: a) autêntica ou legislativa; b) judicial ou jurisdicional; e c) doutrinária ou privada. Relativamente aos meios empregados, pode ser: a) gramatical ou literal; e b) lógica ou teleológica. Quanto aos resultados obtidos apresenta-se como: a) declarativa; b) restritiva; c) extensiva; d) progressiva; e e) analógica.

A interpretação autêntica ou legislativa é a realizada pelo próprio legislador, através de nova lei, com o objetivo de declarar conceitos ou aclarar palavras confusas de outra lei. Trata-se de uma lei interpretativa, que retroage no tempo para esclarecer a vontade efetivamente contida na lei interpretada. Pode ser dividida, ainda, em contextual ou simultânea, realizada no próprio texto da lei interpretada, e posterior, que se faz mediante uma nova lei para esclarecer conceitos obscuros da anterior, surgindo a lei interpretativa depois da lei interpretada.

Já a interpretação judicial ou jurisdicional é a feita pelos juízes e tribunais a respeito de determinado assunto legal. Difere a interpretação judicial da autêntica porque tem força apenas no caso concreto, enquanto aquela é destinada a resolver questões genéricas não-individuais. Constitui a revelação do pensamento da lei feita por seu órgão aplicador, o Poder Judiciário; quando essa interpretação é constante e uniforme, a respeito de determinada questão de Direito, ela assume caráter de jurisprudência.

Por interpretação doutrinária entende-se a feita por especialistas, estudiosos, cultores, filósofos e cientistas do Direito, os quais, através de livros, artigos e conferências, procuram aclarar o melhor entendimento dos textos legais. Nesse sentido a “Exposição de Motivos”, do Código Penal, é verdadeira interpretação doutrinária. Este entendimento dado pelos escritores ou comentadores do Direito não tem força obrigatória.

Quanto aos meios, ou métodos de interpretação, pode ser ela gramatical ou literal, tratando-se da forma mais simples de interpretação, pois consiste na busca do significado próprio das palavras contidas na lei. As palavras da lei devem ser entendidas no seu sentido natural, segundo o uso geral, porque a lei é feita para o povo também interpretá-la; todavia, quando forem usadas palavras técnicas, deve ser dado a elas o seu sentido legal.

Vencida esta primeira fase, geralmente insuficiente, tem-se que passar a uma segunda fase, a denominada interpretação lógica ou teleológica, cuja finalidade é buscar a vontade da lei, a sua finalidade (*ratio legis*). Segundo disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, “[...] na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” A validade da norma não se restringe à sua vigência formal, mas em especial na coordenação e harmonia com o sistema em sua totalidade.

Uma escorreita interpretação lógica deve levar em consideração: a) as circunstâncias do momento em que a lei se originou; b) a ocasião em que foi promulgada; c) a razão que a fez ser editada; d) o conjunto de condições que historicamente deram nascimento à lei e o processo sofrido por ela até se transformar em disposição legal; e) o enquadramento no sistema a que pertence; f) a

ratio legis (finalidade prática da norma, considerando-se qual o bem ou interesse jurídico que visa proteger); g) a comparação com normas similares do direito estrangeiro; h) a rubrica ou ementa da lei (síntese do pensamento do legislador); e i) a indispensável descoberta da vontade da lei no tempo exato de sua aplicação, lançando-se mão de fatores sociais, econômicos, políticos e morais, numa verdadeira oxigenação do preceito.

Quanto aos resultados, a interpretação será declarativa quando houver correspondência entre a letra e a vontade da lei, sem ampliação ou restrições da fórmula; o texto examinado não é nem ampliado nem restringido em seu significado, apenas é aclarado. Denominar-se-á restritiva quando a palavra da lei, sua expressão gramatical, for além do que ela realmente queria dizer, pelo que, então, cumpre ao intérprete reduzi-la a uma expressão verbal que corresponde à sua real vontade. Já a extensiva ocorre quando há necessidade de se ampliar o alcance das palavras da lei, as quais estão em desacordo com a sua vontade (*minus dixit quam voluit* – as palavras estão a dizer menos do que a vontade da lei).

Será progressiva a interpretação, também denominada evolutiva ou adaptativa, quando se adapta o sentido da lei a diferentes situações sociais ou morais alteradas pelos costumes ou pela cultura, embora o preceito mantenha-se inalterado. Há uma clara adaptação da lei às necessidades e concepções presentes, não podendo o intérprete ficar alheio às transformações sociais, científicas e jurídicas; não sendo o mundo estático, o Direito também não o pode ser. Por fim, a interpretação analógica ou *intra-legem* ocorre quando a uma fórmula casuística segue-se uma genérica, devendo-se entender que esta compreende casos semelhantes aos mencionados naquela.

CAPÍTULO 3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

3.1 Direito de Defesa

Desde os tempos primitivos, a humanidade sempre buscou regular sua conduta em sociedade com o intuito de pacificar os conflitos e restaurar a ordem social. Para que tal desiderato fosse atingido, o Estado, diante de fatos sociais que infringissem normas impostas, criou sanções para coibi-las. No entanto, este mesmo Estado passou a aplicar referidas sanções de forma arbitrária, não dando ao suposto infrator qualquer possibilidade de defesa. Assim, não se podia falar em direito a defesa e presunção de inocência, existindo apenas o poder de império do Estado.

Além do Estado inquisidor, em determinado momento histórico houve a influência da Igreja católica como acusador e julgador, que investia sobre o acusado todo seu poderio sem ao menos dar-lhe a oportunidade de contestar qualquer acusação, condenando-o a morte na fogueira. Com a injusta prisão do Marquês de Beccaria, o direito de defesa e a presunção de inocência passam por outros rumos, após, no cárcere, ele escrever o livro intitulado “Dos delitos e das penas”⁴⁸, tratando do direito de defesa, da presunção de inocência, da pena ser equivalente ao delito cometido e principalmente do princípio da reserva legal. Após sua morte, descobriu-se sua inocência, o que proporcionou uma nova perspectiva para estas questões.

A ideia de defesa não é atual, vindo desde os sistemas jurídicos primitivos, embora tenha sofrido diversas modificações conceituais para que chegasse ao atual regramento do contraditório. Inicialmente, diante da rigidez e lentidão dos processos, sem qualquer participação efetiva das partes e reduzida liberdade de convicção do magistrado, o direito romano-canônico deu surgimento à ideia de um novo processo que visava, principalmente, defender o cidadão da ingerência estatal.

Foi apenas com a Magna Carta de João sem Terra, após a revolta dos ingleses em 1215, que se positivou vários direitos fundamentais dos cidadãos, trazendo em seu artigo 39⁴⁹ o princípio do contraditório, que poderia ser invocado

⁴⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

⁴⁹ MAGNA Carta de João Sem Terra de 1215. Lei de terras. Diploma medieval, cláusula 39. Disponível em: <http://La.Wikisource.Org/Wiki/Magna_Carta>. Acesso em: 15 jun. 2011.

também contra o soberano. O ápice do direito de defesa ao acusado, do princípio da inocência, ocorreu com o advento da Revolução Francesa, em 1789, que proporcionou a promulgação dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão e que consagrou tais institutos, ampliando-os, como por exemplo, o devido processo legal, o direito ao contraditório, a ampla defesa, enfim, institutos que permitem uma atuação mais imparcial e com total respeito à dignidade da pessoa humana.

Dentro do ordenamento brasileiro, foi a partir da Constituição de 1891 que se passou a utilizar a expressão defesa, sempre associada ao Direito Penal. Até o advento da Constituição Federal de 1967/1969, o direito à defesa estava garantido constitucionalmente apenas onde houvesse acusados. No entanto, mesmo o direito à defesa não estando constitucionalizado, o processo administrativo já sofria a incidência da garantia constitucional, nos casos de processo contencioso.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que o direito à defesa e ao contraditório passou a incidir em qualquer processo onde houvesse litigantes e acusados em geral, embora a jurisprudência já se posicionasse no sentido de se aplicar a garantia de defesa para além dos processos criminais. Com a Magna Carta de 1988 houve a constitucionalização destas garantias além do processo penal, positivando-as; passou o direito à defesa a ter importante papel na democracia brasileira, reduzindo o arbítrio do Estado, notadamente nos processos administrativos.

Dentro do nosso ordenamento o direito à defesa decorre da personalidade e da dignidade humanas, inserindo-se na categoria de direito fundamental na nossa Constituição; garante ao acusado todos os meios de prova, tanto nos processos jurisdicionais quanto nos processos administrativos contenciosos, a esclarecer a verdade⁵⁰. Impede-se com isso que o processo se transforme em uma luta desigual, em que só a uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas, surgindo assim a chamada paridade de armas, surgindo assim a chamada paridade de armas.

⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 56.

Cabe mencionar, como ponto chave às disposições referentes ao direito de defesa, o artigo publicado pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Vicente Leal de Araújo, que conceitua o direito de defesa de forma simples, mas completa, no seguinte sentido: “Sem o direito de defesa, qualquer julgamento é temerário. Sem este sacrossanto e irrecusável direito não há ordem jurídica, não há vida civilizada, não há segurança, não há paz.”⁵¹

3.2 Devido Processo Legal

A garantia fundamental do devido processo legal está presente na história do homem pela busca da liberdade, afastando-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante, visando, assim, conter o poder soberano. O devido processo legal (*due process of law*) é uma instituição jurídica, oriunda do direito anglo-saxão, no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei.

Foi positivado após a revolução dos ingleses onde, com o objetivo de preservarem-se das ingerências do rei João Sem Terra, os barões impuseram ao monarca a promulgação de uma lei de terras, prevendo que:

Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos da força contra ele, e nunca mandaremos que outros o façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra.⁵²

Numa tradução posterior para o inglês, de origem desconhecida, o copista consignou pela primeira vez a expressão *due process of law* no lugar de *per legem terrae* (como constava no original). Assim, instituía-se pela primeira vez na história o devido processo legal, constituindo a essência da liberdade individual em face da lei, afirmando a impossibilidade de alguém perder a vida ou ter restrita a liberdade, ou mesmo ser despojado de seus bens e direitos, salvo pelo julgamento de seus pares, de acordo com a lei da terra.

⁵¹ ARAÚJO, Vicente Leal de. Direito de defesa. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 43-72, jul./dez. 2004.

⁵² MAGNA Carta de João Sem Terra de 1215. Lei de terras. Diploma medievo, cláusula 39. Disponível em: <http://La.Wikisource.Org/Wiki/Magna_Carta>. Acesso em: 15 jun. 2011.

Pode-se desde já estabelecer o devido processo legal como um princípio geral, falando alguns até em instituto inerente ao Direito natural, afastando-se de um conceito apenas técnico legal, passando a fazer parte de nossas leis, nosso ordenamento e até do nosso próprio modo de vida, devendo a toda pessoa ser concedido o que é devido. O devido processo legal passa a fazer parte, assim, de um conceito mais amplo de liberdade e respeito, formando um sistema de direitos baseados em princípios morais de toda a população, referindo-se às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo.

Notadamente nos dias atuais, sem medo de errar pode-se atribuir ao devido processo legal a natureza de um princípio fundamental, nele repousando todos os demais princípios processuais. Assim, ao se analisar todo e qualquer princípio processual constitucional, certamente nele poder-se-á identificar nuances do devido processo legal. Diante disso, não há como se definir, de forma fixa, o que vem a ser o devido processo legal, fato que permite a sua adaptação e, principalmente, a sua evolução de acordo com a demanda da sociedade.

Para se chegar ao cabal acesso à justiça e se resguardar o direito ao processo exige-se respeito às normas processuais que estabelecem tratamento isonômico às partes; além disso, ao prever um procedimento com atos ordenados a serem praticados lógica e cronologicamente, com a observância de requisitos inerentes a cada um deles, a lei pretende atingir um resultado de modo a tutelar quem tem razão. Isso significa atingir a ordem jurídica justa, que tem estreita relação com o devido processo legal; busca-se assim não só a observância do procedimento previsto em lei, mas, também, a efetividade da tutela jurisdicional.

No Direito pátrio o devido processo legal encontra-se expresso na nossa Constituição Federal, onde “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo.”⁵³ Pode-se definir, de maneira sucinta, o devido processo legal, nas palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, no seguinte sentido:

[...] o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram

⁵³ Artigo 5º, inciso LIV - BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.⁵⁴

3.3 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, mas pode ser definido também pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”; é um corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos. Não se trata de uma benesse do Estado aos seus governados, mas uma questão de ordem pública, sendo essencial a qualquer país que pretenda ser, minimamente, democrático.

Em definição do mestre Francesco Carnelutti, o contraditório é um instrumento processual que possibilita o aparecimento da verdade, pois é ele que instiga “as partes combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade”.⁵⁵ Também denominado por alguns como audiência bilateral, noticia Vicente Greco Filho que

[...] tem origem na Antiguidade grega, [...] chegando ao Direito comum como um princípio de Direito natural inerente a qualquer processo judicial, consistente no princípio segundo o qual o juiz somente está apto a decidir o pedido do autor depois de notificá-lo ao réu e de dar a este a oportunidade de se manifestar.⁵⁶

O contraditório foi observado nas Constituições criadas ao longo do tempo, não surgindo, no entanto, de forma explícita e positivado, mas paralelo às garantias e aos direitos individuais instituídos. No Brasil, foi com a Constituição do Império de 1824 que primeiro se teve notícia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa de forma tácita e implícita, consagrando apenas garantias individuais.

Com o rompimento e extinção da ditadura, e, conseqüentemente, de diversos abusos pessoais e processuais, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, definindo de forma clara os princípios do contraditório e da ampla defesa e assegurando proteção integral ao cidadão, viabilizando o acesso da parte ao

⁵⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 259.

⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 67.

⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 154.

Judiciário. Assim, passou o contraditório a ser garantido a qualquer tipo de processo, tanto judicial como administrativo, sendo todos os atos processuais acompanhados pelas partes. Analisando-se as provas e contraprovas chega-se a um resultado final, imparcial e de respeito a todas as fases legais possíveis.

Conforme ensina Tourinho Filho⁵⁷, em tempos passados o princípio do contraditório era entendido apenas sob um prisma negativo, como o direito de manifestar-se contrariamente a qualquer ação da outra parte no processo. Hodiernamente, entretanto, passou o contraditório a ser entendido de maneira mais ampla, como a atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou de ser apenas um elemento para a dialética do processo, passando a ser a participação efetiva da parte na totalidade do processo.

Pelas rápidas explanações acima mencionadas, pode-se concluir que o contraditório, e junto a ele a ampla defesa, são as pedras fundamentais de todo processo, buscando atingir o interesse público com a realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção. Por tais razões o contraditório deve ser entendido como garantia efetiva de participação das partes no litígio, podendo, em plena igualdade, influírem em todos os elementos que se encontrem em ligação com o objeto da causa e possam ser relevantes para a decisão final.

Certamente o contraditório é hoje um dos pilares preponderantes durante o processo; uma de suas maiores características é valorar a igualdade, as provas, as argumentações e as oportunidades que as partes têm a oferecer, garantindo-se e evitando restrições indevidas, fazendo surgir a bilateralidade da ação e da pretensão, fundamentos lógicos do contraditório. Resguardar-se o contraditório nestes moldes é proteger os direitos individuais do cidadão, caminhando-se em direção à justiça social por todos almejada.

Forçoso reconhecer, assim, que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, sendo sinônimo de diálogo judicial que consagra uma verdadeira garantia de democratização do processo. Assegura-se assim às partes o direito de

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63-64.

participação no processo mediante a utilização de todos os meios e armas permitidos pelo Direito, objetivando o convencimento do magistrado, e este, por sua vez, deve ter a liberdade possível e necessária para proferir um julgamento favorável a quem realmente possua o direito em questão.

Após tais considerações, pode-se definir o contraditório como o princípio que “[...] impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa.”⁵⁸ Trata-se de grande evolução, passando de um princípio a verdadeira garantia fundamental, possibilitando às partes e ao juiz, juntos, chegarem à solução da lide. Assim, passa o juiz a fazer parte do contraditório, assegurando às partes os meios necessários para influenciar eficazmente a decisão judicial e, conseqüentemente, a observância do princípio político da participação democrática.

O contraditório é composto por dois elementos essenciais, informação e reação⁵⁹, que fazem surgir a chamada paridade de armas: a) informação, ou a notificação dos atos processuais à parte interessada, devendo à parte ser dada ciência da demanda e de todos os atos da parte contrária para que possa defender seus direitos; e b) reação, ou participação, englobando a possibilidade de exame das provas constantes do processo e o direito de assistir à inquirição de testemunhas, manifestando-se para a descoberta do direito e da verdade, bem como contrariando os atos que lhe foram desfavoráveis.

Cabe, por fim, mencionar o chamado contraditório diferido, que surge quando da necessidade da produção de provas urgentes, que devam ser produzidas de forma imediata, sob pena de se tornarem inúteis ou mesmo inviáveis⁶⁰. Como nossa legislação, em momento algum, exigiu que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato, em tais casos o contraditório real dará lugar ao diferido (ou prorrogado), garantindo-se, após o término da diligência, ao investigado e ao

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47.

⁵⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61-63.

⁶⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

acusado o direito de impugnar a prova obtida e oferecer contraprova, podendo assim se manifestar sobre tais atos.

3.4 Princípio da Ampla Defesa

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito a ampla defesa à categoria de princípio constitucional, ao dispor que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”⁶¹ Tratando-se de uma garantia constitucional, da mesma forma que o contraditório, o direito à ampla defesa deve ser observado em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos.

Pressupõe a plena defesa irrestrito acesso aos autos do processo e, sem exceção alguma, a todos os documentos e informações nele contidos. O mesmo entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, ao sumular 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.⁶²

No entanto, essa prévia ciência de documentos e informações não basta se isso não ocorrer com antecedência e tempo razoáveis para o exercício do contraditório; também no tocante aos atos processuais que se vão realizar, tornando possível neles se fazer presente, às audiências, inquirições de testemunhas, diligências, podendo deles participar, questionar, argumentar, impugnar e recorrer, nos termos e na forma legal.

