

**Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)**

**FELIPE SILVA MARTINO**

**A (IN) APLICABILIDADE DAS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO  
CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL**

**Brasília**

**2013**

---

---

FELIPE SILVA MARTINO

**A (IN) APLICABILIDADE DAS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO  
CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. José Carlos Veloso Filho.

**Brasília**

**2013**

---

---

FELIPE SILVA MARTINO

**A (IN) APLICABILIDADE DAS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO  
CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. José Carlos Veloso Filho.

Brasília, DF, abril de 2013.

**Banca Examinadora:**

---

**Orientador**

---

**Professor  
Examinador**

---

**Professor  
Examinador**

---

---

## RESUMO

Esta monografia tem o objetivo de demonstrar a estrutura jurídica da investigação criminal e principalmente discutir a (in) aplicabilidade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no âmbito do inquérito policial, o qual, esse, tem cunho de procedimento administrativo e entre seu conceito, características e finalidades, tem como principal objetivo a colheita e o fornecimento de provas, laudos e de indícios que vão servir de fundamento e base para a acusação e o início da ação penal. Posteriormente, dispõe-se sobre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, discorrendo principalmente sobre seus conceitos com o fim de dar uma base e um entendimento sobre a matéria para uma discussão da aplicabilidade destas garantias já durante o curso da fase inquisitiva, onde esse tema se baseia na existência de doutrinas e acórdãos tanto a favor da aplicabilidade como também em pontos que divergem do assunto e são contrários a esta aplicabilidade.

**Palavras chaves:** Inquérito Policial. Garantias Constitucionais. Ampla Defesa. Contraditório. (In) aplicabilidade.

---

---

## ABREVIATURAS

**art.** = Artigo;

**CPP** = Código de Processo Penal;

**CF** = Constituição Federal;

**IP** = Inquérito Policial;

**MP** = Ministério Público;

**STF** = Supremo Tribunal Federal;

**STJ** = Superior Tribunal de Justiça;

**TJDFT** = Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

---

---

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 – ESTRUTURA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL</b> .....	<b>9</b>
1.1 Inquérito policial.....	9
1.1.1 Conceito .....	9
1.1.2 Polícia judiciária.....	10
1.1.3 <i>Notitia criminis</i> .....	10
1.1.4 Início do inquérito policial.....	11
1.1.5 Características do inquérito policial .....	12
1.1.5.1 Inquisitivo.....	12
1.1.5.2 Oficialidade.....	13
1.1.5.3 Sigiloso .....	13
1.1.5.4 Oficiosidade.....	14
1.1.5.5 Incomunicabilidade.....	14
1.1.5.6 Dispensabilidade .....	14
1.1.6 Indiciamento .....	15
1.1.7 Prazos.....	16
1.1.8 Arquivamento do inquérito policial.....	16
<b>2 – AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO</b> .....	<b>18</b>
2.1 As garantias constitucionais .....	18
2.1.1 Contraditório .....	18
2.1.2 Ampla defesa.....	21
2.1.2.1 Defesa técnica.....	23
2.1.2.2 Autodefesa .....	24
<b>3 – A (IN) APLICABILIDADE DAS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL</b> .....	<b>27</b>
3.1 Entendimento doutrinário.....	27
3.1.2 Entendimento jurisprudencial .....	35
3.1.2.1 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios .....	35
3.1.2.2 Superior Tribunal de Justiça.....	36
3.1.2.3 Supremo Tribunal Federal.....	40
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>48</b>

---

---

## INTRODUÇÃO

Temos aqui como principal problema de pesquisa a (in) aplicabilidade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no curso do inquérito policial.

Observar-se-á os pontos defendidos pelos doutrinadores, demonstrando que há quem defenda sua presença já na fase de investigação policial, que, consideram que ambos os princípios devem existir em qualquer fase que existam acusados, garantindo assim a aplicação da ampla defesa e do contraditório e nesse aspecto também considerando o investigado como um acusado, ponto esse, que é uma das principais discussões entre a doutrina que considera o indiciado como acusado e o inquérito como um processo administrativo no qual existe assim a aplicabilidade dos princípios já no inquérito policial.

Em ponto contrário ao disposto no parágrafo anterior, os termos de garantias da ampla defesa e do contraditório, este, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por exemplo, passou a ser direito, ora observando que o fato em questão é que seria direito em processo judicial e administrativo, não durante a investigação policial, que considera se tratar de procedimento administrativo, havendo então divergências em que a investigação seria considerada ou não um processo administrativo, caso em que se fosse considerada, seria aceita a aplicabilidade das garantias, mas também dispõe que o fato de o inquérito funcionar como um instrumento de informação que auxilia na colheita de provas para ajudar em futura ação penal, não permitiria a existência de um acusado nesse âmbito, não existindo assim um litígio, o que afastaria a ideia de que o inquérito seria um processo administrativo, deste modo não permitindo a aplicação das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Seguindo a mesma linha sobre o assunto, esse pensamento é adotado pela maioria dos doutrinadores que discorrem sobre a aplicabilidade do tema, como Fauzi Hassan Chouke, Fernando da C. Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci,

---

Antonio Scarance Fernandes, Fernando Capez e Paulo Rangel que são alguns dos nomes que defendem a inaplicabilidade das garantias no curso da fase inquisitiva. Existem, ainda, acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, das Cortes Suprema e Superior que também entendem pela inaplicabilidade das garantias.

Nesse sentido alguns doutrinadores defendem que tais garantias devem estar presentes na fase de inquérito policial e não somente após o início do processo penal propriamente dito, já que consideram encontrar uma possibilidade de um contraditório mínimo e de um exercício do direito de defesa mesmo que mais restrito nesse âmbito. Já outra linha doutrinária defende a inaplicabilidade dessas garantias, argumentando que a fase de investigação tem natureza inquisitiva não restando à necessidade de aplicá-las, pois não há nenhuma acusação, sendo assim, este projeto tem a finalidade de demonstrar as duas óticas sobre o tema abordado.

Tem-se, no primeiro capítulo a conceituação estrutural do inquérito policial, sua função, por quem é realizado, sua finalidade, natureza, seus prazos, seu arquivamento e claro, características que lhe são atribuídas com a razão de especificar mais ainda cada ponto do inquérito policial já que este vem a ser o tema de partida do projeto. Feita essa conceituação e a disposição de suas peculiaridades e características naturais dá-se então seguimento aos demais capítulos.

Em seguida, dividiremos os tópicos para melhor compreensão dos temas abordados, onde serão conceituadas e caracterizadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantias essas que são direitos fundamentais regulamentados em nossa Constituição Federal de 1988, sendo obrigatória sua aplicação a qualquer processo judicial ou administrativo.

Chegando ao terceiro e último capítulo, serão dispostas as garantias tratadas no segundo capítulo e sua (in) aplicabilidade no inquérito policial, que foi tema do primeiro capítulo. Então, discorrer-se-á sobre os pontos abordados pelas duas linhas doutrinárias, analisando os termos processo e procedimento, momento em que já se existe um indiciamento e se então esse sujeito passivo é ou não um

---

acusado possuidor desses direitos assim defendendo a aplicabilidade das garantias no âmbito do inquérito policial e a linha dos autores que se mostram contrários a esta aplicabilidade, fundamentando sob as mesmas considerações que são os principais pontos de divergência entre a doutrina, e também vamos discorrer sobre os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e das Cortes Suprema e Superior do nosso país que já existem sobre o tema.