E como consequência direta de tais disposições, o princípio constitucional da ampla defesa assegura não só o direito de manifestação e de informação sobre o objeto do processo, mas, também, o direito de ver seus argumentos apreciados e analisados pelo órgão julgador. Assim, fazem parte da ampla defesa: a) direito de informação, tomando a parte contrária ciência dos atos praticados no processo e

⁶¹ Artigo 5º, inciso LV - BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶² Id. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

sobre os elementos deles constantes; b) direito de manifestação, assegurando-se à parte a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e c) direito de ver seus argumentos considerados, exigindo-se do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.

Percebe-se assim que a concepção do princípio da ampla defesa possui fundamento legal no direito ao contraditório, estando também intimamente ligado ao princípio constitucional do devido processo legal, pois defender-se amplamente implica consequentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia. Mesmo em regimes de exceção a noção desse instituto não desaparece, pois está arraigado ao ser humano, é uma necessidade inata do indivíduo, é algo que resulta do próprio instinto de defesa que orienta todo ser vivo.

É forçoso reconhecer que somente haverá ampla defesa processual quando todas as partes envolvidas no litígio puderem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura, dentre os quais se pode enumerar o relativo à dedução de suas alegações e à produção de prova. Íntima assim a ligação também com o princípio do contraditório, notadamente porque eles tendem a se aproximar no paradigma do Estado Democrático de Direito.

De forma simples, poder-se-ia definir a ampla defesa como ampla argumentação, ou seja, ampla possibilidade das partes inserirem na controvérsia argumentos relevantes para a construção da decisão e ampla possibilidade de produção de provas para reconstrução de fato relevante para o processo. Consiste em dar às partes o direito de conhecer todo o processo, ter vista dos autos do processo, apresentar defesa preliminar, indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa, ter advogado que o assista, conhecer previamente das diligências a serem realizadas e dos atos instrutórios, para que possa acompanhá-los, fazer reperguntas, oferecer defesa final e recorrer.

A ampla defesa é princípio que também se dirige ao legislador, porque este deve ter em mente, na elaboração das leis infraconstitucionais, que está obrigado a velar para que todo acusado tenha defensor, que possa ter pleno conhecimento da acusação que pesa contra sua pessoa, das provas que a alicerçam e da

possibilidade de contrariá-las com outras. Só assim esse princípio estará resguardado, cabendo ao legislador não olvidá-lo na edição de nenhuma lei que regulamente qualquer atividade ligada à apuração de infrações penais ou administrativas.

CAPÍTULO 4 PROCESSO E PROCEDIMENTO

4.1 Histórico

Nos primórdios da civilização ocidental não havia diferenciação entre processo e procedimento; o processo judicial, ou o que se convencionou chamar de processo, teve origem em tempos remotos, não havendo, naquela época, as divisões de ramos do Direito como recentemente. Assim, certamente os antigos aplicadores do Direito não idealizavam ainda o que viriam a ser as normas processuais e procedimentais. A preocupação veio na segunda metade do século XX, onde, para se chegar à efetividade do processo, fazia-se necessário pensar um processo como algo dotado de distinções institucionais bem definidas.

Leonardo Greco⁶³ nos leva até a Grécia antiga, onde, com a existência de comunidades, percebeu-se a necessidade da existência de uma autoridade pública que sanasse os conflitos eventualmente existentes, impedindo-se a justiça pelas próprias mãos, como inicialmente era feito. Essa função de autoridade foi confiada ao Estado, surgindo diversas regras de conduta para resolução dos conflitos civis e aplicação de sanções penais; para que o Estado concretizasse este objetivo, houve a necessidade de se estabelecer normas jurídicas processuais, surgindo, assim, as primeiras instruções sobre o que viria a ser conhecido como Direito Processual.

Sobre o processo na Grécia antiga pouco se tem a mencionar. Destacam-se os princípios utilizados nos meios de prova dos quais se afastavam os preconceitos religiosos e as superstições comuns à época que buscavam meios de convicção lógicos. Outras características também eram evidentes como as provas testemunhais e documentais, o princípio da oralidade, o princípio dispositivo e a livre apreciação da prova pelo julgador.

De mais importante ocorrido nesta fase da antiguidade grega do processo está a origem do princípio do contraditório, que chegou ao Direito comum como um princípio de Direito natural inerente a qualquer processo judicial, já estando com

⁶³ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 24, p. 71, 2005.

seus contornos delimitados ao ser definido pelos estudiosos da época como o princípio segundo o qual o juiz somente está apto a decidir o pedido do autor depois de notificá-lo ao réu e de dar a este a oportunidade de se manifestar.

Importante também o processo romano na evolução do Direito Processual, contando com três fases bem distintas, segundo nos ensina Theodoro Júnior⁶⁴: a) período primitivo, onde o direito baseava-se exclusivamente nas ações previstas e tipificadas na lei, com uma fase perante o magistrado e outra perante cidadãos, que instruíam e julgavam a lide; b) período formulário, em que as relações jurídicas se tornaram mais complexas em virtude do avanço do Império Romano, caracterizando-se pela presença de árbitros privados, com a sentença imposta pelo Estado às partes; e c) período da *cognitio* extraordinária, afastando-se os árbitros privados e passando a função jurisdicional a ser exercida exclusivamente pelo Estado, com o procedimento todo escrito.

O mesmo autor leciona que, após a queda do Império Romano as conquistas processuais sofreram um retrocesso, em virtude da dominação bárbara, povo que nem mesmo sabia escrever, o que consagrou, naquela época, os procedimentos orais, sem quaisquer garantias às partes, em especial aos acusados, passando a aplicar seus costumes e o direito rudimentar. A prova não era um meio de convencer o juiz e sim um meio de fixação da sentença; o juiz apenas reconhecia sua existência. Processo e autodefesa coexistiam, sendo os meios de provas mais utilizados os duelos e as ordálias ou juízos de Deus⁶⁵.

Com o passar dos anos, houve uma fusão de normas e institutos existentes no Direito romano, no Direito canônico e no Direito germânico, surgindo o chamado Direito comum e, com ele, o processo comum; este se expandiu pela Europa e alguns métodos aperfeiçoados serviram de base para o processo moderno – surgiu, assim, da influência de todos estes processos, o processo medieval. Porém, da mesma forma que o germânico, o processo comum medieval visava garantir uma

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1, p. 10.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 10.

política de dominação, afastando quaisquer garantias ao réu, sendo este considerado apenas um objeto do processo⁶⁶.

No Brasil, após a Independência, houve determinação expressa acerca da aplicação das normas portuguesas ao novo país – as Ordenações Filipinas. A Constituição de 1891 possibilitou aos Estados editar seus próprios códigos de processo, circunstância esta que terminou com a promulgação da Constituição de 1934, restabelecendo-se o sistema de código unitário para toda a república.

Vale mencionar, em caráter de curiosidade, pois não há relação com o presente trabalho, a existência de duas correntes entre os cultores da ciência processual: a unitarista e a dualista⁶⁷. A primeira sustenta que o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal são dois ramos distintos de uma mesma ciência, que é o Direito Processual, não sendo substancialmente distintos; já para os dualistas, o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal são substancialmente distintos, constituindo duas ciências jurídicas diversas.

4.2 Processo e democracia

Numa rápida análise do preâmbulo da nossa Constituição, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito é o seu paradigma, nele se enquadrando, para que se chegue a uma sociedade efetivamente democrática, as pluralidades de interpretações, o jogo dos argumentos e até mesmo a diferença entre as decisões, chegando-se assim ao pluralismo jurídico. No entanto, não se pode falar em uma democracia real, com a efetiva participação do povo nas decisões, sem que se garanta o cerne do ordenamento jurídico, consagrando-se e respeitando-se os princípios da igualdade e da liberdade.

Para se chegar à verdadeira democracia deve-se preservar os direitos individuais de cada um, resguardando-se para cada pessoa igualdade e liberdade, sob pena de não se poder falar em Estado Democrático de Direito. E para falar em democracia, conceituada de forma geral como governo do povo e pelo povo, deve-

⁶⁶ PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 31.

se garantir a efetiva participação de todos os cidadãos, individualmente considerados, no projeto político da nação – o povo participa e garante suas próprias conquistas pelo processo constitucional legiferante que lhe é assegurado.

Chega-se assim ao verdadeiro Estado Democrático de Direito ao se resguardar os direitos fundamentais do cidadão, dando sustentação a uma sociedade plural como a nossa. Dentro do Direito, uma das formas de se resguardar tais direitos individuais, e com isso buscar-se a justiça social, é reclamar do julgador uma flexibilização ou adaptação do Direito dentro de cada caso concreto, aplicando as normas da melhor forma possível, atualizando o texto jurídico aos tempos atuais, trazendo as leis à realidade.

Conjugando-se todas essas disposições, conclui-se que os aplicadores do Direito, dentro da democracia, são todos intérpretes, participando de forma efetiva da procedimentalidade assegurada e regida pelo devido processo constitucional; afasta-se assim do órgão julgador, única e exclusivamente, a tarefa de interpretar a lei, repassando a todas as partes, de forma democrática, a tarefa de “fazer” o Direito no caso concreto, e tal desiderato é atingido, de certa forma, pela consagração do princípio contraditório. Assim, irá preponderar a atuação equânime das partes que, através de debate dialógico, cheguem a uma aplicação da tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um real Estado Democrático de Direito.

Para se resguardar todos esses direitos e a efetiva participação da sociedade nas decisões judiciais, legitimando assim a atividade jurisdicional, deve-se assegurar a processualidade que, por sua vez, garante os processos institutivos da isonomia, contraditório, ampla defesa e direito das partes. Para a construção e exercício da democracia deve-se garantir a discursividade às partes, balizada pela processualidade, sendo impossível falar-se em democracia sem processo. Falar-se em processualidade jurídica equivale a dinamizar o Direito Material para que ele possa ser criado, modificado, interpretado, aplicado e fiscalizado pelos destinatários de uma sociedade.

4.3 Processo e Procedimento

Antes de se iniciar qualquer comentário acerca de processo e procedimento, deve-se conceituar tais institutos, afastando-se os equívocos empregados no uso de ambos os termos, que muitas vezes aparecem um no lugar do outro. Embora possa parecer não haver prejuízos em tais fatos, na verdade, tratando-se de institutos diversos, com natureza jurídica e características diversas, a conceituação correta torna-se importantíssima, havendo garantias que incidirão de forma menos incisiva no procedimento ou mesmo ficarão adstritas apenas ao processo.

Segundo De Plácido e Silva, procedimento é

Formado de proceder, do latim *procedere* (ir por diante, andar para a frente, prosseguir), quer o vocabulário exprimir, geralmente, o método para que se faça ou se execute alguma coisa, isto é o modo de agir, a maneira de atuar, a ação de proceder. Neste sentido, procedimento significa a própria atuação ou a ação desenvolvida para que se consubstancie a coisa pretendida, pondo-se em movimento, segundo a sucessão ordenada, os meios de que se pode dispor. Neste particular, pois, procedimento e processo revelam-se em sentido diferentes.⁶⁸

Também o mesmo autor conceitua processo como

Derivado do latim *processus*, de *procedere*, embora por sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, ação de proceder ou ação de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação, em distinção a procedimento. Exprime, propriamente, a ordem ou a seqüência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade. Processo é a relação jurídica vinculada, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a Administração.⁶⁹

Pode-se assim distinguir ambos os institutos pois, enquanto o processo revela uma relação jurídica instrumental segundo um conjunto de atos praticados em seqüência lógica e direcionados a um fim comum, o procedimento indica a forma e o ritmo do desenvolvimento dessa relação, da prática desses atos – é o conjunto dos atos praticados dentro daquela relação jurídica. O processo é a seqüência de atos a serem desencadeados no tempo e em ordem sequencial, a partir de um fato previsto em lei e buscando a composição de um litígio, fazendo surgir verdadeira relação

⁶⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1097.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1098.

jurídica de natureza processual; já a dinâmica destes atos, o modo em que serão efetivamente realizados, é o procedimento, a modalidade ritual de cada processo.

Assim, a forma como o processo se realiza é o próprio procedimento; a essência daquele é a solução do conflito de interesses. Entendendo-se o processo como o arcabouço instrumental pelo qual o Direito Material se realiza, o procedimento passa a ser o instrumento de efetivação do processo. Dentro da Administração Pública, visando concretizar, através do ato administrativo final, as hipóteses e exigências previstas na lei, deve-se percorrer um caminho previamente definido, obedecendo ao processo e exteriorizando-o conforme seu procedimento. Não basta, assim, que se atinja a finalidade do ato público pelo administrador, sendo essencial a observância dos meios, condições e formas fixados em lei para alcançar aquela finalidade, respeitando-se o devido processo legal.

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...] executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento; [...]. O Procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.⁷⁰

Em suma, procedimento administrativo é uma cadeia de ações, sucessão encadeada e organizada de atos e formalidades, diferentes entre si, mas relacionados, tendentes à obtenção de uma decisão final, sendo o procedimento que dá sustentação a este resultado final. Assim, o procedimento abrange a fase de produção do próprio ato administrativo que, naturalmente, lhe põe termo. Além disso, o procedimento permite aos interessados conhecer os contornos da decisão que lhes é dirigida, sendo um verdadeiro meio de garantia, um verdadeiro instrumento da atividade administrativa.

Por seu turno, o processo administrativo é o conjunto de atos ordenados cronologicamente, unificados, demonstrando o modo como se formou a vontade jurídica da Administração. Trata-se de um suporte físico e jurídico ao procedimento administrativo, assumindo a forma escrita, através de atas, autos, relatórios,

⁷⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 397.

notificações, etc., que se incorporam no processo para que sejam tomados em consideração na decisão final.

CAPÍTULO 5 INQUÉRITO POLICIAL

5.1 Considerações Preliminares

5.1.1 Persecução Penal

Hodiernamente percebe-se um constante aumento da criminalidade nas grandes cidades brasileiras, fenômeno este que parece irrefutável, devendo, para que haja um combate efetivo a esta criminalidade, aprimorar-se as estratégias a serem adotadas pela política de segurança pública. Para se chegar a este objetivo deve-se passar, necessariamente, pelo processo penal brasileiro, instrumento de atuação das instituições e agentes públicos, encarregados de levar a efeito as ações de conhecimento, apuração e julgamento de infrações penais, prestando, ao final, jurisdição democrática em matéria penal.

O modelo brasileiro de apuração da infração penal tem o perfil inquisitorial. Desde as Ordenações Afonsinas, de 1379, já era possível observar a existência do inquérito propriamente dito, bem como de um procedimento processual criminal na apuração de infrações penais. Quando da vigência das Ordenações Manuelinas, estabeleceu-se as inquirições, devassas gerais e especiais, permitindo-se suplícios e torturas na obtenção de confissões⁷¹.

No período da reforma liberal brasileira, posterior à independência do País, a transição política passou pela reforma judiciária no que toca à criação dos Juízes de Paz, em 1827, representando avanços no que diz respeito à independência, autonomia e descentralização do poder. Atuava de forma conciliatória tanto em matérias policiais, como em questões civis, bem como presidindo procedimento para apuração da infração penal, com o interrogatório de suspeitos e a reunião do *corpus delicti* para a formação da prova, a ser passada para o magistrado criminal⁷².

Em 1841 editou-se a Lei nº 261, de 3 de dezembro, que restringiu as atribuições dos Juízes de Paz, conferindo aos delegados de polícia, nomeados pelo

⁷¹ LIMA, Roberto Kant de. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 01-02, p. 100-101, 1992.

⁷² FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 97.

Governo, funções policiais e judiciárias para formar a culpa e proferirem decisão de pronúncia, que, se positiva, encaminhava o feito aos Juízes Municipais para que proferissem o julgamento definitivo das infrações penais⁷³.

Com a promulgação da Lei nº 2.033⁷⁴, de 20 de setembro de 1871, houve a separação entre a polícia e a judicatura. A Constituição de 1891 passou a orientar direitos e garantias que o processo penal deveria observar, consagrando-se, em 1941, o Código de Processo Penal atual, que mesmo com a inserção de algumas garantias individuais na Constituição Federal de 1988, no âmbito do inquérito policial permaneceu com as suas características de inquisitorialidade.

Isso está na própria construção dogmática do denominado *jus puniendi*, que visa reprimir a ocorrência do fato delituoso que atenta contra os indivíduos e a sociedade. Praticado um fato definido como crime, nasce para o Estado o *jus puniendi*, que só pode ser concretizado através do processo. Para que se proponha a ação penal é necessário o mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria. O meio mais comum para a colheita desses elementos é o inquérito policial.

Assim, o procedimento criminal brasileiro engloba duas fases: a investigação criminal e o processo penal. A investigação criminal é um procedimento preliminar, de caráter administrativo, que busca reunir provas capazes de formar o juízo do representante ministerial acerca da existência de justa causa para o início da ação penal. Já o processo penal é o procedimento principal, de caráter jurisdicional, que termina com um pronunciamento judicial que resolve se o cidadão acusado deverá ser condenado ou absolvido. À soma dessa atividade investigatória com a ação penal dá-se o nome de persecução penal (*persecutio criminis*), onde busca tornar-se efetivo o *jus puniendi* resultante da prática do crime a fim de se impor ao autor a sanção penal cabível.

Diante de tais considerações é possível afirmar que o nosso sistema processual penal, embora de tradição inquisitorial, possui duas fases distintas: a)

⁷³ FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 108-109.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. **Coletânea de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1871. p. 126. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104055/lei-2033-71>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

investigação, atribuição da autoridade policial e dos órgãos públicos de polícia técnica, onde a estes agentes cabe investigar previamente a ocorrência de um fato, reunindo elementos que esclareçam a materialidade da infração; b) julgamento, onde, após a etapa de apuração inicial da sua ocorrência, atuará o Ministério Público, que levará a acusação para análise do Poder Judiciário.

5.1.2 Polícia Judiciária

Segundo o ordenamento jurídico, à polícia cabem duas funções: a) a administrativa, ou de segurança, de caráter preventivo, que visa garantir a ordem pública e impedir a prática de fatos que possam lesar ou pôr em perigo os bens individuais ou coletivos, sendo exercida pela Polícia Militar; b) a judiciária, de caráter repressivo, que após a prática de uma infração penal recolhe elementos que o elucidem, possibilitando a instauração da competente ação penal contra os autores do fato.

Trata-se assim a Polícia Judiciária de um órgão da segurança do Estado que tem como principal função apurar as infrações penais e a sua autoria por meio da investigação policial, procedimento administrativo com característica inquisitiva, que serve, em regra, de base à pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público, titular da ação penal. No Brasil as atribuições de Polícia Judiciária são da competência das Polícias Civas dos Estados e Distrito Federal e da Polícia Federal.

A Polícia Judiciária no Brasil remonta a 1619, quando os alcaides, exercendo as suas funções nas vilas da Colônia realizavam diligências para a prisão de malfeitores, sempre acompanhados de um escrivão que do ocorrido lavrava um termo ou auto, para posterior apresentação ao magistrado. Mais tarde surgiu a figura do ministro criminal, que nos seus bairros mesclava as atribuições de juiz e policial, mantendo a paz, procedendo devassas e determinando a prisão de criminosos⁷⁵.

A partir de 1808, com a criação da Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, no Rio de Janeiro, e a instituição no mesmo ano da Secretaria de

⁷⁵ A ORIGEM da polícia no Brasil. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/institucional/historico/origem.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

Polícia, o embrião da atual Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, seguida da criação do cargo de Comissário de Polícia em 1810, fixou-se na nova estrutura policial o exercício da Polícia Judiciária brasileira⁷⁶.

Durante o governo imperial coube o seu desempenho aos Delegados do Chefe de Polícia, cargo preservado depois da Proclamação da República em 1889, na Polícia Civil do Distrito Federal e nas polícias Cíveis dos demais Estados da Federação. A partir de 1967 as polícias Cíveis, por força da legislação da ditadura militar, perderam as atribuições relativas ao policiamento ostensivo uniformizado, que vinham exercendo desde 1866, através das suas corporações de guardas civis. Essa modalidade passou à competência exclusiva das polícias Militares Estaduais – a Polícia Administrativa⁷⁷.

Nos termos do § 4º, do artigo 144, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

[...] às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União (Polícia Federal), as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares. Estão subordinadas aos governadores dos estados da federação, através das secretarias de segurança pública.

De modo geral, a apuração das infrações penais é realizada no curso do inquérito policial, previsto no Código de Processo Penal brasileiro. O inquérito policial é conduzido de forma independente pelas polícias Cíveis e Federal, que o remetem ao Juízo Criminal competente após a sua conclusão.

Essa polícia denomina-se judiciária porque, em sede de procedimento preparatório ao processo penal (inquérito policial), auxilia o Poder Judiciário, através da coleta de provas e do esclarecimento da autoria e da materialidade do crime. Embora alguns doutrinadores definam o inquérito policial como mera peça informativa, é certo que as provas ali coletadas, mormente as provas técnicas (perícias), são aproveitadas no processo judicial.

⁷⁶ A ORIGEM da polícia no Brasil. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/institucional/historico/origem.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

⁷⁷ A ORIGEM da polícia no Brasil. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria de Segurança Pública. <Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/institucional/historico/origem.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

A Polícia Judiciária não tem qualquer relação de subordinação com nenhum órgão ou instituição do poder, nem mesmo com o Ministério Público, a quem incumbe apenas o controle externo da atividade policial. Tal controle faculta ao Ministério Público a supervisão do andamento do inquérito, sem poderes, porém, para ingerir na presidência do inquérito policial, que cabe somente ao Delegado de Polícia.

Mesmo as requisições do Ministério Público, se entendidas impertinentes, inadequadas ou prejudiciais ao andamento do inquérito policial, podem ser rejeitadas pelo Delegado, por despacho fundamentado, sem que haja o risco de constituir crime de desobediência, uma vez que não há relação hierárquica entre Delegado e Promotor de Justiça.

A existência de corporações de Polícia Judiciária independentes, como as do Brasil, Portugal, Cabo Verde, Macau, e em alguns países da América Latina, notadamente, Chile e México, constitui exceção dentre as organizações policiais do mundo, onde cada força de segurança pública concentra na sua própria estrutura os dois ramos da atividade policial: a ordem pública e a investigação criminal. São chamadas de ciclo completo⁷⁸.

Assim, há o modelo anglo-saxão de polícia única e de ciclo completo, com competência para o exercício da Polícia Judiciária ou investigação criminal e execução do policiamento preventivo uniformizado, com exclusividade, num determinado território. É adotado na maioria das nações, sendo bastante conhecidas as polícias do Reino Unido, Alemanha e Estados Unidos⁷⁹.

Em alguns países da Europa Latina, como França, Itália e Espanha, o território de atuação é dividido por duas corporações policiais, também de ciclo completo, sendo uma com estatuto civil (Polícia Nacional, Polícia do Estado, Corpo Nacional de Polícia) e outra com regulamento militar (Gendarmeria Nacional, Arma

⁷⁸ POLÍCIA judiciária. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADcia_judici%C3%A1ria>. Acesso em: 08 jun. 2011.

⁷⁹ POLÍCIA judiciária. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADcia_judici%C3%A1ria>. Acesso em: 08 jun. 2011.

dos Carabineiros e Guarda Civil), estas últimas denominadas genericamente de gendarmerias⁸⁰.

5.2 Inquérito Policial

5.2.1 Conceito, Natureza e Finalidade

Por meio do Decreto nº 4.82, de 22 de novembro de 1871, foi criado o inquérito policial, instrumento oficial da persecução penal. Este procedimento foi consagrado pelo Código de Processo Penal de 1941, que o manteve com os contornos hoje conhecidos, sendo recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que reclama um mínimo de elementos fáticos e jurídicos para se promover uma ação penal, e geralmente tais elementos são obtidos por meio do inquérito policial.

Praticado um fato definido como crime ou contravenção, nasce para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*), que somente pode ser concretizado por meio do processo, mediante a ação penal, ao término da qual, sendo o caso, será aplicada a sanção penal adequada. Para que se proponha a ação penal é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, e um dos instrumentos para se chegar a estes elementos é o inquérito policial.

Portanto, inquérito policial é um instrumento formal de investigação; relaciona-se com o verbo inquirir, que significa perguntar, indagar, procurar, averiguar os fatos, como ocorreram e quem é o seu autor. Trata-se de uma fase pré-processual da atividade persecutória do Estado, como acima mencionado, visando verificar a existência de uma infração penal, em especial a sua existência e respectiva autoria. Assim, o Código de Processo Penal prevê como finalidade do inquérito “[...] a apuração das infrações penais e da sua autoria”⁸¹, não tendo nosso legislador definido, no entanto, o que venha a ser este procedimento.

⁸⁰ POLÍCIA judiciária. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADcia_judici%C3%A1ria>. Acesso em: 08 jun. 2011.

⁸¹ Artigo 4º - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

Utilizando-se da finalidade descrita por nosso legislador, pode o inquérito policial ser definido como todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Seu destinatário imediato é o Ministério Público ou o ofendido, que com ele formam sua *opinio delicti* para o oferecimento da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o juiz, que nele pode encontrar fundamentos para julgar.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal vigente aduz que o inquérito policial pode ser entendido como uma garantia, visando coibir “[...] apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto de fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.”⁸² Rogério Lauria Tucci, diante disso, preceitua que consiste em procedimento administrativo reduzido a escrito “[...] mediante o qual se inicia a perseguição de infrator da lei penal, visando a coleta de elementos informativos da materialidade do fato e da respectiva autoria.”⁸³

Para Júlio Fabbrini Mirabete,

Tem-se por inquérito policial todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais, etc.⁸⁴

Assim, sua finalidade imediata é, através das provas investigatórias que o integram, fornecer ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a suspeita do crime, a justa causa necessária para que este órgão possa propor a ação penal. Além disso, com os elementos probatórios coligidos, poderá servir de orientação para a acusação na colheita de provas que se realizará durante a instrução processual.

Segundo a lição do professor Fernando da Costa Tourinho Filho,

O Inquérito Policial tem por finalidade fornecer ao titular da ação penal, seja o Ministério Público, nos crimes de ação pública, seja o particular, nos delitos de alçada privada, elementos idôneos que o autorizem a ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, iniciando-se desse modo o processo.⁸⁵

⁸² Item nº IV da Exposição de Motivos.

⁸³ TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 41.

⁸⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 135.

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

Sendo um procedimento policial, onde a Polícia Judiciária apura a infração e sua autoria, pode ser conceituado, ainda, como um procedimento administrativo que fornece ao titular da ação penal elementos para que possa ingressar em juízo com o pedido de aplicação da lei ao caso concreto. Trata-se de ato complexo, formado por um conjunto de diligências que visam buscar os elementos necessários para que o Ministério Público ou o querelante possam propor a ação penal.

É também instrução provisória, preparatória, destinada a reunir os elementos necessários (provas) à apuração da prática de uma infração penal e sua autoria. É o instrumento formal de investigações, compreendendo o conjunto de diligências realizadas por agentes policiais para apurar o fato criminoso e descobrir o autor. Em suma, é a documentação das diligências efetuadas pela Polícia Judiciária, conjunto ordenado cronologicamente e autuado das peças que registram as investigações.

A maioria da doutrina, ao definir o inquérito policial como procedimento administrativo, onde a polícia exerce função administrativa, e não jurisdicional, afasta a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não existindo uma acusação formal. Serve, mediatamente, como instrumento para evitar acusações levianas e precipitadas, lembrando-se que embora com natureza administrativa, possui finalidade judiciária, sendo uma verdadeira instrução criminal extrajudicial.

Preveem os estudiosos, ainda, duas outras finalidades, chamadas acessórias. A primeira delas, embasar o julgador na decisão sobre a concessão de eventuais medidas cautelares, ainda na fase pré-processual: prisões (temporária e preventiva), busca e apreensão, interceptação telefônica, sequestro de bens, etc. Já a segunda, fundamentar o juízo de admissibilidade da ação penal, a chamada justa causa para a propositura da ação penal, averiguando a existência da materialidade da infração e de indícios de autoria⁸⁶.

O inquérito policial é dispensável, desde que o titular da ação penal tenha em mãos os elementos necessários ao oferecimento da denúncia ou queixa. Segundo dispõe o Código de Processo Penal⁸⁷ estipula que ele acompanhará a inicial,

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

⁸⁷ Artigo 12 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

sempre que servir de base a ela; quando não servir de base, havendo outros elementos de prova, o inquérito não existirá. Assim, trata-se de peça dispensável para a propositura da ação penal, não vinculando nem o Ministério Público no oferecimento da denúncia, e nem o querelante na propositura da ação privada, mediante queixa. Quaisquer outras peças de informação podem servir de base para a formação da *opinio delicti*.

Embora diversos sejam os conceitos elaborados pela doutrina, esta converge na ideia de ser o inquérito policial um procedimento inquisitorial administrativo, presidido por um Delegado de Polícia, tendente a angariar provas da existência de uma infração penal e sua autoria. No inquérito policial materializa-se a investigação criminal, coligindo-se informações a respeito de determinada infração penal, de suas circunstâncias e resguardando-se provas futuras, que poderão ser utilizadas em juízo contra o autor do delito. Serve tanto para fundamentar as diligências investigatórias como para dar subsídio à ação penal⁸⁸.

Corroborando tais ensinamentos, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁹, que o inquérito tem por finalidade fornecer ao titular da ação penal elementos idôneos que o autorizem a ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, iniciando-se desse modo o processo. Continua o mestre afirmando que o inquérito é apenas uma *informatio delicti*, possibilitando ao titular da ação penal sua propositura, mas, desde que este titular possua outros elementos que o habilitem a ingressar em juízo com sua pretensão, o inquérito policial torna-se desnecessário.

Prevê o Código Processual⁹⁰ que “Todas as peças do Inquérito Policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.” Trata-se assim, realmente, de peça de natureza administrativa, guiada por alguns princípios e regras vigentes no processo penal, representando postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Tais princípios visam:

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

⁸⁹ Ibid., p. 109.

⁹⁰ Artigo 9º - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

- a) Legalidade: há disposições expressas na lei prevendo providências práticas a serem tomadas pelas autoridades policiais, no sentido de apurar os fatos em defesa da sociedade;
- b) Oficialidade: com a prática delituosa surge para o Estado o direito de punir, cuja pretensão será deduzida a órgãos oficiais. No Brasil, tem por incumbência apurar as infrações penais a Polícia Judiciária;
- c) Impulso Oficial: os atos a serem praticados no inquérito policial não dependem de interferência, ou mesmo autorização, das partes ou do juiz, ficando a cargo do Delegado de Polícia;
- d) Indisponibilidade: uma vez instaurado o inquérito, não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado pela autoridade policial, havendo prazo pré-estabelecido para conclusão;
- e) Verdade Real: deve a autoridade policial procurar o verdadeiro autor da infração penal e delimitar sua responsabilidade.

Para a conclusão do presente trabalho, uma das características mais relevantes do inquérito policial é a sua inquisitorialidade. Falar-se que o inquérito é um procedimento inquisitorial, com natureza inquisitiva, implica em afirmar que a aplicação de determinada sanção em outrem ou o reconhecimento puro e simples de uma dada situação não integra o objeto central e imediato deste procedimento. O inquérito policial não assume a condição de processo, mas de procedimento, ostentando, assim, o caráter inquisitivo e meramente informativo.

Ensinam os doutrinadores que o inquérito policial é um procedimento inquisitivo, primeiro porque o contraditório é totalmente dispensável durante o procedimento investigatório, visto que as provas serão refeitas perante a autoridade judicial; se assim não fosse, haveria dilação probatório dentro do inquérito, com prejuízo ao princípio da eficiência. Em segundo, pois um procedimento que pode ser sigiloso, e que apenas à autoridade policial cabe nele decidir, não seria apropriado defender a incidência da contrariedade, afastando a sua natureza inquisitiva.

É cediço que a característica inquisitorial do inquérito policial traz a correlação com os tempos da Inquisição e as suas nefastas circunstâncias, onde se instalavam Tribunais de Exceção e, sem quaisquer garantias aos acusados, eram condenados

a penas cruéis sem direito a recurso. Era comum o uso da tortura, em especial nos interrogatórios, o que levava à confissão (considerada a rainha das provas) e, em consequência, a uma condenação; tratava-se de uma das mais tenebrosas formas de colheita de provas, sujeitando os acusados a coações e aos mais diversos atos de violência, culminando, muitas vezes, na sujeição a fogueiras em caso de penas de morte, tratando-se de verdadeira caça às bruxas.

Não obstante tal constatação, em nenhum momento deste trabalho o termo inquisitorial é utilizado neste sentido. Trata-se de um importante elemento na definição do inquérito policial, na exata medida em que o afasta do sistema acusatório e com isso possibilita concluir acerca da não aplicação do contraditório na colheita das provas. Caracteriza-se assim o sistema inquisitorial pela presença de uma autoridade (policial) que está ativamente envolvida na investigação dos fatos do caso, em oposição ao denominado sistema acusatório, onde o papel da autoridade (juiz) é basicamente a de um árbitro imparcial entre acusação e defesa.

Atua o presidente do inquérito policial unicamente na realização de diligências, buscando provas da materialidade e autoria delitiva, com o objetivo de reunir fatos, olhando para toda e qualquer evidência do crime em tela. Em nenhum momento preocupa-se com o futuro julgamento do caso em tela, que será feito pelo juiz. Mesmo onde existe a figura do juiz de instrução (França), este apenas colhe as provas e, entendendo haver provas da autoria e materialidade, remete a decisão do feito a um outro juiz, que, para a decisão, consagrará o direito do contraditório na colheita das provas judiciais.

Importante fonte de ensinamento nos traz a língua inglesa, denominando o contraditório como “adversarial system”⁹¹; numa tradução literal, sistema adversário, onde há partes conflitantes e o juiz deverá resolver uma questão em que haja controvérsia. Certamente isso não ocorre no sistema inquisitorial, em que as funções de acusar e judicar, dentro do processo, cabem à mesma pessoa (o juiz), e no âmbito do inquérito policial a atribuição é apenas da autoridade policial, que tem discricionariedade em colher todas as provas necessárias à elucidação dos fatos,

⁹¹ LA TOULOUSE, Marina Bevilacqua de. **Dicionário jurídico bilíngue**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

favoráveis ou desfavoráveis a qualquer das partes, remetendo o feito a autoridade diversa.

Por fim, tratando-se o inquérito policial de uma peça informativa prévia, deve-se destacar que o seu valor probatório não é absoluto, não podendo justificar e fundamentar, unicamente, um eventual decreto condenatório. As provas colhidas ao inquérito devem ser confirmadas, ainda que de forma mínima, por eventuais provas colhidas na instrução processual, assim possibilitando utilizar-se de todas elas, juntas, para fundamentar uma sentença condenatória. Os indícios ou circunstâncias deverão ser provados de forma a permitir uma conclusão lógica, suficiente para subsidiar a ação penal.

Há de se consignar, ainda, que o artigo 155, *caput*, trazido pela lei nº 11.690/08⁹² (que reformou o Código de Processo Penal), traz a proibição de decisões judiciais fundamentadas exclusivamente com base em elementos extrajudiciais, ou seja, colhidas em sede de procedimento policial. Porém, o artigo retro citado ressalva que o juiz poderá fundamentar suas decisões com base nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas que foram produzidas perante a fase persecutória, e, que, portanto se submetem ao contraditório diferido.