Ao fim do trabalho, concluiremos retomando todos os principais pontos dos capítulos com a finalidade de tentar chegar a um raciocínio comum em razão do tema, onde, em opinião fundamentada pela doutrina, iremos defender qual deve ser o ponto majoritário sobre este tema, a aplicabilidade ou a inaplicabilidade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no curso do inquérito policial.

---

---

## **1 ESTRUTURA JURÍDICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

O capítulo tem como finalidade discorrer sobre os pontos principais do inquérito policial, como se inicia um inquérito, qual sua função, suas características, prazos para que ele seja finalizado e também o como se dá o seu arquivamento, tudo inerente ao procedimento administrativo que serve de base para o começo de todo um processo penal.

### **1.1 INQUÉRITO POLICIAL**

#### **1.1.1 CONCEITO**

O inquérito policial trata-se de um procedimento de caráter administrativo no qual a sua função persecutória é realizada através de um conjunto de diligências que são conduzidas pela polícia judiciária para a investigação de infrações penais e de suas autorias.<sup>1</sup>

A realização de diligências pela polícia judiciária tem o objetivo de colher provas e indícios acerca do fato investigado e da sua autoria, com a função de reunir a maior quantidade de elementos possíveis para uma eventual propositura de uma ação penal.<sup>2</sup>

Assim, a finalidade do inquérito é fornecer o máximo de elementos para que o Ministério Público, titular da ação penal pública e o particular ofendido, titular da ação penal privada, ambos, destinatários imediatos do inquérito policial, venham com base no inquérito ingressar em juízo, além é claro, de cumprir mandados de prisão e dentre outras determinações com fins de instrução processual que são requisitadas pelas autoridades judiciárias.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.109

<sup>2</sup> Ibidem. p.110

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 8ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 151

---

---

### 1.1.2 POLÍCIA JUDICIÁRIA

De acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a manutenção da segurança pública é um dever do estado<sup>4</sup>, que é exercido por meio das instituições policiais, dentre elas, a polícia chamada de administrativa, à qual tem como função prevenir e impedir a prática das infrações penais, e em outro tempo, tem-se a polícia judiciária, que é a responsável pela investigação da infração já consumada.

Em geral, a polícia judiciária tem a função de auxiliar a justiça, cabendo essa função às polícias civis dos estados e do Distrito Federal no âmbito estadual e na competência da União, à polícia federal, assim, esses órgãos têm como finalidade investigar as infrações penais e suas materialidades, seus indícios e provas que levem a seus autores e fornecer todos os elementos necessários para o inquérito policial a fim de que constitua a fase pré-processual que virá auxiliar à justiça. Fornecendo ao titular a ação penal os elementos como base para ingressar em juízo.<sup>5</sup>

Ao final, cumpre ressaltar que em geral essa função de auxiliar a justiça cabe a essas instituições de polícia judiciária, mas também é correto afirmar que existem outras investigações criminais<sup>6</sup>, como exemplo a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), investigação feita por agentes da administração (processos administrativos) e até mesmo por membros do Ministério Público em inquéritos civis, portanto, nota-se que a função de auxiliar a justiça com as suas investigações é específica da polícia judiciária, mas não é restrita somente a ela.

### 1.1.3 NOTITIA CRIMINIS

Trata-se de uma comunicação à autoridade policial de um ato criminoso.

---

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 8ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 150.

<sup>5</sup> Ibidem. p. 151

<sup>6</sup> Idem. p. 151.

---

---

A notícia de um crime, a prévia comunicação da ocorrência de um crime, para que a polícia judiciária venha a investigar os fatos criminosos narrados na *notitia criminis*.<sup>7</sup>

Pode vir a ocorrer, na prática, um equívoco quanto à *notitia criminis* e a queixa, onde se diz que normalmente a *notitia criminis* é realizada por meio da queixa-crime, porém, a queixa vem a ser a peça inicial da ação penal privada, onde essa já contém os fatos narrados corretamente e já tem inclusive a qualificação do acusado e a classificação do delito, ponto em que se diferencia da *notitia criminis* por não ser tecnicamente uma ocorrência de comunicação do ato criminoso a polícia judiciária<sup>8</sup>.

Ao ocorrer a comunicação do ato criminoso, de forma verbal, geralmente por parte da vítima, a autoridade policial registra o boletim de ocorrência, que posteriormente poderá vir a instaurar o inquérito policial. Neste ponto, temos a chamada *delatio criminis*, que também é classificada como *notitia criminis* de cognição indireta ou mediata<sup>9</sup>, onde o registro do ato criminoso ocorre por meio da comunicação da vítima ou ofendido diretamente a autoridade policial, outra classificação é a *notitia criminis* de cognição direta ou imediata<sup>10</sup>, que ocorre quando a polícia judiciária toma conhecimento de um ato criminoso, através de suas próprias investigações, da comunicação da polícia preventiva ou até mesmo pela chamada denúncia anônima, não existindo uma vítima ou ofendido que comunique os fatos diretamente à autoridade policial.

#### 1.1.4 INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL

O início do inquérito policial se dá; a) *de ofício*, a autoridade policial toma conhecimento das infrações penais por meio da *notitia criminis* de cognição direta, quando está realizando uma investigação e toma conhecimento dos fatos, no caso,

---

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.121

<sup>8</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 8.

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit., p.121.

<sup>10</sup> Ibidem. p.121.

---

---

uma situação de flagrante ou através também da notoriedade dos fatos; Assim, as formas mais comuns de se iniciar um inquérito policial se dão através da: a) *portaria*: quando instaurado *ex officio* (ação penal pública incondicionada) e do; b) *auto de prisão em flagrante* (qualquer espécie de infração penal); as quais, respectivamente, são as peças correspondentes ao início do inquérito policial.<sup>11</sup> b) *por requisição do Ministério Público ou Órgão jurisdicional*, que o Ministério Público ao tomar ciência de um ilícito penal de ação penal pública, requisita a instauração do inquérito junto às autoridades policiais para apuração dos fatos ou quando uma autoridade judiciária vem saber de uma infração penal, na qual esta deverá enviar as informações ao Ministério Público para que este requirite a instauração do inquérito, visto que não cabe ao juiz vir a requisitar a instauração de inquérito policial<sup>12</sup>; c) *mediante representação do ofendido ou de seu representante legal*, a qual nada mais é que uma *notitia criminis* de cognição indireta, pois exige que o ofendido represente junto à autoridade policial para a realização de uma investigação, o que sem o oferecimento desta não levaria a instauração de um inquérito; d) *requisição do ministro da justiça*, onde esta outra forma de se iniciar o inquérito policial, se dá de maneiras específicas sobre a qual a requisição deverá ser encaminhada ao chefe do Ministério Público, para que este, ou já ofereça a denúncia ou requirite as diligências a autoridade policial<sup>13</sup>.

### **1.1.5 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL**

#### **1.1.5.1 INQUISITIVO**

A natureza inquisitiva do inquérito policial ressalta a não aplicabilidade do contraditório durante a investigação, já que não existe uma acusação e sim, uma inquirição, o que é um ponto positivo ao observar que a realização de uma investigação onde há somente suspeitos e indiciados vem a ser muito mais eficiente e ágil em obter resultados e apontar a autoria dos fatos criminosos investigados em comparação à existência de um procedimento com oportunidade de defesa já

---

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.127

<sup>12</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 7ed. Vol I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P.263.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit., p.125.