Diante destes breves comentários, percebe-se que definir o inquérito policial, única e exclusivamente, como mero instrumento de colheita de prova é deveras simplista. Exerce ele um importantíssimo papel dentro da persecução criminal, tendo seu valor probatório para ao final não só determinar a materialidade delitiva e a autoria da infração penal, mas buscar Justiça no caso concreto. Embasa não só o titular da ação penal para iniciá-la, mas, ao final, também ajuda o juiz a decidir pela condenação ou absolvição do acusado, servindo ao Direito como realização de valores.

⁹² BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. p. 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011.

5.2.2 Características

As atribuições concedidas à polícia no inquérito policial são de caráter discricionário, ou seja, tem ela a faculdade de operar ou deixar de operar, dentro de um campo cujos limites são fixados pela lei. Pode a autoridade policial deferir ou indeferir qualquer pedido de prova feito pelo indiciado ou ofendido, não estando sujeita à suspeição. O ato de polícia é autoexecutável, independente de prévia autorização do Judiciário para que se concretize; porém, não é atividade arbitrária, estando submetido a posterior controle jurisdicional.

Como o próprio nome já deixa transparecer, o inquérito é inquestionável, outra característica que faz a maioria da doutrina afirmar nele não incidir o direito ao contraditório, pois não se incrimina ninguém com o inquérito. Tratando-se de uma peça informativa, não pode o averiguado ou indiciado recusar-se a atender, sem justificativa, à convocação da autoridade policial, para que seja qualificado e interrogado, sob pena de ser conduzido coercitivamente, embora, se comparecer, possa ou não responder às perguntas que lhe fizer a autoridade.

O nosso ordenamento não admite provas obtidas por meios ilícitos, princípio este que deve ser resguardado também na fase inquisitorial, pois, como acima visto, mais que mera peça de informação, poderá servir como meio de prova. Trata-se de procedimento extremamente formal, ou seja, deve seguir todos os ritos previamente estipulados para a sua conclusão. O inquérito policial é um procedimento de investigação preliminar, oficial e obrigatório, tendo como características básicas ser escrito, sigiloso e inquisitivo.

Trata-se de um procedimento escrito, destinado a fornecer elementos ao titular da ação penal; embora não sujeito a formas indeclináveis, exige-se algum rigor formal de algumas peças investigatórias, pois poderá embasar futuras decisões. Como a finalidade imediata do inquérito é prestar informações ao titular da ação penal, não se admite a existência de inquérito policial oral. Segundo disposto no artigo 9º do Código de Processo Penal, “[...] todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

É, ainda, sigiloso, qualidade necessária para que possa a autoridade policial providenciar as diligências indispensáveis à completa elucidação do fato ou interesse social; esse sigilo não se estende ao Ministério Público, nem ao Judiciário. Segundo previsão do artigo 20 do Código de Processo Penal, “a autoridade assegurará no Inquérito Policial o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Trata-se de elemento essencial para se descobrir a infração penal, pois, caso fossem públicas as diligências policiais, certamente prejudicada ficaria a colheita de provas, facilitando a ocultação ou destruição das provas e até a influência do indiciado no depoimento das testemunhas.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho,

Se o Inquérito visa a investigação, a elucidação, a descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Judiciária se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização.⁹³

Outra característica do inquérito policial, de enorme relevância para o presente trabalho, é a sua inquisitorialidade. Segundo a doutrina majoritária, tal caráter inquisitório afasta a incidência do contraditório e da ampla defesa, sendo o indiciado um simples objeto de investigação; não há acusação nem defesa no inquérito policial, devendo a autoridade policial proceder às diligências necessárias à elucidação da materialidade e autoria delitiva. Justamente a ausência do contraditório, além do sigilo e a não autorização para intromissão de terceiros, torna a investigação inquisitória.

Quanto à presença de advogado do averiguado ou indiciado, decretado o sigilo do inquérito policial, não estará autorizada a sua presença a atos procedimentais diante do princípio da inquisitorialidade. Poderá, porém, manusear e consultar os autos findos ou em andamento, tomando as medidas pertinentes em benefício do seu cliente. Cabe assim ao defensor, nesta fase preliminar, apenas vigiar pela legalidade do interrogatório e aferir a consonância do termo deste com as declarações do indiciado, e, da mesma forma, com as demais provas que for admitida a sua assistência.

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

Diz-se ainda que o inquérito policial é obrigatório. Chegando à autoridade policial notícia da prática de uma infração que se procede mediante ação penal pública, deve, obrigatoriamente, instaurar o inquérito policial. Essa instauração será feita de ofício pela autoridade, assim que tiver conhecimento da prática de um delito.

Por fim, como derradeira característica do inquérito policial está a indisponibilidade. Fala-se que o inquérito é indisponível, pois, uma vez instaurado, não poderá a autoridade policial arquivá-lo; tal impossibilidade torna o procedimento indisponível, aplicando-se essa regra tanto na apuração de crimes mediante ação penal pública, ou mesmo de ação privada⁹⁴.

5.2.3 Competência

Primeiramente cabe distinguir jurisdição de competência. Jurisdição é poder, função e atividade de aplicar o Direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal obtendo-se a justa composição da lide. Atua por meio dos Juízes de Direito e Tribunais regularmente investidos; trata-se de atividade do juiz, quando aplica o Direito, em processo regular, mediante a provocação de alguém que exerce o direito de ação.⁹⁵

A jurisdição atua segundo alguns princípios fundamentais: a) inércia – a atividade jurisdicional se desenvolve quando provocada; b) indeclinabilidade – o juiz não pode recusar-se a aplicar o Direito, nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual; c) inevitabilidade – não é possível a oposição juridicamente válida de qualquer instituto para impedir que a jurisdição alcance os seus objetivos e produza seus efeitos; e d) indelegabilidade – as atribuições do Judiciário somente podem ser exercidas, segundo a discriminação constitucional, pelos órgãos do respectivo poder, por meio de seus membros legalmente investidos.

⁹⁴ Artigo 17 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 118.

Finalmente, o poder, a função e a atividade jurisdicional têm o caráter de definitividade, isto é, ao se encerrar o desenvolvimento legal do processo, a manifestação do juiz torna-se imutável. A jurisdição, e, conseqüentemente, a Justiça, é uma só, e ela é nacional, ou seja, é um dos poderes da Nação; a divisão em diversos órgãos, ou mesmo estruturas orgânicas especializadas, é meramente técnica e tem por fim dar a melhor solução às diferentes espécies de lides.

Já a competência é o poder que tem um órgão jurisdicional de fazer atuar a jurisdição diante de um caso concreto. Decorre esse poder de uma delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da Justiça, distribuição territorial e divisão de serviço. Em tudo aquilo que não lhe foi atribuído, um juiz, ainda que continuando a ter jurisdição, é incompetente. A exigência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existentes no Universo.⁹⁶

Para a determinação da competência as normas legais utilizam-se de critérios ora extraídos da lide (competência objetiva), ora extraídos das funções que o juiz exerce no processo (competência funcional). Os critérios objetivos comumente usados pelas normas legais são: a) a natureza da lide; b) o domicílio do autor; c) a qualidade da parte, a Fazenda Pública; d) o local em que está situado o imóvel, nas ações a ele relativas; e) o local em que ocorreu o fato ou foi praticado o ato; f) o valor da causa; etc. Esses elementos objetivos, ora isolados, ora combinados, inclusive com os funcionais, apontam o juiz competente para a decisão de cada demanda.

Analisando-se tecnicamente o acima descrito, ao se falar em inquérito policial, embora o artigo 4º, do Código de Processo Penal mencione em seu parágrafo único que, “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”, a expressão competência deve ser entendida em seu sentido vulgar, como o poder conferido a alguém para conhecer de determinados assuntos, não se confundindo com a competência jurisdicional, privativa dos juízes. O correto é entender que a autoridade policial tem atribuição e não competência.

⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146.

No *caput* do mesmo dispositivo⁹⁷, 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”, limitando, assim, as atividades da Polícia Judiciária, ao indicar o território dentro do qual as autoridades policiais têm atribuições para desempenhar suas atividades. Assim, salvo algumas exceções legais, a atribuição para presidir o inquérito policial é outorgada aos Delegados de Polícia de carreira, conforme as normas de organização dos Estados.

Essa atribuição é distribuída de acordo com o lugar onde se consumou a infração (*ratione loci*), podendo ser fixada, ainda, levando-se em conta a natureza da mesma (*ratione materiae*). Em regra, não se permite que as autoridades policiais investiguem fatos que ocorreram fora dos limites da sua circunscrição, devendo, se assim necessitar, solicitar, por precatória, ou por rogatória, conforme o caso, a cooperação da autoridade local com atribuições para tanto. Isso não afasta, no entanto, a possibilidade da autoridade policial de uma circunscrição investigar os fatos criminosos que, praticados em outro local, hajam repercutido no de sua competência.

A regra sofrerá uma exceção no caso de existir mais de uma circunscrição policial na mesma comarca, em que a autoridade em exercício em uma delas poderá ordenar diligências nas outras⁹⁸. Além disso, as investigações encetadas por determinada Delegacia podem ser por outras avocadas ou realizadas. Segundo já entendido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Ao expressar que a Polícia Judiciária é exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições (*rectius*: circunscrição), o art. 4º do Código de Processo Penal não impede que a autoridade policial de uma circunscrição (Estado ou Município) investigue os fatos criminosos que, praticados em outra, hajam repercutido na de sua competência, pois os atos de investigação, por serem inquisitórios, não se acham abrangidos pela regra do art. 153, § 12 da Constituição, segundo a qual só a autoridade competente pode julgar o réu.⁹⁹

⁹⁷ Artigo 4º - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁹⁸ *Ibid.*, Artigo 22.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 6418, da 6ª Turma. PR 1997/0072997-4. Relator(a): Ministro Anselmo Santiago. **Diário da Justiça**, 23 mar. 1998, p. 169. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516312/habeas-corpus-hc-6418-pr-1997-0072997-4-stj>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

A atribuição para a lavratura do auto de prisão em flagrante é da autoridade do lugar em que se efetivou a prisão, devendo os atos subsequentes ser praticados pela autoridade do local em que o crime se consumou. Numa rápida análise de nossa Constituição Federal percebe-se que foram instituídas as figuras do promotor natural e do juiz natural, mas em momento algum se fala em delegado natural. Consequência prática deste entendimento é a possibilidade da autoridade policial exercer atos fora de sua circunscrição sem que tal conduta acarrete a nulidade do procedimento.

Um importante critério determinador da competência, estabelecidos em nosso Código de Processo Penal, é exatamente o da prerrogativa de função, que terá incidência direta nas atribuições da autoridade para investigar os fatos. É a chamada competência originária *ratione personae*; trata-se de competência estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função por ela exercida. Não se trata de um benefício à pessoa, pelo que ela é, mas sim leva em consideração a função que executa na sociedade. Como diz Fernando da Costa Tourinho Filho, enquanto “[...] o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função. Quando a Constituição proíbe o ‘foro privilegiado’, ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento [...].”¹⁰⁰

As atribuições para o inquérito policial que envolva titulares de prerrogativa de função cabem ao próprio foro do titular. Não há, no entanto, como anteriormente ocorria, a chamada perpetuação de jurisdição, pois, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, “[...] a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.”¹⁰¹ Na hipótese do autor não mais se encontrar exercendo suas funções, perderá o direito ao julgamento pelo órgão superior, e, havendo ainda inquérito policial, este retornará à inferior instância, ficando a cargo de Delegado de Polícia, segundo as regras gerais de atribuição.

¹⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 315.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 451**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

5.2.4 Valor Probatório

5.2.4.1 Disposições Gerais

A prova se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção desse último, necessária para o seu pronunciamento. Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Levada ao processo, porém, de acordo com o princípio da comunhão dos meios de prova, esta pode ser utilizada por quaisquer dos sujeitos: juiz ou partes. Trata-se do chamado ônus objetivo da prova. A regra é de que as provas sejam produzidas na instrução perante o juiz, que a dirige e preside, o que está de acordo com o sistema de livre apreciação das provas. Isso não impede que algumas delas, como a inquirição de testemunhas por precatórias e a prova emprestada, sejam realizadas perante outra autoridade.

O objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Refere-se aos fatos relevantes para a decisão da causa, como o fato criminoso e sua autoria, circunstâncias objetivas e subjetivas, etc. Ao contrário do que acontece no processo civil, no processo penal não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso, aquele admitido pelas partes. Isso se dá em virtude da vigência dos princípios da investigação oficial e da verdade material, em que o julgador deve chegar à verdade dos fatos tais como ocorreram, e não como queiram as partes.

A prova pode ser ainda direta, quando por si demonstra o fato, dando a certeza dele por testemunhas, documentos, etc., ou indireta, quando comprovado um outro fato, se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o primeiro (ex.: álibi). Em razão de seu efeito ou valor, a prova pode ser plena, completa, convincente (exigida para a condenação), ou não plena, uma probabilidade de procedência da alegação (suficiente para medidas preliminares).

As provas também podem ser reais ou pessoais. São reais as provas que consistem em uma coisa ou bem exterior e distintas do indivíduo. São pessoais as que exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a alguém. No tocante à sua forma ou aparência, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais (corpo de delito, exames, vistorias, instrumento do crime, etc.).

A busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam a concluir que a previsão legal das provas não é taxativa, admitindo-se as chamadas provas inominadas, não previstas expressamente no ordenamento. Além das provas relativas ao estado civil das pessoas (por expressa disposição legal), também são inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios que se opõem às normas reguladoras do Direito.

A prova será proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material. Assim, dividem-se as provas em: ilícitas, que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou ao modo de obtenção; e ilegítimas, que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo. Após a vigência da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de Direito Processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de Direito Material.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que vigora em nosso ordenamento jurídico a regra revelada pela expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que implica nulidade das provas subsequentes obtidas com fundamento na original ilícita, instituto denominado de princípio da causalidade.¹⁰² Quanto à prova emprestada, produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, com o fim de neste também gerar efeitos, só será admitida se produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 285.

Denomina-se ônus da prova (*onus probandi*) a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal. Do autor não se pode exigir senão as provas dos fatos que criam especificadamente o Direito; do réu apenas aquelas em que se funda a defesa.

No processo penal condenatório, cabe ao acusador a prova do fato e de sua autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena. Ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena ou concessão de benefícios. Compete também ao acusador a prova dos elementos subjetivos do crime; deve comprovar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposos, negligência, imprudência ou imperícia, bem como o dolo, que no mais das vezes é presumido. Ao réu cabe demonstrar os elementos subjetivos que lhe possam beneficiar.

Pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a responsabilidade. Assim, atribuída à acusação o dever de provar a culpa do réu, impõe-se sua absolvição mesmo na hipótese de restar dúvida quanto à procedência das alegações da defesa. A regra de que o ônus da prova da alegação incumbe a quem a fizer não é absoluta, pois pode o juiz determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante, ou para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

São três os sistemas instituídos pelas legislações: o da certeza moral do juiz, o da certeza moral do legislador e o da livre convicção.¹⁰³

- *Da certeza moral do juiz* – ou da íntima convicção, a lei nada diz sobre o valor das provas e a decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação, seu carreamento para os autos.

¹⁰³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 231.

- *Da certeza moral do legislador* – ou sistema da verdade legal ou formal, a lei impõe ao juiz a observância de certos preceitos, estabelece o valor de cada prova, institui uma hierarquia entre elas, de forma a não deixar praticamente nenhuma liberdade de apreciação.
- *Da livre convicção* – da verdade real ou do livre convencimento, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação das provas, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos, sendo livre na sua escolha, aceitação e valoração.

O juiz criminal é vinculado apenas à sua própria consciência. Porém, está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a elas: o que não está nos autos não está no mundo. Por isso se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova.

5.2.4.2 Valor Probatório

O mundo não é estático, fato que leva o Direito à necessidade de também ser dinâmico, sob pena de se engessar, não se enquadrando aos tempos modernos. O conhecimento jurídico faz parte desta evolução, e adequá-lo à modernidade ajudará, certamente, o Direito a executar suas funções o mais próximo do ideal. Dentro do processo penal atual persiste, na fase do inquérito policial, a função executiva do Estado, com a prática de atos administrativos inquisitoriais, sigilosos e de extremo formalismo.

Como acima descrito, parte da doutrina define o inquérito policial apenas como peça de informação, onde se apura as circunstâncias de uma infração penal, bem como a autoria. Trata-se de procedimento administrativo, de caráter inquisitivo, onde as atividades persecutórias concentram-se apenas nas mãos da autoridade policial. Assim, visa o inquérito policial colher todas as provas que demonstrem a materialidade da infração penal, bem como indícios de sua autoria, permitindo ao titular da ação instaurar a competente ação penal.

Entretanto, questiona-se a validade do inquérito policial como prova, no curso da ação penal. Parte dos doutrinadores colocam-no como desprovido de validade absoluta, relativamente às provas nele encartadas; consideram o valor probatório do

inquérito policial muito reduzido, ou mesmo nulo. Tal posicionamento, além de se basear na ausência de contraditório e ampla defesa durante as investigações¹⁰⁴, certamente se embasa, também, no despreparo dos agentes policiais, ou mesmo pela má-intenção de alguns destes servidores. Entender-se da mesma forma, no entanto, é generalizar a classe policial em virtude da má conduta de alguns poucos.

Enquadrando-se o Direito aos tempos atuais, melhor orientação a que confere ao inquérito policial valor probatório relativo, ou seja, dependendo do caso concreto é possível afirmar que o inquérito tem valor probatório, ainda que diminuto em razão de sua natureza inquisitiva. No entanto, este valor relativo vincula-se à necessidade de comprovação das provas coligidas nesta fase inquisitorial em juízo, ainda que de forma mínima, surgindo assim um valor probatório limitado. Deve vir, para fundamentar a decisão judicial, corroborado pelas provas judiciais. Assim, inadmissível fundamentar-se decisão condenatória amparada exclusivamente em inquérito policial.

Em decisão do Superior Tribunal de Justiça esse entendimento foi consagrado:

16034597 - RECURSO ESPECIAL - FURTO QUALIFICADO - RÉUS ABSOLVIDOS - PROVA POLICIAL NÃO CONFIRMADA EM JUÍZO - ACUSAÇÃO QUE TEM COMO SUFICIENTE, AS OBTIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL, DESDE QUE NÃO CONTRARIADAS NA FASE JUDICIAL - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA EM SENTIDO INVERSO - 1. Para que seja respeitado, integralmente, o princípio do contraditório, a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração. Tal significa que, acaso não ratificada na fase judicial, a solução será absolver-se o acusado. Precedentes. 2. Apelo raro que não se conhece.¹⁰⁵

Não obstante os vários posicionamentos, o inquérito policial apresenta-se hoje como peça fundamental e decisiva e, em muitos casos, capaz de absolver ou condenar o réu. Aos mais extremistas, que clamam pelo fim deste procedimento, resta lembrar que é nesta fase, em que os fatos ainda persistem frescos na mente dos envolvidos, que se chega às provas mais cabais quanto à infração penal, embora possa ser demasiado inquisitório, discricionário e moroso. Os indícios

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 70.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 93464 - GO - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago. DJU, 29 jun. 1998, p. 333.

existentes no inquérito podem facilmente tornar-se certeza na mente do julgador, estando este livre para decidir com base em todas as provas constantes dos autos.

Em resumo, como instrução probatória, de caráter inquisitivo, o inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal; as provas nele produzidas, embora sem a participação do indiciado, contêm dose de veracidade, tendo valor idêntico ao das provas colhidas em juízo. Além de fornecer ao Ministério Público elementos necessários para a propositura da ação penal, pode constituir elementos válidos para o convencimento do juiz; no entanto, a decisão condenatória só poderá se embasar no inquérito desde que corroborado pelas provas obtidas em juízo.

5.2.5 Vícios

Como os atos do procedimento estão sujeitos a exigências e requisitos legais para o seu desenvolvimento normal e regular, a violação ou inobservância das prescrições e o desvio destas imposições, conforme seu vulto ou maior importância, acarretam uma sanção, a sua nulidade. A nulidade pode ser do processo, quando o vício atinge toda a atividade processual, ou do procedimento, quando é atingida somente parte da atividade processual.

Fala-se, em primeiro lugar, em atos inexistentes, atos nulos e atos anuláveis. Considera-se ato inexistente aquele em que há falta de um elemento que o Direito considera essencial, ou seja, em que ele existe de fato, mas, sem o elemento essencial, ele inexistente de Direito. Já o ato nulo é aquele que não produz efeitos até que seja convalidado e, se isto não for possível, nunca os produzirá; se possível a convalidação fala-se em nulidade relativa, e, por outro lado, se impossível, a nulidade será absoluta. O ato anulável, por seu turno, é aquele que produz efeitos até que seja invalidado e, assim, sua eficácia está sujeita a condição resolutiva¹⁰⁶.

Há, porém, os chamados atos irregulares, que são vícios de forma que não afetam a validade dos atos. É um defeito na estrutura do ato, sem reflexos na sua eficácia. Pelo sistema formalista, da legalidade das formas ou da indeclinabilidade

¹⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 415.

das formas, toda violação às prescrições legais acarreta a inviabilidade dos atos processuais, prevalecendo o meio sobre o fim. Já no sistema da instrumentalidade das formas, ou sistema teleológico, da prevalência do fundo sobre a forma, o ato processual é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem a forma legal.

O nosso Código de Processo Penal ficou em meio termo entre os sistemas formalista e da instrumentalidade das formas. Seu princípio básico é enunciado logo de início no título referente às nulidades: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa.”¹⁰⁷ É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não existe nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Esse prejuízo deve ser provado pela parte interessada, nas nulidades relativas, mas é presumido nas absolutas. Se os atos processuais têm como fim a realização da Justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles, não há razão para renová-los.

O inquérito policial, vale lembrar, é um procedimento inquisitorial-administrativo que visa apurar a autoria e a materialidade de uma infração penal, compreendendo o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade de cada um, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. Nas lições de José Frederico Marques sobre uma de suas características inerentes, a inquisitorialidade, com influência direta no tocante a eventuais vícios nele existentes, ensina que:

O inquérito policial não é um processo, mas simples procedimento. O Estado, por intermédio da polícia, exerce um dos poucos poderes de autodefesa que lhe é reservado na esfera de repressão ao crime, preparando a apresentação em juízo da pretensão punitiva que na ação penal será deduzida por meio da acusação. O seu caráter inquisitivo é, por isso mesmo, evidente. A polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em juízo, e não para resolver uma lide, dando a cada um o que é seu.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Artigo 563 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁰⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 124.

Tratando-se de procedimento com conteúdo apenas informativo, para a propositura da ação penal, é o inquérito policial dispensável, desde que o titular da ação penal disponha de elementos suficientes para denunciar ou propor queixa crime com base em outras provas, angariando de outra forma, que não no bojo do inquérito policial, um mínimo de elementos de convicção. Essa característica de peça de informação, junto à natureza inquisitiva, nos permite afirmar que, ocorrendo eventual vício na fase inquisitorial, não estará a ação penal contaminada.

No escólio de Fernando Capez,

Não sendo o inquérito policial ato de manifestação do Poder Jurisdicional, mas mero procedimento informativo destinado à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais, isto é, não tingem a fase seguinte da persecução penal: a da ação penal. A irregularidade poderá, entretanto, gerar a invalidade e a ineficácia do ato inquinado, v.g., do auto de prisão em flagrante como peça coercitiva; do reconhecimento pessoal, da busca e apreensão, etc.¹⁰⁹

No mesmo sentido ensina Júlio Fabbrini Mirabete, para quem

O inquérito policial, em síntese, é mero procedimento informativo e não ato de jurisdição e, assim, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. A desobediência a formalidades legais pode acarretar, porém, a ineficácia do ato em si (prisão em flagrante, confissão etc.). Além disso, eventuais irregularidades podem e devem diminuir o valor dos atos a que se refiram e, em certas circunstâncias, do procedimento inquisitorial considerado globalmente.¹¹⁰

Eventual defeito ocorrido no curso do inquérito policial gera apenas o seu desfazimento pelo Poder Judiciário, mas não há que se falar em contaminação da ação penal dele decorrente, por se tratar de peça de informação que serve de base para a denúncia ou queixa-crime. Sobre o assunto, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

INQUÉRITO POLICIAL. VÍCIOS. Eventuais vícios concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória.¹¹¹

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 71.

¹¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 158.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça da União**, Brasília (DF), 04 out. 1996, p. 37.100.

Nenhuma nulidade incidirá sobre o processo criminal por vício existente no inquérito policial que aquele se embasou; no caso de nulidade de alguns dos atos praticados dentro do inquérito policial, este, e só este, será considerado nulo, não havendo qualquer prejuízo à ação penal interposta. Sendo o inquérito policial um procedimento informativo e não ato de jurisdição, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. A desobediência a formalidades legais pode acarretar a ineficácia do ato em si (ex.: prisão em flagrante), mas não influi na ação já iniciada, com denúncia recebida. Eventuais irregularidades devem diminuir o valor dos atos a que se refiram, mas não se erigem em nulidades¹¹².

5.3 *Notitia Criminis*

Notitia criminis (notícia do crime) é o conhecimento, espontâneo ou provocado, pela autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso. É com base nesta ciência que a autoridade policial dá início às suas investigações. Poderá ser: a) espontânea; b) provocada; e c) coercitiva.

A notícia do crime espontânea, também chamada *notitia criminis* de cognição direta, imediata ou inqualificada, caracteriza-se pela inexistência de um ato jurídico formal de comunicação da ocorrência do delito. O conhecimento da infração penal pelo destinatário da *notitia criminis* ocorre direta e imediatamente, quando se encontra a autoridade pública no exercício de sua atividade funcional.

A chamada denúncia anônima enquadra-se nesta espécie, sendo a denominada *notitia criminis* inqualificada, ou delação apócrifa. Tratando-se de delação (*delatio criminis*) feita por pessoa determinada, perfeitamente identificada, a hipótese é de *notitia criminis* qualificada, conforme abaixo veremos.

¹¹² “Eventual vício no inquérito policial não tem o condão de contaminar a ação penal, tendo em vista tratar-se, o mesmo, de peça meramente informativa e não probatória. Assim, o simples fato de um Delegado de Polícia, que teria presenciado a prática do crime, ter tomado providências para apuração, presidida por outro colega, não configura irregularidade hábil a invalidar o processo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 14.048/RO - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp. **Diário da Justiça da União**, de 04 dez. 2000, RT-788/548). “Não há ver nulidade no processo criminal, em virtude de o réu não ser assistido por defensor na fase do inquérito policial. É de se observar, desde logo, que eventual irregularidade no inquérito policial não contamina a ação penal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.864-2-SP - 2ª T. Rel. Min. Néri da Silveira. **Diário da Justiça da União**, 18 fev. 2000, RT-784/521).

A *notitia criminis* provocada, de cognição direta, mediata ou qualificada, é a notícia do crime transmitida à autoridade pelas diversas formas previstas na legislação processual penal, consubstanciando-se num ato jurídico previsto em lei. A *notitia criminis* de cognição indireta pode dar-se por:

a) *Delatio criminis*: é a comunicação verbal ou por escrito, prestada por terceiro identificado, desde que não o ofendido, também denominada *delatio criminis* simples. Vem disciplinada no Código de Processo Penal¹¹³, onde

[...] qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Somente ocorrerá nos crimes de ação pública incondicionada;

- b) Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça nos crimes de ação pública condicionada;
- c) Requisição do juiz ou do Ministério Público, tanto nos crimes de ação pública incondicionada como nos de ação pública condicionada, desde que, nestas últimas, a requisição esteja acompanhada da representação;
- d) Requerimento do ofendido nos crimes de ação pública incondicionada, ou na condicionada, e nos crimes de ação penal privada.

Por fim, a *notitia criminis* de cognição coercitiva ocorrerá no caso de prisão em flagrante do autor do delito, onde a comunicação do crime é feita mediante a própria apresentação de seu autor, preso por servidor público no exercício de suas funções ou por particular. Segundo dispõe o artigo 301, do Código de Processo Penal, “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” Flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime.

Embora em seu sentido estrito a situação de flagrância ocorra quando o agente está cometendo o ilícito¹¹⁴, a lei considera também como flagrante próprio

¹¹³ Artigo 5º, parágrafo 3º - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

quem acabou de praticar a infração.¹¹⁵ Dá-se o nome de flagrante impróprio, ou quase-flagrante, à prisão daquele que é perseguido em situação que faça presumir ser o autor da infração¹¹⁶, e o nome de flagrante presumido ao caso da prisão do que é encontrado, logo depois da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.¹¹⁷

Sendo o autor da infração detido em qualquer uma das situações em que a lei considera como de flagrante delito, ou seja, havendo a *notitia criminis* e presentes os pressupostos legais, a autoridade policial está obrigada à lavratura do competente auto de prisão. Tratando-se de ação penal pública vinculada à representação, a lavratura do auto de prisão em flagrante depende do requerimento, escrito ou oral, da vítima ou de seu representante legal; o mesmo quando se trata de crime que se apura mediante ação penal privada.

5.3.1 Autores e Destinatários

A *notitia criminis* pode ser oferecida por meio de requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Poderá, também, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública incondicionada, verbalmente ou por escrito (*delatio criminis* simples), comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar o inquérito. Como acima mencionado, nada impede que a notícia do crime seja anônima (*notitia criminis* inqualificada).

O juiz que tenha a notícia da prática de um crime que se apura mediante ação pública incondicionada deve comunicar o fato ao Ministério Público, para que este tome as providências cabíveis, com a requisição de instauração do inquérito policial, ou requisitar diretamente a instauração do inquérito. A notícia do crime pode ser dirigida à autoridade policial, ao Ministério Público ou, excepcionalmente, ao juiz.

¹¹⁴ Artigo 302, inciso I - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹¹⁵ Ibid., Artigo 302, inciso II.

¹¹⁶ Ibid., Artigo 302, inciso III.

¹¹⁷ Ibid., Artigo 302, inciso IV.

5.3.2 Instauração em Crime de Ação Pública Incondicionada

Em princípio toda a ação penal é pública, pois é ela um direito subjetivo perante o Estado-juiz; a distinção entre a pública e a privada se estabelece em razão da legitimidade para agir. Promovida pelo Ministério Público, a ação penal será pública; se a lei defere o direito de agir à vítima, é ação penal privada. Distinguem-se em nossa legislação a ação penal pública incondicionada, promovida pelo Ministério Público, sem que haja manifestação de vontade da vítima ou qualquer outra pessoa, da ação penal pública condicionada, em que o órgão oficial depende, para a propositura, de representação da vítima ou de requisição do Ministro da Justiça, como dispuser a lei.

O Ministério Público é o dono (*dominus litis*) da ação penal pública, sendo o órgão que pede a providência jurisdicional de aplicação da lei penal, exercendo o que se denomina de pretensão punitiva. A titularidade do Ministério Público na ação penal pública é decorrente do princípio da oficialidade, cabendo à instituição promover, privativamente, esta ação; está submetido, ainda, ao princípio da obrigatoriedade (legalidade ou necessidade) da ação penal, sendo obrigado a promover a ação penal desde que existam indícios de autoria e a materialidade esteja comprovada.

Como regra, vige o princípio da indisponibilidade da ação penal pública que, se instaurada, proíbe o Ministério Público dela desistir, ou do recurso já interposto, no que se tem denominado de princípio da indesistibilidade. Fala-se, ainda, no princípio da divisibilidade, oposto ao princípio da indivisibilidade da ação privada, podendo o processo ser desmembrado, o oferecimento de denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, propositura de nova ação penal contra coautor, etc.

É com a *notitia criminis* que se instaura o inquérito policial. Vale lembrar que pode ser ele iniciado de ofício, mediante requisição, requerimento ou delação e por auto de prisão em flagrante. Quanto à ação penal pública incondicionada, o inquérito policial pode ser iniciado de ofício; tomando conhecimento da ocorrência do crime (cognição imediata) a autoridade policial deve instaurar o procedimento investigativo

respectivo. Também pode ser instaurado por meio de requisição (ordem) da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

Instaura-se, também, o procedimento inquisitivo mediante requerimento da vítima, que, no entanto, pode ser indeferido pela autoridade policial, donde cabe recurso administrativo ao Secretário de Segurança Pública, sendo incabível recurso judicial. A comunicação verbal é a forma mais comum de notícia do crime prestada pela vítima ou terceiro, cumprindo à autoridade policial determinar sejam reduzidas a termo as declarações do comunicante. Pode, ainda, haver instauração do inquérito pela prisão em flagrante delito, sendo o auto a primeira peça do procedimento.

Os requerimentos, as requisições e o auto de prisão em flagrante são peças iniciais do inquérito policial. Nos demais casos, a autoridade policial deve baixar uma portaria para a instauração do procedimento. Não se impede a instauração de inquérito policial referente a crime cuja autoria é ignorada, pois é no âmbito deste procedimento que se devem proceder às investigações para a sua identificação. Tendo o conhecimento da existência de um crime que se apura mediante ação penal pública, por qualquer das formas acima mencionadas, a autoridade policial tem o dever de instaurá-lo.

5.3.3 Instauração em Crime de Ação Pública Condicionada

A ação penal pública pode ficar, por disposição expressa, condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Quanto a determinados crimes, a lei determina que o Ministério Público só possa promover a ação penal quando existir uma ou outra dessas condições. Assim, tanto a representação como a requisição são qualificadas como condições suspensivas de procedibilidade, já que sem elas não pode ser iniciada a ação penal pública.

Em primeiro lugar, pode a ação pública depender de representação, manifestação da vontade do ofendido ou de seu representante legal no sentido de autorizar o Ministério Público a desencadear a persecução penal. Essa imposição deriva do fato de que, por vezes, o interesse do ofendido se sobrepõe ao interesse público na repressão do ato criminoso, quando o processo, a critério do interessado, possa acarretar-lhe males maiores do que aqueles resultantes do crime.

O direito de representação só pode ser exercido no prazo de seis meses, contados do dia em que a vítima ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime, sob pena de decadência. A representação não exige forma especial, bastando a manifestação do desejo de instaurar, contra o autor do delito, o competente procedimento criminal; poderá ser dirigida ao juiz, ao Ministério Público ou à autoridade policial.

Trata-se de ato irretratável depois de oferecida a denúncia; iniciada a ação penal com o oferecimento da denúncia, a retratação nenhum efeito produz e a ação prosseguirá até o seu término. É possível a revogação da retratação, ou seja, a retratação da retratação, se ainda não fluiu o prazo de decadência. A representação da vítima não tem força obrigatória quanto ao oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, podendo este concluir pela não instauração da ação penal.

Poderá depender ainda a ação penal de requisição do Ministro da Justiça, ato administrativo, discricionário e irrevogável, que deve conter a manifestação de vontade para instauração da ação penal, não exigindo forma especial. Atende-se, com isso, a razões de ordem política, que subordinam a ação penal pública a um pronunciamento do Ministro, em casos específicos. No silêncio da lei, entende-se que a requisição pode ser feita a qualquer tempo, enquanto não extinta a punibilidade do agente. Como a representação não condiciona obrigatoriamente a propositura da ação pelo Ministério Público.