---

---

durante o inquérito, o que tornaria tudo mais lento, além de gerar uma dupla instrução, por meio da instituição policial e por meio do Poder Judiciário. Destaca-se, então, a inquisição como uma característica do inquérito policial que é necessária para o perfeito funcionamento de um procedimento que ajuda no fornecimento de informações acerca dos fatos e autorias do ato criminoso.<sup>14</sup>

#### **1.1.5.2 OFICIALIDADE**

O inquérito policial deve ser realizado somente pelo órgão oficial, pela instituição responsável pela investigação, não podendo ser realizado por particular, o que inviabilizaria sua eficácia.<sup>15</sup>

#### **1.1.5.3 SIGILOSO**

O inquérito deve ter restrita a publicidade de seus autos, diferentemente dos autos processuais, visto que o inquérito tem uma natureza administrativa e ainda não restar nele a amplitude de defesa, por este apenas fornecer as informações aos órgãos responsáveis posteriormente à realização do processo.

A ressalva de que o advogado pode ter acesso aos autos do inquérito é permitida por questões de prerrogativa de função, já que este necessita saber dos acontecimentos narrados no inquérito, porém, ainda cabe suscitar que o advogado tem acesso ao que já foi produzido e consta nos autos, sendo ainda sigiloso e protegido da publicidade os atos que ainda estão para acontecer, a fim de que estes atos não sejam prejudicados e também não prejudiquem o andamento da investigação. Ainda, ressalta-se que o sigilo do inquérito também tem como

---

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.124

<sup>15</sup> Ibidem. p.116.

---

---

finalidade garantir a intimidade do investigado, resguardando seu estado de inocência<sup>16</sup>.

#### **1.1.5.4 OFICIOSIDADE**

Salvo os casos de ação penal condicionada e ação penal privada, ao tomar ciência da *notitia criminis* a autoridade policial tem a obrigação de instaurar o inquérito policial e realizar as atividades de investigação sobre as infrações penais.<sup>17</sup>

#### **1.1.5.5 INCOMUNICABILIDADE**

De acordo com a Constituição Federal de 1988 quando o país está em Estado de Defesa, período este em que várias garantias ficam suspensas, o preso não pode ficar incomunicável e assim, não seria no estado natural de normalidade de um país que o preso ficaria incomunicável, também se observa que o preso jamais poderá ficar isolado de seu advogado<sup>18</sup>.

O que se faz mais sentido da aplicação da incomunicabilidade seria em razão da garantia efetiva da investigação, onde o preso incomunicável não traria prejuízos a esta.

#### **1.1.5.6 DISPENSABILIDADE**

Conforme aduz do art. 12 do CPP, o inquérito policial acompanhará a ação penal sempre que este servir de base para tal propositura, visto que o inquérito é uma peça meramente informativa, onde o titular da ação penal se baseia para fundamentar sua acusação.

---

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.117.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 117

<sup>18</sup> Idem. p.117

---

---

Neste caso se o Ministério Público ou o ofendido já dispôr de elementos necessários para a propositura da ação penal, o inquérito se torna dispensável, considerando que para a instauração de um processo existe basicamente a necessidade de demonstrar a admissibilidade da acusação, em contrário, não se pode permitir uma acusação sem elementos que sirvam de base para convicção.<sup>19</sup>

### **1.1.6 INDICIAMENTO**

Um dos maiores problemas do inquérito policial está na falta de um indiciamento formal, já que não há forma e momento estabelecidos em lei.<sup>20</sup> O procedimento para a realização do indiciamento não é estabelecido em lei, quando CPP não menciona nada em razão do momento em que a autoridade policial deveria realizar o indiciamento e tão pouco informa qual natureza desse ato, mostrando uma falha existente ao tratar desse assunto.

No ato de indiciamento, onde se imputa a um suspeito a autoria da infração penal, a autoridade policial como um juízo de valor imputa a este a qualidade de agente passivo do inquérito, significando que os indícios foram suficientes para apontar o agora, indiciado, como autor do ato ilícito e assim este passa da figura de suspeito onde se admitia apenas a possibilidade de ser ele o agente ativo da infração para a imputação da autoria da infração penal.<sup>21</sup> Esta denominação é prioritária do âmbito da investigação e não é usada posteriormente à propositura da ação penal. Restando assim como um ato de inquérito que visa a objetivar ainda mais a investigação sobre a infração e sobre o indiciado, então, possível autor.

Há a importância de se dizer que para que ocorra o indiciamento é necessária a maior produção de indícios, onde neste ponto, se obedece ao disposto no art. 6º do CPP, o qual determina a prática de diligências para que se levantem a

---

<sup>19</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, volume 1. 29ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007. p.204.

<sup>20</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 7ed. Vol I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p.301.

<sup>21</sup> Ibidem. p.301.

---

---

maior quantidade possível de provas, laudos e testemunhos que levem a existência da probabilidade de autoria da infração para que posteriormente se indicie o suspeito e possa tomar então o seu testemunho acerca dos fatos.

### **1.1.7 PRAZOS**

Em se tratando de esfera estadual, tem-se em regra 30 dias para a conclusão do inquérito, isso, porém, seria em regra, mas na prática não acontece pelo fato do acúmulo de serviços<sup>22</sup>, assim, a autoridade policial solicita a dilação do prazo ao juiz. O prazo de 30 dias consiste quando o indiciado está solto, em situação contrária, quando o indiciado está preso em flagrante ou preventivamente, tem-se o prazo de 10 dias fundamentados em lei, sendo que esses 10 dias, são contados a partir da data da prisão e excluindo o dia final do prazo, após esses 10 dias o Ministério Público oferece a denúncia ao órgão judicial.

Há outros prazos para conclusão do inquérito, no âmbito da esfera federal o prazo é de 15 dias, podendo ser prorrogáveis por mais 15, desde que haja fundamentação que justifique a prorrogação do prazo, há também prazos diferentes previstos na Lei De Drogas e em crimes com competência especial por prerrogativa de função que dispõe sobre os prazos em cada caso específico.<sup>23</sup>

### **1.1.8 ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL**

Somente o Ministério Público, titular da ação penal pode pedir o arquivamento do inquérito, cabendo ao juiz tomar tal providência, não sendo este ato de competência da autoridade policial, que pode deixar de instaurar o inquérito, por falta de justa causa, mas se instaurado, somente o titular da ação penal é quem

---

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 8ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.168

<sup>23</sup> Ibidem. p.168

---

pode requerer o arquivamento do inquérito policial, que posteriormente se dará por decisão judicial.<sup>24</sup>

No caso de o inquérito ser arquivado por falta de provas, a autoridade policial pode, enquanto não houver extinção de punibilidade por prescrição, continuar a realizar novas investigações, desde que surjam fatos novos ou novas provas que alterem a motivação pela qual o inquérito foi arquivado.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.145

<sup>25</sup> Ibidem. p.145.

---

---

## **2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

Neste capítulo será abordado o artigo 5º, LV, da CF/88<sup>26</sup>, que dá aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o direito de defesa, garantindo a estes as garantias do contraditório e da ampla defesa como uma forma de pretensão à tutela jurídica<sup>27</sup>.

No processo penal, a aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa tem fundamento em não poder haver condenação sem defesa, ou falta de defensor do réu, assim o STF entende que a realização do direito de defesa do réu apresenta a finalidade de assegurar as partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo.<sup>28</sup>

### **2.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

#### **2.1.1 CONTRADITÓRIO**

Entre os princípios processuais fundamentais, o princípio do contraditório, possui como principal objetivo, assegurar o direito que a parte tem de ser informada sobre os atos processuais e de se manifestar contrariamente a acusação.<sup>29</sup>

Assim surge como um direito de defesa que é assegurado ao acusado e litigante em processo judicial e administrativo a fim de que se dê uma forma bilateral aos atos e termos do processo, não podendo haver uma condenação sem este.