Em todos os casos em que a ação pública estiver condicionada à representação da vítima ou à requisição do Ministro da Justiça, também o inquérito policial dependerá da prática destes atos jurídicos. A representação é um pedido-autorização na qual o interessado manifesta o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, portanto, como medida preliminar, o inquérito policial. Constitui a representação uma declaração escrita ou oral, sem fórmula sacramental, mas que deve conter informações úteis à apuração do fato e da autoria; se oral ou sem assinatura autenticada, deverá ser reduzida a termo.

5.3.4 Instauração em Crime de Ação Privada

Embora o *jus puniendi* pertença exclusivamente ao Estado, este transfere ao particular o direito de acusar (*jus accusationis*) em algumas hipóteses, onde caberá ao particular o direito de agir, pois o seu interesse se sobrepõe ao menos relevante interesse público. Com isso, a ação penal privada é uma das hipóteses de substituição processual, em que a vítima defende interesse alheio (direito de punir do Estado) em nome próprio. A queixa é o equivalente à denúncia, pela qual se instaura a ação penal.

O titular do direito de agir na ação penal privada é a vítima; ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo cabe intentar a ação privada. Vigoram na ação penal privada os princípios da oportunidade (ou conveniência), da disponibilidade, da indivisibilidade e da intranscendência. Pelo princípio da oportunidade, cabe ao titular do direito de agir a faculdade de propor, ou não, a ação privada, segundo sua conveniência. É uma das faces do princípio da disponibilidade, ou seja, de propor ou não, e de prosseguir até o final, ou não, na ação privada.

O princípio da indivisibilidade prevê que ao ofendido não facultado, quando optar pelo oferecimento da queixa, deixar de nela incluir todos os coautores ou partícipes do fato, não podendo processar apenas um dos responsáveis. O princípio da intranscendência, comum a qualquer ação penal, consiste no fato de ser a ação penal limitada à pessoa ou às pessoas responsáveis pela infração, não atingindo seus familiares ou terceiros estranhos aos fatos.

Há duas formas de ação privada: a exclusiva (principal ou propriamente dita), e a subsidiária da ação pública. A ação privada exclusiva somente pode ser proposta pelo ofendido ou por seu representante legal; especifica-se quais os delitos que a admitem pela expressão “somente se procede mediante queixa”. Fala-se em ação privada personalíssima quando o exercício compete, única e exclusivamente, ao ofendido.

Já a ação privada subsidiária da pública poderá ocorrer nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal, qualquer que seja o crime; nestes casos, pode o ofendido ou seu representante legal instaurar a

ação penal mediante queixa. Também chamada ação penal supletiva, só tem lugar no caso de inércia do órgão do Ministério Público, quando ele, no prazo que lhe é concedido para oferecer denúncia, não a apresenta, não requer diligências, nem pede o arquivamento do inquérito policial.

Se o crime somente se apura mediante ação penal privada, sendo necessária a queixa, o inquérito policial também só poderá ser instaurado mediante a iniciativa da vítima ou de seu representante legal. Na hipótese de morte ou ausência judicialmente declarada do titular, e desde que a ação penal privada não seja personalíssima, o direito de queixa passa a ser do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido.

O requerimento não exige formalidades, mas é necessário que sejam fornecidos os elementos indispensáveis à instauração do inquérito policial. Deverá ser reduzido a termo quando apresentado verbalmente ou mediante petição sem autenticação da assinatura do subscritor. Na hipótese de prisão em flagrante por crime que se apura mediante queixa, só se pode lavrar o auto, peça inicial do inquérito policial, após o requerimento da vítima ou de seu representante legal.

Decorrido o prazo decadencial, não pode ser instaurado o inquérito policial, pois estará extinta a punibilidade do agente. A instauração do inquérito não interrompe o prazo decadencial, devendo a queixa ser proposta antes dele ter se expirado. Encerrado o inquérito, os autos poderão ser entregues ao requerente, ou remetidos ao juiz competente, onde aguardará a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal.

5.4 Procedimento

5.4.1 Instauração e Atos Iniciais

Embora mencionado de forma rápida em quase toda a doutrina, o inquérito policial é de suma importância, sendo a gênese de qualquer procedimento de investigação, destinando-se à apuração de infrações penais e sua autoria. Não obstante parcela considerável dos estudiosos do Direito coloque o inquérito policial apenas como uma peça informativa, fato é que a maioria esmagadora das ações

penais em curso foram precedidas por um, e nestas ações serão repetidas, praticamente, todas as provas do inquérito.

Com o inquérito policial como instrução preliminar ajuda-se a afastar eventuais acusações infundadas, ou mesmo procedimentos ocultos, assegurando-se à sociedade a lisura de conduta por parte do poder persecutório estatal, ou, em outras palavras, a legalidade da persecução estatal. Esta investigação prévia ou preliminar sempre existirá, seja qual for a denominação que receba.

O nosso Código Penal Processual¹¹⁸ menciona que o Ministério Público e o juiz podem requisitar a instauração do inquérito policial, o que não afasta a possibilidade de qualquer notícia de delito (*notitia criminis*) poder ser encaminhada ao Delegado de Polícia para apuração. Digno de registro o entendimento de parte da doutrina atual, que exclui a possibilidade do juiz requisitar a instauração de inquérito policial, sob pena de se quebrar a imparcialidade do magistrado e, assim, todo o sistema acusatório.

Recebendo a notícia do crime, pode a autoridade policial, a fim de afastar eventual constrangimento ilegal, enviar diligências verificatórias sobre um mínimo de lastro da informação, seguindo, no entanto, um rito com expedição de ordem aos agentes policiais. Trata-se de diligências sumárias, determinadas de ofício pela autoridade policial. Esclarecido o fato, e havendo lisura na notícia do crime apresentada, deve o Delegado de Polícia instaurar o inquérito policial.

Em se tratando de requisição do Ministério Público ou do juiz, a autoridade policial estará obrigada a instaurar o inquérito policial, salvo se verificar a ilegalidade da ordem, ou no caso de fato atípico ou prescrito, o que afastaria a justa causa para o início das investigações. No caso de dúvida, deverá instaurar o inquérito e, ato contínuo, elaborar relatório e enviar para apreciação judicial.

No caso de recebimento da notícia do crime diretamente, a autoridade policial instaurará o inquérito policial de ofício. Em todos os casos de instauração de inquérito policial, seja por iniciativa policial, por denúncia devidamente apurada, por

¹¹⁸ Artigo 5º, inciso II - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

requisição judicial, do Ministério Público ou do Ministro da Justiça, o Delegado de Polícia sempre deverá fazer um prévio juízo de legalidade.

Embora o inquérito policial possa ser sigiloso, a investigação feita pela autoridade policial não pode ser anônima, devendo o procedimento ser precedido por uma portaria do Delegado de Polícia, além de constar menção ao feito em livro próprio na Delegacia de Polícia, bem como eventuais registros nos meios informatizados de cadastro, se for o caso.

Tratando-se de prisão em flagrante, o auto de prisão em flagrante delito será utilizado no lugar da portaria de instauração do inquérito policial. Assim, o início do inquérito policial se dá com a portaria instauradora, onde a autoridade policial irá relatar, de forma sucinta, os fatos e a tipificação provisória do delito, ou então com a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Diante de regular *notitia criminis* a autoridade policial deve instaurar o inquérito policial destinado a apurar o fato em todas as suas circunstâncias e a autoria. Deve proceder de acordo com o artigo 6º, do Código de Processo Penal, para que possa colher as provas que sirvam para a elucidação do fato e suas circunstâncias. Algumas diligências são determinadas pelo Delegado de Polícia já na portaria inaugural; são medidas de Polícia Judiciária, que devem ser procedidas de imediato, independente de provocação, tais como: expedições de ofícios aos órgãos oficiais pedindo complementação de dados sobre a identificação do suspeito e documentos comprobatórios de sua atuação; consultas a bancos de dados e outros órgãos públicos, visando verificar a periculosidade do suspeito por meio de sua folha de antecedentes, etc.

Além disso, deve a autoridade:

- dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado de conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais. Com isso pode-se efetuar o exame do lugar do crime e outras diligências, que podem revelar provas ou indícios úteis à elucidação do fato;
- apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais. Esses objetos devem acompanhar os autos do inquérito policial;

- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. A autoridade pode desenvolver qualquer diligência, incluindo a intimação da vítima e suspeito para prestar declarações.

5.4.2 Instrução

Durante a instrução do inquérito policial, deve, ainda, a autoridade policial, proceder a outras diligências essenciais.

A primeira delas é a oitiva do ofendido. Na maioria dos casos a pessoa que mais pode prestar informações a respeito do crime, suas circunstâncias e autoria, é a vítima, e suas informações são extremamente úteis para a investigação; poderá, inclusive, ser conduzida coercitivamente à presença da autoridade. O ofendido não é testemunha, não prestando o compromisso de dizer a verdade; ainda assim, as suas declarações constituem-se em meio de prova, podendo ser suficientes para a condenação desde que em consonância com outros elementos de convicção.

Também, desde que necessário para a elucidação cabal dos fatos, a autoridade policial procederá ao reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações. O reconhecimento é a identificação de pessoa ou coisa feita na presença da autoridade; alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu, que conhece. O reconhecimento fornece a prova da identidade física da pessoa ou coisa e, por isso, a lei procura cercá-lo de formalidades e cautelas próprias dos atos judiciais.

Quanto à acareação, é possível que duas ou mais pessoas deem versões diferentes sobre um mesmo fato ou circunstância; acarear é pôr em presença uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. Trata-se de ato que consiste na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, e destinado a obter o convencimento sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas foram divergentes.

Pode, também, a autoridade policial determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, ou até a conclusão do inquérito.

Entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca dos fatos, circunstâncias objetivas ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los. O exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios, constituindo-se na verificação dos elementos exteriores ou da materialidade da infração penal pelo perito, sendo obrigação da autoridade determinar sua realização.

Visando elucidar os fatos, chegando-se à materialidade e autoria delitiva, deve ainda a autoridade policial ouvir todas as pessoas envolvidas e, não havendo impedimento legal, delas deve ser tomado o compromisso de falar a verdade. No caso de testemunha presencial, ou a referida por outra que presenciou os fatos, ou mesmo qualquer outra pessoa que possa trazer elementos de convicção para elucidação do caso, devem ser ouvidas pela autoridade policial em termo apartado que será anexado ao procedimento. Testemunha é a pessoa que declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se investiga, ou as que são chamadas a depor sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos. Toda pessoa poderá ser testemunha; a busca da verdade real e o sistema de livre apreciação das provas justificam a disposição, cabendo ao juiz, no momento oportuno, valorar o conteúdo do depoimento.

Poderá ainda a autoridade policial proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade e a ordem pública. Cercado o ato quase sempre de publicidade, demonstra a espontaneidade do indiciado. Este não está obrigado a participar da reconstituição, ainda que tenha confessado o delito no interrogatório.

O indiciado também deve ser ouvido, caso sobre ele for imputada a prática de crime e houver indícios de sua autoria, embora tenha o direito de permanecer calado, sendo este um dos últimos atos do inquérito policial. Perante a nossa legislação, o interrogatório do acusado é meio de prova, mas não se pode ignorar que ele é também ato de defesa, pois não há dúvida de que o réu pode dele valer-se para se defender da acusação. A falta de interrogatório no auto de prisão em flagrante não invalida o ato quando o preso não estava em condições físicas ou mentais de prestar declarações; o ato deverá ser realizado durante o inquérito

policial logo que desaparecer a incapacidade. Trata-se de ato personalíssimo, pois só o indiciado pode ser interrogado, não outra pessoa por ele, não se admitindo a representação, substituição ou sucessão.

5.4.3 *Indiciamento*

Indiciamento é a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal. Havendo qualquer indício de autoria, deve a autoridade policial providenciar o indiciamento. Não é ato discricionário nem arbitrário da autoridade, não existindo a faculdade de indiciar ou não; havendo indícios de autoria, o suspeito deve ser indiciado. Embora nossa legislação processual trate de forma indiscriminada as figuras de suspeito, investigado e indiciado, sabe-se que há divergência essencial entre elas: indiciado é apenas o suspeito ou investigado contra o qual, no inquérito policial, foram produzidas provas suficientes da materialidade delitiva e indícios de sua autoria.

Após o indiciamento, deve a autoridade policial interrogá-lo, lavrando-se o respectivo termo que será assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura, não sendo necessário que essas testemunhas instrumentárias tenham assistido ao interrogatório. O indiciado pode ser conduzido coercitivamente para ser interrogado, podendo permanecer calado.

Deve a autoridade policial ordenar a identificação do indiciado, estabelecendo a sua identidade, conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo. O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal; exceção está prevista na Lei das Organizações Criminosas¹¹⁹, onde o indiciado envolvido com a ação praticada por organização criminosa será sempre identificado criminalmente. Nada impede que, havendo necessidade para fins de investigação ou restando dúvidas quanto à identidade do autor do crime, seja procedida a tomada fotográfica do indiciado, não se confundindo tal elemento de prova com a identificação criminal, embora possa dela fazer parte.

¹¹⁹ Artigo 5º. - BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 maio 1995. p. 6241. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

5.4.4 Indiciado Menor

Anteriormente às alterações trazidas pelo novo Código Civil, se o indiciado fosse menor, ser-lhe-ia nomeado curador pela autoridade policial, visto serem os menores de 21 e maiores de 18 anos incapazes na esfera civil, necessitando de aconselhamento de pessoa que pudesse resguardar seus direitos ou informá-lo deles. Tinha o curador a função primordial de assistir ao interrogatório e aos demais atos que exigiam a participação do indiciado, sem que pudesse interferir no interrogatório ou participar das demais inquirições.

Com a vigência do novo Código Civil¹²⁰, que reduziu a maioridade civil de 21 para 18 anos de idade, houve ab-rogação ou derrogação ao dispositivo que reclamava a nomeação de curador. Como a imputabilidade penal por maioridade inicia-se aos 18 anos e, na antiga legislação, o menor de 21 anos de idade, sendo maior de 18, não possuía plena capacidade para realizar pessoalmente os atos da vida civil, o Código de Processo Penal determinava a nomeação de curador para lhe exercer assistência no procedimento criminal. Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceu a necessidade de curador.

Tal discussão perdeu relevância ainda mais com a promulgação da lei nº 10.792/03¹²¹, onde passou a se exigir a presença de advogado, constituído ou nomeado, para o indiciamento do investigado, seja ele de que idade for, especialmente quando preso em flagrante delito. Atuará da mesma forma como ocorria com o curador, prestando assistência técnica ao indiciado.

¹²⁰ Artigo 5º - BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

¹²¹ Artigo 185 - Id. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 dez. 2003. p. 2. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/l-010792-01-12-2003.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

5.4.5 Incomunicabilidade

Não mais se permite a incomunicabilidade do indiciado, nos termos do artigo 21, do Código de Processo Penal. Sendo vedada essa incomunicabilidade do preso nas situações excepcionais do Estado de Defesa e do Estado de Sítio¹²², com maior razão não se pode permiti-la em situação de normalidade. Além disso, é assegurado ao preso a assistência da família e do advogado, devendo sua prisão ser imediatamente comunicada ao juiz e à sua família ou pessoa por ele indicada¹²³.

5.4.6 Deveres da Autoridade Policial

Além de proceder às diligências acima referidas, à autoridade policial incumbe outras providências. São elas:

- fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos. Deve prestar todas as informações e considerações que possam ser de utilidade no esclarecimento do crime e de suas circunstâncias;
- realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público. As requisições são ordens a que está a autoridade obrigada a atender, ainda quando não lhe pareçam adequadas. Só pode recusar o cumprimento se ilegais;
- cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias. Inclui-se os mandados referentes à prisão provisória ou definitiva;
- representar acerca da prisão preventiva. Sendo a autoridade a primeira a sentir a necessidade da preventiva, estando presentes seus pressupostos¹²⁴, deve representar para sua decretação, fundamentando o pedido sobre a necessidade ou conveniência da medida cautelar;

¹²² Artigo 136, parágrafo 3º, inciso IV. - Id. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹²³ Artigo 306 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹²⁴ Artigos 312 e 313 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

- proceder a novas pesquisas após o arquivamento do inquérito¹²⁵; representar para a instauração do incidente de insanidade mental do indiciado¹²⁶; arbitrar fiança em determinadas hipóteses¹²⁷.

5.4.7 Encerramento

Concluídas as investigações, a autoridade policial deve fazer minucioso relatório do que tiver sido apurado no inquérito policial. Não deve emitir qualquer juízo de valor na sua exposição, tecer opiniões ou julgamentos, mas apenas prestar todas as informações colhidas durante as investigações e diligências realizadas. A classificação do crime, feita pela autoridade policial, quando da instauração do inquérito, poderá ser alterada no final das investigações; trata-se de classificação provisória, que não vincula o Ministério Público ou o querelante para o oferecimento da inicial. A autoridade deve remeter os autos ao juiz competente, juntamente com os instrumentos do crime e os objetos que interessarem à prova.

Estando o réu solto, o prazo para a conclusão do inquérito policial é de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento, pela autoridade policial, da requisição ou requerimento, ou da portaria que deve ser expedida quando da *notitia criminis*. Em se tratando de réu preso, o prazo é de 10 (dez) dias, contados da prisão. No caso de indiciado solto, a autoridade pode requerer ao juiz a devolução dos autos para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz (máximo de trinta dias), devendo ser o Ministério Público previamente ouvido.

Pode ainda o Ministério Público requerer a devolução do inquérito à autoridade para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Indeferido o pedido pelo juiz, pode o Ministério Público interpor correição parcial ou requisitar as diligências faltantes diretamente à autoridade policial. Nas leis especiais há prazos diferentes para a ultimação do Inquérito Policial: a) 10 (dez) dias no caso de crimes contra a economia popular, estando o indiciado preso ou solto; b) 5 (cinco)

¹²⁵ Artigo 18 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹²⁶ Ibid., Artigo 149, parágrafo 1º.