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o *conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação*; b) *a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial*; c) *a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário*; d) *a oportunidade de estar*

---

<sup>26</sup> BRASIL, Constituição Federal 1988.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p591.

<sup>28</sup> Ibidem. p593.

<sup>29</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.57

---

---

*presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar, e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.*<sup>30</sup>

Ainda existem como elementos essenciais a informação e a possibilidade de reação, permitindo a forma de um contraditório pleno e efetivo. Necessário também se faz com que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: *“nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.”*<sup>31</sup>

No contraditório pleno há a observância da garantia durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento.

No efetivo, pelo motivo de que não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, assim devem-se proporcionar os meios e formas para que se tenham condições de contrariá-los.<sup>32</sup> Considerando então, o contraditório se aproxima do princípio da paridade das armas, garantindo a mesma intensidade e extensão de participação das partes com os mesmos níveis de provas e argumentos.<sup>33</sup>

Para Rogério Lauria Tucci, “A contrariedade deve ser efetiva e real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, perquirida a exaustão, a verdade material. Reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do indivíduo enredado na *persecutio criminis*”.<sup>34</sup>

Assim, em razão da garantia do contraditório no processo penal, não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contrária e sem

---

<sup>30</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p249.

<sup>31</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 25.

<sup>32</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.57.

<sup>33</sup> FERNANDES, Humberto. Princípios constitucionais do processo penal brasileiro. Brasília: Brasília jurídica, 2006. p. 113.

<sup>34</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2ed. São Paulo: ed. revista dos tribunais. 2004. p211.

---

---

oportunidade de contrariá-los, depreendendo que o contraditório não se resume somente ao acusado, mas ambas as partes.

Julio Fabbrini Mirabete aduz que a garantia do contraditório decorre à igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, reforçando a ideia abordada no parágrafo anterior sobre a contrariedade de ambas as partes e não somente ao acusado.<sup>35</sup> Mas não se confunde o contraditório com o princípio da igualdade, estes apenas se relacionam quando o contraditório garante a ambos o tratamento igualitário.<sup>36</sup>

O princípio do contraditório pode ser entendido como a exteriorização do princípio da ampla defesa, já que com a redação dada pela Constituição Federal de 1988 ocorre uma separação da ampla defesa e do contraditório, onde cada um é exercido em instantes diferentes e cabíveis ao seu momento de aplicação, assim, impõe uma forma de igualdade de defesa entre as partes em todos os atos produzidos no processo.<sup>37</sup>

O que se busca é que a defesa possua os mesmos direitos que a acusação, opondo as teses acusatórias, podendo assim apresentar uma versão mais contundente dos fatos e provas contrárias às demonstradas pela acusação.<sup>38</sup>

Observando o contraditório e o exercício da defesa, há de se considerar que o contraditório e o direito de defesa são distintos, apesar de ambos serem interligados, já que é partindo do contraditório que surge o exercício do direito de defesa e sendo que este é o garantidor do contraditório, há o entendimento então que, um se manifesta através do outro, mas não fazem parte do mesmo direito assegurado ao acusado.<sup>39</sup>

No caso da distinção entre o contraditório e a ampla defesa, o seu principal ponto é considerar que se um dos direitos for violado, não necessariamente

---

<sup>35</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p43.

<sup>36</sup> *Ibidem*. p.68

<sup>37</sup> *Idem*. p.59

<sup>38</sup> *Idem*. p.59

<sup>39</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*.. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005. p221.

---

---

violará o outro, assim não refletindo em nulidade do processo, onde um exemplo mais comum é o de ocorrer o cerceamento do direito de defesa pela limitação dos instrumentos processuais sem que ocorra a violação do contraditório, não existindo assim a nulidade neste caso.<sup>40</sup>

O Contraditório constitui um princípio de grande importância dentro de todo o ordenamento jurídico. Possui uma ligação direta com os direitos subjetivos do acusado e o seu direito de ação, podendo observar que na Constituição Federal de 1988 garante-se em sua redação a aplicação do contraditório e da ampla defesa.<sup>41</sup>

### 2.1.2 AMPLA DEFESA

Sobre o princípio da ampla defesa, Vicente Greco Filho afirma que esta é constituída a partir dos seguintes fundamentos: "a) *ter conhecimento claro da imputação*; b) *poder apresentar alegações contra a acusação*; c) *poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova*; d) *ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133 [CF/88])*; e e) *poder recorrer da decisão desfavorável*".<sup>42</sup>

Neste caso, a ampla defesa é exercida desde a realização da intimação do acusado para a realização dos atos processuais, nos processos judiciais e administrativos onde o seu defensor constituído também deve receber essas intimações, principalmente partindo da observância do artigo 392 do CPP, que dispõe sobre a intimação do réu e de seu defensor, assim as intimações fazem parte do começo do exercício da ampla defesa sendo de fundamental importância

---

<sup>40</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005. p222.

<sup>41</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.59

<sup>42</sup> GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. p110

---

---

principalmente para que ocorresse o trânsito em julgado da sentença condenatória e não cometimento de nulidades processuais.<sup>43</sup>

Outro fundamento observado a respeito do exercício da ampla defesa é o acesso às informações do processo ou do procedimento de investigação, sendo que este último só é permitido para o defensor do indiciado, já que é direito do advogado examinar os autos de inquérito e dos processos, conforme art. 7º, inciso XIV, do estatuto da OAB e também é matéria sumulada pelo STF por meio da sumula vinculante nº 14, assim o acesso às informações processuais e procedimentais são de extrema importância para que se exerça a garantia da ampla defesa.<sup>44</sup>

Neste sentido, observa-se que a incomunicabilidade do acusado não existe em relação a sua família, mas também, e inclusive, ao seu defensor, mas somente a estes, respeitando sempre o direito do acusado de se defender e do seu defensor de ter comunicação com o acusado e obter informações sobre os fatos descritos nos autos processuais ou de inquérito.<sup>45</sup>

O exercício da ampla defesa durante a instrução do processo deve ser sempre observado, se não for oportunizado, resultaria em prejuízo aos atos processuais, gerando a nulidade do processo e dos seus atos. Sendo que a nulidade deve ser sempre observada durante o curso do processo para que não haja prejuízos ao exercício do direito de defesa.<sup>46</sup>

O princípio da ampla defesa compreende, em linhas gerais, o direito à defesa técnica durante todo o processo e também o direito ao exercício da autodefesa.

---

<sup>43</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 266

<sup>44</sup> BRASIL, Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 outubro 2012.

<sup>45</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Op. Cit., p 267

<sup>46</sup> Ibidem. p 255

---

---

A defesa técnica apresenta-se como uma defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva.<sup>47</sup>

A autodefesa é renunciável, é aquela exercida pelo próprio acusado, sem interferência do defensor, a partir da atuação pessoal junto ao juízo por meio do interrogatório ou para os principais atos processuais.<sup>48</sup>

### 2.1.2.1 DEFESA TÉCNICA

A defesa técnica é relacionada com a assistência prestada ao acusado por um especialista técnico, um defensor que tem conhecimentos jurídicos e que tem condições de colocar o acusado em igualdade perante a figura do acusador e também do Estado, não deixando que ele venha a ser inferior a estas autoridades.<sup>49</sup>

Assim, ainda há a garantia constitucional aos hipossuficientes de que o Estado prestará assistência jurídica ao acusado, não o deixando sem defensor e sem o exercício do seu direito de defesa, como aduz o art. 5º, LXXIV, CF 88: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.<sup>50</sup>

Então, ao caracterizar a defesa técnica como garantia da própria justiça, buscando que todos os acusados venham a gozar de sua plena defesa, ela é indeclinável, não podendo o acusado renunciá-la.<sup>51</sup>

Considerando que a defesa é plena, aduz que ela deve permear durante todo o curso processual, não somente em determinada fase, mas sim durante todos os seus atos, assim, considerando a obrigatoriedade de determinados atos, pode-se

---

<sup>47</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 255

<sup>48</sup> Ibidem. p 263

<sup>49</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005. p224

<sup>50</sup> Ibidem. p224.

<sup>51</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p 256

---

observar então a existência da plenitude de defesa a cada ato disposto no Código de Processo Penal.

Sobre a efetividade da defesa, a simples atuação desta no processo não é o suficiente. Ela deve surtir efeitos, as atividades da defesa devem ser efetivas quanto à assistência prestada ao acusado, não podem simplesmente parecer defesa e sim ser percebido o exercício da defesa.<sup>52</sup>

Neste sentido cabe dizer que é imprescindível a existência da ampla defesa sem a defesa técnica.

No curso do inquérito a defesa técnica é limitada, tem uma atuação exógena, onde é exercida pelo *habeas corpus* e pelo mandado de segurança, sendo essa defesa técnica exercida fora do inquérito. Dentro do inquérito só existe a possibilidade de arguir por solicitar diligências nos próprios limites do inquérito.<sup>53</sup>

Assim, a figura do defensor no inquérito policial e também na fase processual, tem como finalidade ser um instrumento de controle da atuação do Estado, afim de que se fiscalize a atuação dos órgãos responsáveis e garanta a igualdade entre as partes no litígio, no caso, a igualdade entre o acusador e o acusado.<sup>54</sup>

### **2.1.2.2 AUTODEFESA**

Se tratando de autodefesa, diz-se que esta é a defesa exercida pelo próprio acusado, sendo essa defesa existente em determinados momentos do processo.

---

<sup>52</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 258

<sup>53</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005. p225.

<sup>54</sup> Ibidem. p226.

---

---

A autodefesa se manifesta de varias formas, pelo direito de presença, de audiência e de postular, mais precisamente durante o interrogatório, onde o acusado se manifesta diretamente ao juiz exercendo sua defesa e demonstrando sua versão sobre os fatos.<sup>55</sup>

O interrogatório é o momento principal no qual o acusado exerce sua autodefesa, é aonde ele vai se defender, vai negar os fatos informados a ele ou até mesmo confessar os atos com a finalidade de diminuir a incidência da pena aplicada posteriormente.<sup>56</sup> Ainda durante o interrogatório o acusado tem o direito de permanecer em silêncio, prerrogativa na qual é assegurada por se tratar de um direito a intimidade, razão pela qual o acusado tem essa outra maneira como um exercício da sua autodefesa.<sup>57</sup>

No caso, a autodefesa existe para provar a inocência, gerar dúvidas e apresentar atenuantes em relação ao fato imputado ao acusado.

O direito ao silêncio da total segurança ao acusado de, inclusive, não se autoincriminar pelas declarações prestadas às autoridades no momento da colheita do seu interrogatório.

No próprio interrogatório, o acusado tem o direito de não declarar a verdade, não tem inclusive o dever de fornecer qualquer elemento que possa incriminá-lo, ainda também tem o direito de não participar de qualquer atividade que possa gerar provas contra ele, como por exemplo, reconstituição, fornecimento de material para perícia e reconhecimentos, como uma maneira de não incriminá-lo ou prejudicar sua defesa.<sup>58</sup>

O acusado exerce assim a sua autodefesa durante o principal momento que ela pode ser suscitada, o interrogatório.

---

<sup>55</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 263

<sup>56</sup> SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p 284.

<sup>57</sup> Ibidem.p.284.

<sup>58</sup> Idem. p 301.

---

Considerando alguma ofensa ao direito de autodefesa, esta constituirá nulidade processual, demonstrando que qualquer ofensa à garantia constitucional da ampla defesa irá constituir a nulidade do processo tendo em vista o prejuízo em desfavor do acusado, do procedimento e inclusive a violência contra os princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

---

---

### **3 A (IN) APLICABILIDADE DAS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL**

As garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório são asseguradas no texto da Constituição Federal em seu art. 5º, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”<sup>59</sup> Neste caso, por serem asseguradas tais garantias, devemos aplicá-las em todos os processos judiciais e administrativos, mas e no âmbito do inquérito policial, aplicamos ou não tais garantias?

Acerca dessa questão, temos entendimentos doutrinários que divergem apresentando suas correntes sobre o tema e ainda há entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para dispor mais sobre o assunto neste capítulo.

#### **3.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO**

Ao discutir o tema da (in) aplicabilidade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa durante o curso do inquérito policial, devemos dispor sobre determinados autores, os quais são imprescindíveis para a análise dessa aplicação.

Há uma divergência doutrinária sobre o tema, onde alguns autores defendem a inaplicabilidade das garantias durante a investigação e outros argumentam sobre o direito de defesa já no curso do inquérito policial, nesse último

---

<sup>59</sup>BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2013.

---

---

caso, Aury Lopes Jr. considera que o direito de defesa deve ser exercido já durante o curso da fase de investigação preliminar.<sup>60</sup>

Aury Lopes Jr diz que o direito de defesa existe como reação a uma imputação sofrida pelo sujeito passivo, onde já no curso da investigação, o ato de indiciamento gera uma imputação ao indiciado.<sup>61</sup> Nesse ponto, o doutrinador ainda faz uma crítica aos demais autores que defendem o argumento de que não existem acusados na fase inquisitiva. O autor diz que ao imputar determinados fatos e indícios a um sujeito, esse tem seu estado natural evadido e sofre a agressão que o torna parte na investigação, gerando o poder de reação que ocasiona à aplicação da ampla defesa.<sup>62</sup>

Considera-se que o termo “acusados em geral”<sup>63</sup> referido no texto constitucional é abrangente e que o indiciado faz parte desses acusados, sendo titular do direito de defesa. Nesse pensamento, ainda faz uma ressalva no que diz respeito à aplicação desse direito, o qual se exercido sem qualquer limite, pode vir a prejudicar a fase de investigação preliminar, lembrando também que se ocorrer uma supressão desse direito nessa fase, há uma violação de tal garantia.<sup>64</sup>

Afirma ainda que o indiciado está em submissão a todos os atos realizados na investigação, criando um status de subordinação do sujeito passivo, onde conseqüentemente gera cargas processuais e também o direito de defesa.<sup>65</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, a autora Marta Saad, também conceitua a favor da existência do direito de defesa já nessa fase, onde inclusive, cita Aury Lopes Jr. em sua obra, afirmando então que o indiciado não é somente um objeto de investigação, um sujeito ao procedimento, mas sim um sujeito do

---

<sup>60</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 303.

<sup>61</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 303

<sup>62</sup> Ibidem. p. 304

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2013.

<sup>64</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit., p. 305

<sup>65</sup> Idem. p.281.