¹²⁷ Ibid., Artigo 321.

dias nos crimes de tóxicos; c) 15 (quinze) dias, prorrogável por mais 15 (quinze), na Justiça Federal.

5.4.8 Arquivamento

A autoridade policial jamais poderá mandar arquivar um inquérito policial.¹²⁸ Esta providência cabe ao juiz, a requerimento do órgão do Ministério Público, que é o destinatário do inquérito policial, devendo formular um juízo de valor sobre o seu conteúdo. Tal requerimento, chamado promoção de arquivamento, deve ser fundamentado, não mais se admitindo o denominado pedido implícito de arquivamento, onde o membro do *parquet* deixava de incluir na denúncia algum fato típico ou omitia na peça o nome do coautor.

Se o inquérito versar sobre crime de ação penal privada, a vítima deve oferecer a queixa dentro do prazo legal, sob pena de ser decretada a extinção da punibilidade do autor pela decadência, fato que acarretará o arquivamento dos autos; eventual pedido de arquivamento feito pela vítima ou seu representante legal equivale à renúncia tácita, também causa extintiva da punibilidade.

O pedido de arquivamento formulado por um representante da Justiça Pública impede que outro, que o suceda, ofereça a denúncia, ainda que não proferido o despacho de arquivamento pelo juiz. O juiz não está obrigado a atender, de início, o requerimento do Ministério Público; pelo princípio da devolução, o juiz transfere a apreciação do caso ao chefe do Ministério Público – o Procurador-Geral –, ao qual cabe a decisão final sobre o oferecimento, ou não, da denúncia.

Entendendo ter razão o juiz, o Procurador-Geral pode designar outro membro do Ministério Público, que estará obrigado a oferecer denúncia, pois age em nome do chefe da instituição, do qual é um *longa manus*, por delegação interna de atribuições. Insistindo o Procurador-Geral no pedido de arquivamento do inquérito, o juiz estará obrigado a atendê-lo, pois a iniciativa da ação penal é do Ministério Público, não sendo possível ao Tribunal obrigá-lo a oferecer denúncia.

¹²⁸ Artigo 17 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

O despacho em que se arquiva o inquérito policial ou as peças de informação, a pedido do Ministério Público, é irrecorrível, não podendo a ação penal ser iniciada sem novas provas, substancialmente inovadoras.¹²⁹ Se o arquivamento foi determinado em virtude da atipicidade do fato, fundamento permanente, é inadmissível a instauração da ação penal. Também inadmissível a instauração da ação penal, mediante ação privada subsidiária, se arquivado o inquérito policial a pedido do Ministério Público.

¹²⁹ Artigo 18 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 524**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CAPÍTULO 6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO AO INQUÉRITO POLICIAL

6.1 Inquérito Policial e Procedimento Administrativo

Para que se consagre o princípio do contraditório dentro do processo judicial, chegando-se assim à verdadeira democracia, deve-se resguardar às partes a participação efetiva na procedimentalidade assegurada e regida pelo devido processo constitucional. Desta forma prepondera a atuação equânime das partes, por meio de um debate dialógico, chegando à aplicação da tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um real Estado Democrático de Direito; garante-se a discursividade às partes, balizada pela processualidade, sendo impossível falar em democracia sem processo. Tais peculiaridades se fazem presentes no processo, relação jurídica vinculada que visa uma decisão entre as partes, proferida pelo Estado Juiz, o que não ocorre no mero procedimento.

Ao conceituar-se o processo como uma relação jurídica instrumental, com atos praticados em sequência lógica e direcionados a um fim comum, a partir de um fato previsto em lei e buscando a composição de um litígio, a consequência é a exclusão do inquérito policial do conceito de processo, enquadrando-se no que se denomina procedimento administrativo, com todas as suas características. Não há litígio no âmbito do inquérito policial a ser solucionado, não se falando em conflito de interesses como ocorre no processo. Trata-se de uma cadeia de ações, sucessão encadeada e organizada de atos e formalidades, que ao final levará ao *dominus litis* as provas de uma infração penal e sua autoria.

O inquérito policial, desde sua origem, bem como em seu significado, sugere um procedimento administrativo, de caráter inquisitório, consubstanciado em uma peça de informação, sem rito preestabelecido, com o objetivo de apurar o fato criminoso, estabelecendo a materialidade e respectiva autoria. Tem natureza, portanto, de procedimento administrativo, de caráter inquisitorial, tratando-se de uma fase pré-processual; as atividades persecutórias nele desenvolvidas, além de não configurarem processo judicial, concentram-se nas mãos de uma única autoridade,

diferentemente do processo acusatório, onde as funções de julgar, acusar e defender são distintas.

Esta fase investigatória é preparatória da acusação, do processo propriamente dito, não se falando em acusado ou mesmo em partes em conflito, constituindo o inquérito policial, também por isso, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal. Falar-se em procedimento contraditório é aceitar a existência de uma relação jurídica processual, ou seja, de um processo; quanto ao inquérito policial pode-se afirmar que, tratando-se de um procedimento administrativo e inquisitivo, eventual inserção do contraditório implicaria a necessária ciência de todos os atos já praticados e os a serem praticados, com a participação efetiva dos litigantes (que não existem em inquérito policial) em todos os atos que impliquem atividade decisória, que por óbvio, em regra, no inquérito policial, não é exercido pelo Estado-juiz.

De forma mais simplista, chegando-se à mesma conclusão acima exposta, parte da doutrina afirma que, sendo o inquérito policial elaborado pela autoridade policial, que pertence ao Poder Executivo, outra solução não se afigura plausível a não ser conceituá-lo como um procedimento de natureza administrativa. Vale colacionar os ensinamentos de Alexandre de Moraes, para quem

[...] a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.¹³⁰

No mesmo sentido Fernando da Costa Tourinho Filho, afastando da expressão “processo administrativo” o inquérito policial, nele se enquadrando somente “[...] processos instaurados pela Administração Pública para apurar infrações administrativas, visto que nestes casos é possível a aplicação de uma sanção, o que não ocorre com o inquérito policial.”¹³¹

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 256.

¹³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109.

6.2 Lei nº 10.792/03¹³²

No dia 02 de dezembro de 2003 entrou em vigor a lei nº 10.792/03, trazendo diversas e relevantes alterações à legislação penal, e, mais especificadamente ao nosso tema, profundas mudanças no interrogatório judicial, disposições que deverão ser observadas pelo Delegado de Polícia no interrogatório policial, por expressa imposição legal¹³³, que assim dispõe:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III, do Título VII, deste Livro (grifo nosso), devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Analisando-se o Título VII, Capítulo III, acima mencionado, chega-se ao artigo 185 do estatuto processual: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor constituído ou nomeado.” Assim, exige-se a partir da vigência da nova lei a presença de advogado no interrogatório do réu frente ao juiz, assegurando-se assim o contraditório. Numa interpretação literal dos dispositivos, no interrogatório policial também deverá ser garantido ao indiciado ou averiguado a assistência de defensor, constituído ou dativo, o mesmo ocorrendo no indiciamento do investigado, especialmente quando preso em flagrante delito.

Tal disposição fez surgir a interpretação de que, com o advogado atuando no inquérito policial, reconheceu-se o contraditório neste procedimento, pois assegura-se ao indiciado conhecimento das provas produzidas na investigação, o direito de contrariá-las, arrolar testemunhas, promover perguntas, etc. Trata-se de interpretação muito extensiva, atingindo finalidade não almejada por nosso legislador

¹³² BRASIL. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 dez. 2003. p. 2. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/l-010792-01-12-2003.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

¹³³ Artigo 6º, inciso V - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

quando da edição da lei; esquecem-se os defensores desta posição da expressão “no que for aplicável”, e, certamente, não havendo partes no inquérito policial, e sendo as diligências discricionárias segundo a conveniência da autoridade policial, impossível posicionar-se nesse sentido.

Numa simples análise da Carta Magna de 1988 percebe-se que a nova ordem constitucional afastou do ordenamento brasileiro o sistema processual penal inquisitorial, dando ao processo penal pátrio uma feição acusatória, consagrando os direitos e garantias fundamentais, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o que não ocorre no procedimento preparatório de investigação, o inquérito policial, inquisitorial por natureza¹³⁴. Resguarda-se assim, no interrogatório policial, a possibilidade do defensor conversar anteriormente com o indiciado, e, quando do ato, assisti-lo resguardando a lisura do procedimento, mas não se permite perguntas como em uma verdadeira instrução processual, como querem alguns.

E como se falar em contraditório se não há outra parte e nem provas da acusação a se contrariar, não havendo nem mesmo uma acusação formal contra o averiguado? No caso de interrogatório judicial foi assegurada a participação das partes no ato, na medida em que, após o interrogatório, o juiz deve indagar às partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes, se o entender pertinente e relevante, tornando possível a participação da defesa e da acusação no interrogatório.¹³⁵ No caso de inquérito policial, certamente, e autorizado pelo artigo 6º do Código de Processo Penal, tal disposição não é aplicável, sendo legalmente possível e necessária a sua não observância, pois, mais uma vez cabe lembrar, não se faz presente a acusação.

Aplicar-se de forma indistinta todas as normas do Título VII, Capítulo III, do Código de Processo Penal, como querem os defensores do inquérito policial contraditório em virtude dessas modificações legislativas, é dar ao inquérito policial, por mera interpretação literal do nome do capítulo, o caráter de meio de prova, o que

¹³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76-77. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 56.

¹³⁵ Artigo 188 - BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** Poder executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

permitiria ao magistrado proferir decisão condenatória apenas com base nas provas encartadas durante o procedimento inquisitorial, o que nenhum estudioso defende e que viria a desrespeitar o Estado Democrático de Direito.

O que a nova lei fez foi adequar o Código de Processo Penal ao texto constitucional vigente, sendo necessário apenas bom senso no conhecimento e interpretação das leis para se chegar a tal reconhecimento. Assim, positivou-se em lei especial o que já vinha descrito na Constituição Federal¹³⁶: “[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, tanto no momento da prisão como do interrogatório.

Consagrou-se assim o interrogatório, policial e judicial, como meio de defesa, sendo obrigatória a assistência do defensor, bem como a prévia entrevista deste com o acusado ou indiciado, resguardando-se assim a autodefesa e a defesa técnica. Presente se faz a defesa técnica, mas não o contraditório; mais uma vez cabe lembrar que, não havendo litigantes no inquérito policial, ausentes, portanto, titulares de conflitos de interesses, não se pode falar em contraditório, circunstância esta que não afasta a defesa técnica por meio de advogado. Ainda que se assegure a possibilidade de perguntas pelo defensor no interrogatório policial o entendimento deve ser o mesmo, pois tal circunstância não fere a natureza inquisitiva deste procedimento.

6.3 Juiz de Garantias

O anteprojeto do Código de Processo Penal traz, entre suas principais novidades, a figura do juiz de garantias, destinado a controlar a legalidade da investigação e a tutelar as garantias fundamentais do cidadão submetido a um inquérito, funcionando apenas durante a fase inquisitorial. Oferecida a denúncia contra o acusado, esse magistrado cederia seu lugar ao juiz do processo propriamente dito, o qual ficaria livre para avaliar como quisesse as provas colhidas na fase do inquérito. O texto do anteprojeto diz o seguinte:

¹³⁶ Artigo 5º, inciso LXIII - BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;
- [...];
- XII – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- XIII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.

Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.¹³⁷

¹³⁷ TEIXEIRA, Miro. **Projeto de Lei nº 7.987/2010**. Institui o Código de Processo Penal. 7 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=488850>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

Percebe-se por tais disposições que o juiz de garantias não será o juiz do processo, mas sim um juiz que atuará apenas na fase do inquérito, etapas perfeitamente distintas dentro da persecução penal. O juiz de garantias irá participar apenas da fase de investigação do crime, não sendo responsável pela sentença, que será prolatada por outro magistrado, assegurando-se assim a imparcialidade do julgamento. Os motivos desta criação seria resguardar a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, evitando eventuais influências em seu convencimento.

Tal disposição em nada afeta a natureza do inquérito policial, que continuará existindo e sob a presidência da autoridade policial, atuando o juiz de garantias, nessa primeira fase da persecução penal, apenas no monitoramento do devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, não participando do processo contraditório ulterior. Não há que se confundir o referido instituto com o chamado juiz ou juizado de instrução, tendo exemplos na Espanha e na França, onde o juiz preside o inquérito policial, que funciona como verdadeira instrução penal, ficando a cargo de outro magistrado, que não teve contato com as provas, apenas a decisão da causa no mérito¹³⁸.

Com o projeto, não visa nosso legislador acabar com o inquérito policial e sua natureza inquisitorial, e nem mesmo colocar nas mãos do juiz de garantias a instrução processual. Se assim o fosse, aí sim poder-se-ia afirmar que o contraditório restou consagrado nessa primeira fase investigativa, em que ocorreria toda a instrução processual criminal, a cargo de um juiz instrutor, e, depois de instruído o processo, seria redistribuído para outro juiz que decidiria o caso.

Num só ato se fundiriam o inquérito policial e a instrução criminal, e, em consequência, dessa possibilidade de condenação, às partes resguardar-se-ia o direito ao contraditório. Ao contrário, o anteprojeto visa apenas criar o juiz de garantias que funcionará no monitoramento à legalidade do procedimento inquisitorial, continuando o inquérito policial a existir com todas as suas características, dentre elas a natureza de procedimento administrativo e inquisitorial, sem a incidência do contraditório, diante da inexistência de partes e conflito de interesses.

¹³⁸ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução de José Luiz Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

6.4 Aplicação do Contraditório ao Inquérito Policial

Parte da doutrina sempre defendeu a existência do contraditório no inquérito policial, entendendo que o texto constitucional, ao mencionar “acusado” e “processo administrativo”, engloba toda situação passível de restrição de direitos individuais, equiparando o indiciado ao acusado¹³⁹. Lecionam estes estudiosos que tanto a ampla defesa como o contraditório devem incidir em qualquer tipo de acusação, desde a fase pré-processual da investigação criminal até o final do processo de conhecimento. Dizem, ainda, que a fase preliminar, por estabelecer culpa, deva ser contraditória, cercada das necessárias garantias de defesa, tendo o investigado interesse a resguardar.

Nesse sentido se expressa o professor Rogério Lauria Tucci, para quem a ampla defesa e o contraditório devem estar presentes em todo e qualquer tipo de acusação, mesmo que não formal:

(...) à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou da execução, seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele.¹⁴⁰

Entendem, também, que ao inquérito policial, servindo de base à denúncia ou queixa e fundamentando um despacho judicial que resultará para o indiciado o mal do processo, é essencial que se garanta o contraditório e com isso se consagre o senso de justiça, dando prioridade ao direito à liberdade. Como o indiciado tem interesse legítimo e relevante em se defender, afastando eventuais futuras acusações, devem-lhe ser assegurados todos os tipos de garantia, dentre elas a ampla defesa e o contraditório¹⁴¹. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci assim se posicionam:

¹³⁹ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 93 et seq.

¹⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 102 et seq.

¹⁴¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 107.

(...) se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo *processo* para designar *procedimento*, nele se encarta a evidência, a noção de qualquer *procedimento administrativo* e, se conseqüentemente, a de “procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”, que é o *inquérito policial*. Por outro lado, quando se menciona “acusados em geral”, na examinada preceituação constitucional, certamente se pretende dar a mais larga extensão às palavras, com referência óbvia a qualquer espécie de acusação, inclusive a ainda não formalmente concretizada. Assim não fosse, afigurar-se-ia de todo desnecessária a adição “em geral”; bastaria a alusão a “acusados”. Realmente, referendada a extensão dos direitos indicados no dispositivo constitucional aos “indiciados em processos administrativos”, e sendo inequívoco, outrossim, como visto, que o *inquérito policial* é uma modalidade de *procedimento administrativo*, não há como negar sua abrangência pelo novel regramento da Carta Magna da República.¹⁴²

Como grandes expoentes dessa posição encontramos os processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, que dão o seguinte enfoque ao assunto:

O *inquérito policial* é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciado* (e não em acusado, ou réu), mas não pode se negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com “litigantes” (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito.¹⁴³

Hodiernamente, com a alteração legislativa exigindo a presença de advogado no interrogatório policial, mais uma vez tais defensores passaram a reclamar a existência do inquérito policial contraditório, defendendo a possibilidade do indiciado realizar uma defesa pré-processual, com a participação do defensor. O simples fato de afirmarem tratar-se de uma defesa pré-processual já significa não ser o inquérito um processo, e, pela sistemática constitucional, em meros procedimentos administrativos afasta-se a incidência do contraditório.

Trata-se, assim, de argumentos apaixonados, mas, dada a devida vênia, sem qualquer embasamento técnico jurídico. Tanto na forma como o inquérito policial foi idealizado em sua origem, bem como em seu significado, traduz-se em um

¹⁴² TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 25-29.

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 57.

procedimento administrativo, de caráter inquisitório, consubstanciado em uma peça de informação, sem rito preestabelecido, visando apurar a materialidade e a autoria de um fato criminoso. Tratando-se de um mecanismo inquisitorial, afasta-se a possibilidade de defesa e, conseqüentemente, a incidência do contraditório.

Embora alguns entendam que com a alteração legislativa ocorrida em 2003, exigindo a presença de advogado para o indiciamento do investigado, bem como se possibilitando a entrevista reservada do indiciado com o defensor, reconheceu-se o direito ao contraditório, o que houve na verdade foi uma adequação do Código Processual à Constituição Federal. Mesmo que se permita a promoção de perguntas ao defensor no interrogatório policial, o entendimento é o mesmo, funcionando o advogado como mero tutor das garantias fundamentais do cidadão investigado.

Entendimento diverso, além de se chocar com as regras e fundamentos do princípio do contraditório, tornaria inócuo o procedimento investigatório, ferindo o êxito das investigações e causando maior demora nas conclusões. Os defensores do inquérito policial contraditório devem se ater não só ao funcionamento desse princípio, mas também às conseqüências de seu reconhecimento dentro do dia-a-dia no Distrito Policial; se presente a possibilidade da defesa contrariar todas as provas coligidas durante a investigação, mais um mecanismo contra a celeridade processual irá surgir, com prejuízo evidente à Justiça.

Outra conclusão lógica que fundamenta a inexistência do contraditório no inquérito policial é a inexistência de acusação. A Constituição Federal assegura este direito aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, figuras estas (litigantes e acusados) que não existem no inquérito policial, além de ser um procedimento administrativo, e não um processo.

No mesmo sentido as lições de Fernando Capez, para quem “O contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo.”¹⁴⁴ Também cabe citar o magistério de Alexandre de Moraes *in verbis*:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 28.

caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.¹⁴⁵

No inquérito não há solução de conflitos a ser equacionada pelo Delegado de Polícia, não há lide entre as partes, não havendo nem mesmo partes. Ao definirmos o princípio do contraditório pela expressão “ouça-se também a outra parte”, possibilitando, a ambas, resposta e utilização de todos os meios de defesa, percebe-se claramente a inexistência do contraditório. Não há outra parte a ser ouvida, não podendo se falar nem mesmo em presença de partes; para os que entendem que o indiciado é uma parte, a ausência de acusação como outra parte afasta a incidência do dispositivo constitucional.

Não há consequência sancionatória direta ao investigado decorrente do inquérito policial, fato que também afasta o contraditório em procedimentos com esta natureza; eventual sanção penal, se existir, advirá de decisão judicial, após instrução criminal contraditória, mas não do inquérito. Este direito está afeto a qualquer processo judicial, mas não a meros procedimentos administrativos; ao término das investigações a autoridade policial apenas relata as provas coligidas aos autos, ficando para o âmbito Judiciário a análise dos fatos e a imposição das eventuais penalidades cabíveis.

Afasta-se qualquer imposição do contraditório ao inquérito policial, mero procedimento administrativo de caráter inquisitivo, em que as atividades persecutórias, além de não fazerem parte de um processo judicial, concentram-se nas mãos de uma única autoridade, o Delegado de Polícia, diferentemente do processo judicial acusatório, em que as funções de julgar, acusar e defender são distintas, onde se torna obrigatório o contraditório, até porque, ao final, possível a aplicação de uma sanção concreta.

Não se pode entender que a expressão processo administrativo, presente no texto da Constituição, engloba o inquérito policial. Deve-se enquadrar nesta tipificação somente processos instaurados pela Administração Pública para apurar infrações administrativas, onde se faz possível a aplicação de uma sanção, o que não ocorre no âmbito do inquérito policial.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 256.

Ao se entender o contraditório como a atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos que sejam importantes para a decisão do conflito, mais uma vez percebe-se que no inquérito, mero procedimento, não há qualquer tipo de conflito de interesses. Como este direito impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes, e não havendo acusação no inquérito policial, mais uma vez encontra-se argumentos sólidos para se afastar o contraditório do âmbito desta fase investigativa.

Também não se fazem presentes no inquérito policial os três elementos essenciais ao contraditório, quais sejam, notificação dos atos processuais à parte interessada, participação das partes a estes atos e paridade de armas. Numa simples análise de um concreto inquérito policial já se permite concluir que nenhum destes elementos existe na fase investigativa, não se confundindo a presença de advogado com a notificação e participação a todos os atos policiais. Não há ciência bilateral dos atos e termos policiais e nem a possibilidade de contrariá-los.

Em análise a caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se ser o inquérito policial mera peça informativa, “[...] destinada à formação da ‘opinio delicti do Parquet’, simples investigação criminal de natureza inquisitiva, sem natureza judicial”¹⁴⁶, assim, “[...] não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no inquérito policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo juiz.”¹⁴⁷

Além de contrariar a natureza jurídica do inquérito policial, procedimento inquisitorial-administrativo, aplicar-se o contraditório nessa fase investigativa geraria sérias dificuldades que inviabilizariam a sua realização. Não sendo atividade decisória a praticada no inquérito policial, não há qualquer exercício da jurisdição, e nossa legislação só clama pela existência do direito ao contraditório em procedimentos com estas características. Mesmo quando se fala em contraditório diferido este será exercido no processo judicial, com suas garantias a possibilitar a contrariedade às provas colhidas na investigação, e não nesta fase de investigação.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma - HC nº 2.102-9/RR. Rel. Min. Pedro Aciole. Ementário STJ, 09/691.

¹⁴⁷ Id. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma - RHC nº 3.898-5/SC. Rel. Min. Edson Vidigal. Ementário STJ, 11/600.

No mesmo sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto do ministro Sepúlveda Pertence:

O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. [...] No caso vertente, consta que as investigações correm em segredo de justiça, o que não macula o princípio constitucional da ampla defesa, haja vista que na fase inquisitorial não se cogita da incidência deste princípio, tampouco o do contraditório e o do devido processo legal [...]. Aqui também se torna necessário, buscando exaurir o tema proposto, analisar a questão da garantia do contraditório e as provas irrepetíveis a se realizarem no inquérito policial. Acerca do tema já se manifestou o STF, da seguinte forma: “o dogma deriva do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas a começar pelo exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto, que, produzidas no curso do inquérito, são irrepetíveis na instrução do processo, porque assim verdadeiramente definitivas. A produção de tais provas no inquérito policial há de observar com vigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança sob pena de completa desqualificação de mera idoneidade probatória”¹⁴⁸.

Caem por terra quaisquer fundamentos contrários à não aplicação do princípio do contraditório no inquérito policial após uma rápida análise da própria tradução do instituto para a língua inglesa; ao ser nomenclaturado de “adversary system”, em contraposição ao sistema inquisitivo, reclama a existência de adversários, ou seja, partes em litígio, o que, mais uma vez cabe esclarecer, não existem no âmbito das investigações prévias. Não se permite o contraditório, pois durante o inquérito o indiciado é um simples objeto de investigação, não se fazendo presentes acusação nem defesa; cabe apenas à autoridade policial proceder às pesquisas necessárias à propositura da ação penal. Nas palavras de José Frederico Marques,

*[...] infelizmente, a demagogia forense tem procurado adulterar, a todo custo, o caráter inquisitivo da investigação, o que consegue sempre que encontra autoridades fracas e pusilânimes. Por outro lado, a ignorância e o descaso relativos aos institutos de processo penal contribuem, também, decisivamente, para tentativas dessa ordem.*¹⁴⁹

Argumento final, e este levando em conta posição até mesmo dos defensores da aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial, refere-se às consequências do reconhecimento do declinado princípio à fase investigativa. Se

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 74751/RJ, 1ª Turma, 04 de novembro de 1997. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Ementário STF, 13/885.

¹⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1, p. 57.

consagrada tal garantia, o inquérito policial passará a ter natureza de prova plena, como ocorre com as demais provas onde se aplica o contraditório. Com tal característica poderá fundamentar condenações por si só, o que nenhum estudioso ousa defender, até por evidentes deficiências existentes na colheita de provas no âmbito policial.

Não basta, portanto, defender a aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial. Os argumentos devem ser analisados e sopesados, em especial com base nas técnicas de interpretação legal, chegando-se às consequências advindas da posição defendida. Não pode o estudioso defender a não validade do inquérito policial como meio de prova suficiente para fundamentar uma decisão condenatória e, ao mesmo tempo, reclamar a aplicação do contraditório na fase investigativa, posição que tem como consequência lógica a validade das provas ali existentes como se em juízo tivessem sido colhidas. Em princípio, o que poderia demonstrar uma defesa, ao final certamente acarretaria ferimento evidente à dignidade da pessoa humana, mais precisamente do cidadão investigado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Etimologicamente, princípio é definido como base, e, dentro do sistema legal, trata-se do alicerce de um sistema jurídico, englobando proposições lógicas que fundamentam e sustentam esse ordenamento. Por estar presente tanto no ápice como na base da pirâmide jurídica, no caso de provimento estatal conflitante com um princípio, será aquele excluído de pronto. No âmbito dos princípios encontram-se os valores fundamentais da ordem jurídica, condensando bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico; informam o sistema independentemente de estarem positivados em norma legal.

Deve-se distinguir princípio de regra, espécies que se enquadram no conceito de normas. Desde já cabe afirmar que não há hierarquia entre elas. Enquanto as regras incidem sobre determinadas situações, em virtude da descrição sempre mais objetiva, os princípios albergam maior grau de abstração, podendo ser aplicados a diversas situações. Por meio dos princípios permite-se o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes, enquanto as regras não deixam margem para outra solução.

Poderá haver conflito de normas dentro de uma situação fática; no caso dos princípios fala-se em colisão entre eles. Em havendo conflito de regras a solução pode-se dar de duas formas: a) introduz-se em uma de suas regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito; ou b) declara-se a invalidade de uma das regras, que será eliminada do ordenamento jurídico. Em se tratando de princípios, a colisão entre eles deve ser solucionada de maneira totalmente distinta, tendo um que ceder face ao outro, sendo aplicado na maior medida do possível.

Para que se atinja a democracia real, deve-se garantir a efetiva participação popular nas decisões, com respeito aos princípios da igualdade e da liberdade. Dentro da democracia os aplicadores do Direito funcionam como intérpretes, tomando parte importante, e de forma concreta, na procedimentalidade assegurada e regida pelo devido processo constitucional. Falar-se em processualidade jurídica equivale a dinamizar o Direito Material para que ele possa ser criado, modificado, interpretado, aplicado e fiscalizado pelos destinatários de uma sociedade.

Um dos princípios basilares do nosso ordenamento é o direito à defesa, decorrente da personalidade e da dignidade humanas, inserindo-se na categoria de direito fundamental; por meio deste direito garante-se ao acusado todos os meios de prova, tanto nos processos jurisdicionais quanto nos processos administrativos contenciosos. Dentro da ampla defesa, pode-se enquadrar como princípios fundamentais o devido processo legal e o contraditório; o primeiro é uma instituição jurídica na qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei.

Pode-se entender o princípio do contraditório pela expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”; trata-se de corolário do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de prova em Direito admitidos. O contraditório, e junto a ele a ampla defesa, são as pedras fundamentais de todo processo; por meio deles busca-se atingir o interesse público com a realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção.

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa; trata-se de um diálogo judicial que consagra uma verdadeira garantia de democratização do processo. Aplicando-se o contraditório assegura-se às partes o direito à efetiva participação no processo, com a utilização de todos os meios e armas permitidas pelo Direito, visando o convencimento do magistrado para o pronunciamento final. Ao juiz, por seu turno, resguarda-se a liberdade possível e necessária para proferir um julgamento favorável a quem realmente possua o direito em questão.

Para que se consagre o ordenamento constitucional, tanto o contraditório como a ampla defesa devem ser observados em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos; pressupõe irrestrito acesso aos autos do processo e, sem exceção, a todos os documentos e informações nele contidos. Às partes possibilita-se o direito de manifestação e de informação sobre o objeto do processo e, também, o direito de ver seus argumentos apreciados e analisados pelo órgão julgador.

Cabe, no entanto, diferenciar processo e procedimento para fins de aplicação do princípio do contraditório. Enquanto o processo revela uma relação jurídica

instrumental segundo um conjunto de atos praticados em sequência lógica e direcionados a um fim comum, o procedimento indica a forma e o ritmo do desenvolvimento dessa relação. Para o nosso estudo, importante conceituar o procedimento administrativo, sucessão encadeada e organizada de atos e formalidades, todos correlacionados, que visam a obtenção de uma decisão final.

Apenas por meio de um processo, com todas as garantias declinadas, pode-se concretizar o direito de punir do Estado, que surge após a prática de um fato definido como crime. No entanto, para a propositura da ação penal é necessário o mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria; o meio mais comum para a colheita desses elementos é o inquérito policial, na essência um procedimento administrativo.

Nosso sistema processual penal, embora de tradição inquisitorial, possui duas fases distintas: a) investigação, atribuição da autoridade policial e dos órgãos públicos de polícia técnica, onde a estes agentes cabe investigar previamente a ocorrência de um fato, reunindo elementos que esclareçam a materialidade da infração; e b) julgamento, onde, após a etapa de apuração inicial da sua ocorrência, atuará o Ministério Público, que levará a acusação para análise do Poder Judiciário.

O inquérito policial é um instrumento formal de investigação. Trata-se de uma fase pré-processual da atividade persecutória do Estado, que visa verificar a materialidade de uma infração penal, em especial a sua existência e respectiva autoria. A finalidade imediata deste procedimento é fornecer ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a suspeita do crime, ou seja, a justa causa necessária para que este órgão possa propor a ação penal, visando concretizar o direito de punir.

Uma das características mais relevantes do inquérito policial é a sua inquisitorialidade. Definir o inquérito como um procedimento inquisitorial, com natureza inquisitiva, implica em afirmar que a aplicação de determinada sanção em outrem ou o reconhecimento puro e simples de uma dada situação não integra o seu objeto central e imediato. O inquérito policial não assume a condição de processo, mas de procedimento, ostentando, assim, o caráter inquisitivo e meramente informativo.

O simples fato de se definir o processo como uma relação jurídica instrumental, com atos praticados em sequência lógica e direcionados a um fim comum, a partir de um fato previsto em lei e buscando a composição de um litígio, traz como consequência a exclusão do inquérito policial do conceito de processo, enquadrando-se no que se denomina procedimento administrativo, com todas as suas características. Não havendo litígio no âmbito do inquérito policial a ser solucionado, por óbvio não se pode falar em conflito de interesses como ocorre em um processo.

Mesmo levando-se em conta a atual exigência de presença de advogado no interrogatório do indiciado em inquérito policial, após interpretação da Lei nº 10.792/03, isso não significa que se consagrou o princípio do contraditório neste procedimento administrativo. Não há outra parte e nem provas da acusação a se contrariar, afastando-se assim a existência de litigantes; diante da inexistência de acusação formal contra o averiguado, repele-se também a presença de conflito de interesses. Funcionará o advogado, assim, como mero tutor das garantias fundamentais do cidadão investigado.

Embora posições em contrário, a origem do inquérito policial já o colocava com essas características, sendo idealizado e conceituado como um procedimento administrativo, de caráter inquisitório. Trata-se de uma peça de informação, sem rito preestabelecido, que busca apurar a materialidade e a autoria de um fato criminoso. Dessa fase investigativa não advirá nenhum tipo de sanção à pessoa investigada; se, e quando vier, decorrerá de decisão judicial, após uma instrução criminal contraditória, que ocorrerá no processo, mas nunca no inquérito.

Por ser um mecanismo inquisitorial em sua essência, torna-se impossível afirmar que se fazem presentes no inquérito policial a ampla defesa e, conseqüentemente, o contraditório, como ocorre em um processo administrativo ou judicial. Entender-se de forma contrária é demasiadamente insensato, tornando inócuo o procedimento investigatório. O êxito das investigações certamente será prejudicado, gerando maior demora na sua conclusão, o que gera, além de desprestígio da função estatal, prejuízo evidente à Justiça.

REFERÊNCIAS

A ORIGEM da polícia no Brasil. Governo do Estado de São Paulo. Secretaria de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/institucional/historico/origem.aspx>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

ALEXI, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

ARAÚJO, Vicente Leal de. Direito de defesa. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 16, n. 2, p. 43-72, jul./dez. 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação: resumos: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.2

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BELING, Ernest Von. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. **Coletânea de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1871. p. 126. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104055/lei-2033-71>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2011.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 maio 1995. p. 6241. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 set. 1995. p. 15033. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 6418, da 6ª Turma. PR 1997/0072997-4. Rel. Ministro Anselmo Santiago. **Diário da Justiça**, 23 mar. 1998, p. 169. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516312/habeas-corpus-hc-6418-pr-1997-0072997-4-stj>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

_____. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 dez. 2003. p. 2. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/l-010792-01-12-2003.htm>. Acesso em: 15 jun. 2011.

_____. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. p. 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 12 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 74751/RJ, 1ª Turma, 04 de novembro de 1997. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Ementário STF, 13/885.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 451**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 524**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. Tradução de José Luiz Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal objetivo: breves comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. Votada em 02 de outubro de 1789, pela Assembléia Nacional Francesa. Disponível em: <http://www.geocities.ws/cp_adhemar/ehd11.1_Decl_Dir_H_Cid_Fr.01_x.html>. Acesso em: 10 jun. 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Tradução de Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal anotado**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Campinas: Bookseller, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. A Constituição dos Estados Unidos da América. Austin, Texas, 02 ago. 1994. Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. **Código de processo penal: comentários aos projetos de reforma legislativa**. Campinas: Millennium, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H.; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio eletrônico**. Versão 2.0. [S.l.]. Regis e J.C.M.M., 1996.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O due process of law e o devido processo legal no sistema processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

FLOREY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FRANCO, Alberto Silva. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 02, p. 139, 2003.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 24, p. 71, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Manual de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de processo penal anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Código penal anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LA TOULOUBRE, Marina Bevilacqua de. **Dicionário jurídico bilíngue**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Roberto Kant de. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 01-02, p. 100-101, 1992.

MAGNA Carta de João Sem Terra de 1215. Lei de terras. Diploma medievo, cláusula 39. Disponível em: <http://La.Wikisource.Org/Wiki/Magna_Carta>. Acesso em: 15 jun. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2005.

_____. **Direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2005.

_____. **Tratado de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2005.

_____. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2005.

_____. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Código penal interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Código de processo penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PEDROSO, Francisco de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação policial. Disponível em: <http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/evandro_lins_homen.doc>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- POLÍCIA judiciária. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADcia_judici%C3%A1ria>. Acesso em: 08 jun. 2011.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Miro. Projeto de Lei nº 7.987/2010. Institui o Código de Processo Penal. 7 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=488850>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1, p. 10.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-philosophicus**. Tradução de José Artur Giannotti. São Paulo: Ed. Nacional, 1968.