---

---

procedimento, onde nesse caso, é um titular de direito, visto que as garantias constitucionais devem ser sempre obedecidas.<sup>66</sup>

Nota-se a importância de demonstrar o valor do termo indiciado como um acusado em geral que sofre imputações em sentido amplo, pois o definindo assim, esse é um sujeito passivo dotado de direitos de defesa, pontos os quais são imprescindíveis para defender a aplicabilidade de tais garantias no inquérito. Dizendo ainda que o texto constitucional gera uma confusão quanto ao termo processo administrativo ao invés de procedimento administrativo, onde tal confusão não deveria ensejar na inaplicabilidade das garantias na investigação.<sup>67</sup>

A partir desse momento de indiciamento, Aury Lopes Jr. considera que o contraditório só é aplicado em relação ao seu primeiro instante, onde o indiciado recebe a informação da imputação dos fatos e indícios, não restando após essa informação qualquer outra forma de contraditório antes da fase processual, já que antes disso não existe uma relação jurídico-processual.<sup>68</sup>

Nesse caso, defende a aplicação de um contraditório mínimo na fase inquisitiva, onde o sujeito teria direito de ser informado e de participar de determinados atos da investigação, como por exemplo, também solicitar diligências, participar da produção probatória e considera ainda a ideia de um juízo de admissibilidade da acusação, mas ressaltando ainda que isso seria o mínimo, já que o contraditório amplo iria contra a própria finalidade do inquérito e iria atrapalhar as investigações.<sup>69</sup>

Portanto, se da informação configura o contraditório e que conseqüentemente resulta na imputação e na reação do sujeito passivo, surge então o direito de defesa que será exercido pelo próprio indiciado ou de melhor maneira, pela defesa técnica, no caso, o advogado do indiciado, sendo que esse tem direito a

---

<sup>66</sup> SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.206.

<sup>67</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.p. 240

<sup>68</sup> Ibidem. 241

<sup>69</sup> Idem. p.251.

---

---

ter acesso aos autos do inquérito policial fundamentando tal direito na própria Constituição Federal em seu art. 133, “o advogado é indispensável para a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”<sup>70</sup> Inclusive no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil em seu art. 7º, inciso XIV<sup>71</sup> e também por meio da sumula vinculante nº 14 do STF, resguardando ao advogado o acesso aos autos processuais e autos de inquérito já produzidos, nesse caso, restando a existência do direito de defesa na fase investigatória e que não pode ser negada pois resultaria em prejuízo para o indiciado e ainda demonstraria uma agressão à eficácia dos direitos fundamentais.<sup>72</sup>

Aduzindo sobre essa discussão, no curso da fase inquisitiva a defesa ainda é limitada e Aury Lopes Jr. conceitua a defesa como exógena, onde é exercida fora do inquérito, por exemplo, com o uso do *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança e conforme já abordado antes, a defesa dentro do inquérito consiste em basicamente requerer diligências à autoridade policial.<sup>73</sup>

Marta Saad considera os mesmos aspectos já abordados até aqui demonstrando a existência de um contraditório somente a partir do momento da informação da imputação e não existindo mais tal garantia em outros momentos do inquérito, alegando que ainda não há acusados, mas em se tratando de direito de defesa introduz fielmente a ideia de que essa garantia deve existir em todos os momentos em que se imputa qualquer fato ou ato à alguém.<sup>74</sup>

Deve então existir a garantia do direito de defesa ao indiciado, onde esse tem o direito de resistir, opor forças e de requerer provas às quais possam demonstrar seus argumentos de inocência. Nesse caso nota-se que o que é exercido no âmbito da investigação é somente a defesa, em seu sentido amplo, já

---

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2013

<sup>71</sup> BRASIL, Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27mar. 2013.

<sup>72</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*.. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.p. 244

<sup>73</sup> Ibidem.p. 307

<sup>74</sup> SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.220

---

---

que essa é direito em todos os momentos ao contrário do princípio do contraditório que só é exercido no instante do recebimento da informação do fato ou ato, mas que não existe em nenhum outro momento após pois não há uma acusação formal, não há um litígio, razão pela qual não há o direito a contrapor nenhum fato imputado.<sup>75</sup>

Diz-se ainda que o exercício do direito de defesa tem que ser tempestivo devendo ser exercido desde a fase inquisitiva para que seja eficaz e que possa gerar uma defesa integral e contínua ao imputado.<sup>76</sup>

Antonio Scarance Fernandes tem uma abordagem aproximada nesse mesmo sentido sobre o tema, dizendo, entretanto, que não existe o contraditório no âmbito inquisitorial, sem discorrer mais profundamente sobre o momento de informação da imputação dos indícios como possível aplicação da garantia, demonstrando ainda que a fase de investigação não pode ser tratada como processo, fase que aduz do texto constitucional ter aplicada a garantia do contraditório, e muito menos como um procedimento já que o inquérito não é constituído por uma ordem determinada para a prática dos seus atos os quais não configurariam sequer um procedimento administrativo, dessa forma não admitindo a aplicabilidade de tal garantia.<sup>77</sup>

Ressalvando, no entanto, que existe o direito de defesa já nessa fase pré-processual, porém se trata de uma defesa limitada e não uma defesa ampla. Na qual o exercício desse direito de defesa limitada diz respeito, por exemplo, ao requerimento de diligências, pedidos de liberdade provisória e também a impetração de *habeas corpus* a fim de garantir ao indiciado a opção de solicitar a produção de determinadas provas as quais fundamentariam seus fatos e argumentos.<sup>78</sup>

Outro exemplo do direito de defesa incurso no inquérito está o acesso do advogado do indiciado aos autos de inquérito dos atos já realizados e inclusive a

---

<sup>75</sup> SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.223

<sup>76</sup> Ibidem. p.224

<sup>77</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p70

<sup>78</sup> Ibidem. p71

---

---

quebra por outra garantia constitucional da incomunicabilidade do indiciado com seu advogado e seus familiares.<sup>79</sup>

Fernando Capez e Paulo Rangel compartilham do mesmo pensamento quando afirmam que o contraditório só existe no sistema acusatório e não no sistema inquisitivo<sup>80</sup> onde não existe um acusado e sim um investigado como objeto do procedimento administrativo e não de um processo administrativo, onde o procedimento é o meio pelo qual os atos são produzidos e esse último trata-se de um gênero com suas espécies processuais, diferenciando do inquérito que é um mero expediente administrativo que visa apurar determinados indícios de materialidade e autoria de um ato ilícito, nesse caso, o caráter inquisitivo do inquérito policial tem por motivo afastar a aplicabilidade do contraditório.<sup>81</sup>

Fauzi Hassan Chouke faz uma análise do tema desde o advento da CF em 1988, onde o entendimento desenvolve-se em torno dos termos acusado, processo e procedimento. Conforme Aury Lopes Junior expôs esses mesmos argumentos, considerando já a existência de um acusado na fase inquisitorial por haver um litígio entre as partes, Estado e acusado, sendo esse último, titular de direitos e garantias constitucionais.<sup>82</sup>

Nessa situação, fala-se também em procedimento e processo o que nesse caso volta a ser o questionamento da doutrina, onde como já exposto nesse capítulo, para alguns doutrinadores o inquérito é processo administrativo e para outros é apenas procedimento, discussão novamente abordada sobre o termo utilizado pelo legislador no texto constitucional, porém Fauzi Hassan Chouke versa sobre o mesmo entendimento de Fernando Scarance Fernandes, o qual diz que o

---

<sup>79</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P309

<sup>80</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.79

<sup>81</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17

<sup>82</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.p. 240

---

---

inquérito sequer é procedimento, visto que procedimento é uma ordem, uma sequência de atos, os quais não são observados na investigação.<sup>83</sup>

A partir dessa questão abordada pela maioria dos autores, Fauzi Hassan Chouke dispõe sobre a dificuldade de encontrar uma ligação entre o inquérito e a aplicabilidade da garantia do contraditório, ponto esse que há dúvidas sobre o exato momento da existência de um litígio, determinado momento do surgimento da aplicação do contraditório nessa fase inquisitiva, já que essa garantia é determinada pela informação e participação da parte acusada nos atos procedimentais.<sup>84</sup>

Se o contraditório é determinado pela informação e participação entende-se que o ato de indiciamento seria o momento de surgimento de tal garantia, porém questiona-se em que momento existiria um indiciamento, como então seria possível a participação do, então, acusado nessa fase pré-processual, nota-se, nesse sentido que o próprio CPP, em seu art. 14 diz que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”<sup>85</sup>, nessa discussão já existe inclusive essa possibilidade de participação do indiciado, mas ainda é fora de contexto se comparado com o termo utilizado no texto constitucional, sem dizer que a aplicação do contraditório não faz parte da finalidade da investigação, que é uma fase inquisitiva e não acusatória. Cumpre ainda nessa explicação ressaltar que o indiciado de hoje não necessariamente será o réu de amanhã.<sup>86</sup>

Logo, o termo acusado acaba se tornando a principal causa dessa discussão onde há a maioria das divergências doutrinárias. Fauzi Hassan Chouke chega a comparar o termo acusação com o conceito de lide, onde é necessário um conflito de interesses que não é encontrado no curso da investigação e se restringe

---

<sup>83</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 70.

<sup>84</sup> CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 112.

<sup>85</sup> BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2013.

<sup>86</sup> CHOUKE, Fauzi Hassan. Op. Cit., p. 113.

---

---

à relação jurídica criada com o oferecimento da ação penal e o conhecimento e aceitação do Poder Judiciário, e não com o indiciamento do sujeito passivo.<sup>87</sup>

Lembra-se ainda que por existir a possibilidade de requerimentos de diligências por parte do indiciado, esse sujeito passivo não vem a ser um objeto da investigação e sim sujeito dela. Onde no inquérito o exercício do contraditório não parece ser existente e não tem a possibilidade de influenciar quem tem o poder de decisão, visto que nessa fase, buscam-se fatos e indícios suficientes sobre a verdade dos atos para que sirva como base de uma ação penal e que se dê início então a uma relação processual, essa sim sujeita às garantias constitucionais.<sup>88</sup>

A razão pela discussão dessa aplicabilidade do contraditório na fase inquisitiva é, infelizmente, o embasamento de decisões processuais por parte dos julgadores da ação penal em fatos e provas colhidas ainda em fase de inquérito policial, onde a defesa se volta contra o sistema inquisitorial requisitando o exercício da garantia do contraditório para que o julgador não possa se fundamentar somente nesses atos de investigação.<sup>89</sup>

No mesmo sentido da não aplicabilidade das garantias constitucionais, Guilherme de Souza Nucci diz que o inquérito, conforme já analisado no parágrafo anterior, é um procedimento de natureza inquisitiva na qual não permite a oportunidade de defesa, em que no caso, se permitisse tais garantias, teríamos duas instruções judiciais iguais. Mostra, ainda, que realmente não há a necessidade de aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no sentido que a investigação serve apenas como instrumento de colheita e fornecimento de indícios e autoria para a base e fundamentação da acusação, restando então que se falar de tais garantias somente em fase de processo, após já realizada a acusação em juízo.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 113.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 8ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.170.

---

---

### 3.1.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Abordagem do tema e suas divergências de acordo com os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

#### 3.1.2.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS - TJDFT

A maior abordagem do tema em questão diz respeito principalmente às nulidades e prejuízos que os vícios em inquérito policial iriam trazer para a fase processual e para o exercício da defesa do acusado.

Porém, de acordo com algumas jurisprudências embasadas inclusive na doutrina, vem considerando sobre a inaplicabilidade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa no curso da investigação policial, que é o momento quando a maioria dos Advogados vem fundamentar os prejuízos à defesa do acusado. Conforme entendimento:

[...]

A ausência de advogado na fase inquisitorial não representa cerceamento de defesa, muito menos ilegalidade no procedimento, pois **em sede de inquérito policial não se fala em contraditório ou ampla defesa**. Ademais, consta dos autos que durante a sua oitiva na delegacia da criança e do adolescente, o menor estava acompanhado de um curador, que aceitou em bem e fielmente exercer tal função. [...]

(TJDFT - 2ª T., APR 603392, Des. SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, j. 5.7.12, DJU 16.7.12. p.220, grifo nosso).

Nesse caso o Tribunal reforça a ideia da inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no, como aduz do próprio acórdão, procedimento de inquérito policial, remetendo ao pensamento de que o inquérito não se trata de processo administrativo e sim de mero procedimento administrativo, não possuidor das garantias.

---

---

Nessa mesma percepção o Tribunal consolida a fundamentação da inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal, onde:

[...]

**O inquérito policial é procedimento de caráter administrativo e inquisitivo. Nele são colhidos indícios de autoria e evidências de materialidade necessárias ao embasamento da peça acusatória a ser apresentada pelo Ministério Público ao juízo criminal. Em razão disso, não há de se suscitar, nessa fase, o princípio do contraditório e da ampla defesa.**

As evidências colhidas em sede de inquérito policial não possuem o condão de, por si sós, ensejar a condenação, ainda que se trate de depoimento confessional, porquanto ainda não foi oportunizada a produção de provas no curso regular do processo penal. [...]

(TJDFT - 6ª T., APC 598.223, Des. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, j. 13.6.12, DJU 29.6.12. p.286, grifo nosso).

Nesse ponto, nota-se a base da fundamentação na doutrina de Guilherme de Souza Nucci<sup>91</sup> que afirma que o inquérito por ter natureza inquisitiva não é suscetível de exercício de defesa e observa-se ainda o contra-argumento do Tribunal quando o defensor do acusado levanta a tese em que a maioria dos defensores aborda de que o acusado seria condenado sob as provas e depoimentos colhidos em fase de investigação e não em fase processual, demonstrando o maior receio da defesa quanto à discussão da aplicabilidade das garantias no curso da fase inquisitiva.

### 3.1.2.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Em julgados recentes o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo as divergências sobre o tema de acordo com cada ponto abordado, nesse sentido a Corte Superior entende:

[...]

4. A assertiva de cerceamento de defesa também não se verifica, uma vez que o procedimento inquisitório constitui-se em peça

---

<sup>91</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 8ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

---

---

meramente informativa, que objetiva reunir informações a fim de respaldar eventual ação penal, em cuja instrução será dada ampla oportunidade às partes para exercer seu direito ao contraditório.

[...]

(STJ - HC 222550/ES, Rel. Min. OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe 29.6.12.)

O argumento de cerceamento de defesa na fase inquisitiva não fundamenta o uso do contraditório e da ampla defesa sobre o foco da natureza inquisitiva do inquérito policial que não tem finalidade de acusação e conforme o posicionamento da corte, ainda há o exato momento em que será aplicado o contraditório, conforme se extrai do acórdão, no curso da instrução da ação penal.

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça complementa o entendimento fundamentando que o inquérito serve de objeto para a formação da convicção do Ministério Público para oferecimento da ação penal, ora observando ainda que não houve o cerceamento de defesa já que não se aplica o contraditório e a ampla defesa na investigação por nessa fase não existir nenhuma acusação, mas durante a fase judicial, onde é obrigatória a existência de tais garantias.

Atenta-se ainda que nesse julgado o Superior Tribunal de Justiça complementa a informação dizendo que a prova colhida em fase de investigação foi renovada em fase processual, onde nessa fase sim admitem-se as garantias, dessa forma, tornando os atos processuais válidos, inclusive, tornando as provas e testemunhos, válidos, onde então a autoridade judicial poderá fundamentar sua decisão sem nenhum prejuízo e sem nenhuma ofensa as garantias constitucionais.

Motivo esse que configura ainda mais a razão pela não observância do contraditório no âmbito inquisitivo onde essa fase não pode servir de base para decisões judiciais sob pena de ser declarado nulo o ato.

[...]

6. Da mesma forma, não deve subsistir o fundamento do acórdão recorrido, referente à colheita de depoimentos sem o crivo do contraditório. Ora, conforme é cediço, **durante a fase inquisitorial não se exige observância à garantia do contraditório, tendo em vista que seu objetivo está voltado para a formação do**

---

---

**convencimento do titular da ação penal. Ademais, cumpre sobrelevar que os testemunhos colhidos pelo Ministério Público foram renovados em sede judicial, com a garantia da ampla defesa e do contraditório, o que corrobora a licitude da prova produzida.**

[...]

(STJ - REsp 879916/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 13.09.10. grifo nosso.)

Porém, em outros entendimentos o que se analisa é o direito de acesso do defensor aos autos de inquérito policial para o exercício da defesa técnica do acusado e também para a possível solicitação de diligências às autoridades policiais:

[...]

**1. Consoante firme orientação do colendo STF, inclusive cristalizada na Súmula Vinculante 14, é direito subjetivo 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 ampla defesa.**

[...]

**3. Se a acusação valeu-se da totalidade das gravações para pinçar, segundo seu livre arbítrio e convencimento, as partes relevantes para embasar a denúncia, também à Defesa deve ser franqueado o mesmo direito, sob pena de clara inobservância à paridade de armas, princípio norteador, juntamente com os do contraditório e da ampla defesa, do processo penal constitucional acusatório;** o préstimo dos conteúdos desses mesmos elementos deve ser avaliado pela defesa da parte, não cabendo ao Juiz antecipar desvalor quanto a eles, senão após o seu cotejo com todo o elenco probatório.

[...]

(STJ - HC 199730/CE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe 31.8.11. grifo nosso.)

Nota-se, nesse caso, que o exercício da ampla defesa aparece sendo aplicado à fase de investigação policial, onde o Advogado do indiciado tem direito de acesso aos autos de inquérito que já foram produzidos, nesse sentido, com a finalidade ainda de restringir o acesso do que vai ser produzido para que não atrapalhe o andamento da investigação policial.

---

---

Mas, constata-se que com esse acesso ao que já foi investigado o defensor tem o poder de exercer o que melhor achar conveniente ao momento em que se encontra o acusado, podendo requerer diligências a autoridade policial a fim de que se busquem fatos que também possam comprovar a inocência do investigado e não somente a linha de investigação que busca a sua autoria. Porém considera-se que o contraditório só é citado no momento em que se fala de ação penal e sua instrução, onde já há uma acusação e é aplicada essa garantida constitucional.

Nesse mesmo sentido:

[...]

**2. Ex vi do contido na Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, o defensor, no interesse do representado, tem direito a 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.**

[...]

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, permitir que a defesa tenha acesso a todas as provas já documentadas no inquérito que originou as ações penais contra o paciente, garantindo-se, também, a reciprocidade de tratamento aos demais investigados/denunciados.

(STJ - HC 120132/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 17.11.11. grifo nosso.)

Aqui há mais uma demonstração desse exercício do direito de defesa, que inclusive, como citado, é matéria sumulada pelo STF, na súmula vinculante nº 14:

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

Assim, garantindo o direito de defesa no curso do inquérito policial, como também já analisou Aury Lopes Junior, dizendo que dessa maneira o defensor pode

---

---

exercer a defesa do acusado, além de requerer diligências, também exercendo uma defesa exógena, impetrando *habeas corpus* e mandados de segurança para garantir seus direitos.<sup>92</sup>

### 3.1.2.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

O Supremo Tribunal Federal, Suprema Corte judiciária do país tem seguido um entendimento pela inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no âmbito da investigação policial, mas faz ressalvas ao considerar que o indiciado tem outros direitos de defesa que podem ser exercidos já durante o inquérito, como permanecer em silêncio, um claro exemplo de autodefesa e também o direito de defesa técnica que é exercida pelo seu defensor.

Na percepção de que o defensor tem direito de acesso aos autos de inquérito, o entendimento ainda aduz que o advogado tem a prerrogativa do acesso ao que já foi produzido com a finalidade de se informar sobre os fatos, mas essa prerrogativa não tem o condão de permitir o acesso ao que ainda vai ser produzido pela autoridade policial, sendo claro o motivo dessa proibição, afinal o acesso a esses atos futuros poderia ensejar em prejuízos a investigação policial e ao recolhimento de provas e indícios que vão servir como base para a ação penal.

Observa-se:

[...]

III. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

**1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.**

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é

---

<sup>92</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*.. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.

---

---

**corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.**

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. **O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso** (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.

(STF - HC 87827/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 23.6.06. grifo nosso.)

Esse exercício do direito de defesa surge como uma defesa limitada, como o próprio Aury Lopes Junior considera, sob o mesmo argumento dessa defesa não poder prejudicar o andamento da investigação policial.<sup>93</sup>

A Suprema Corte segue o entendimento de que não há acusados no inquérito policial, onde não há razão pela qual aplicar tais garantias, sendo que não há litígio algum durante a investigação e essa fase muito menos tem o poder de ao final chegar a uma decisão que condene ou absolva alguém.

O que se nota nesse caso é que o inquérito é mais uma vez caracterizado aqui pela sua natureza inquisitiva e não acusatória, com a finalidade de colher indícios de materialidade e autoria para fundamentar o início da ação penal.

---

<sup>93</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. *Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.

---

---

Separando-se então do termo processo e reforçando no que já é considerado, procedimento administrativo, com suas características e naturezas diferentes do processo administrativo, o qual se admite tais garantias.

Não há então o que se tratar também no termo acusado durante o curso do inquérito policial, onde há somente o sujeito passivo, conhecido como indiciado, surgindo então mais um motivo que separa a aplicação das garantias constitucionais, restringindo-as apenas ao processo judicial.

O Supremo Tribunal Federal analisa também o que a defesa geralmente argumenta quando se suscita a aplicação da ampla defesa e do contraditório no âmbito da investigação policial, possíveis nulidades processuais aduzindo que a não observância dessas garantias geram cerceamento de defesa. O entendimento da suprema corte é de que no inquérito não existe a ampla defesa e o contraditório então não ensejando as suas irregularidades em nulidade da ação penal.

[...]

6. A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que **"o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal"** (HC 83.233/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJe 19.03.2004).

[...]

(STF - HC 99936/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 11.12.09. grifo nosso.)

Nessa mesma linha de discussão, o Supremo Tribunal Federal complementa que os vícios do inquérito não prejudicam a instrução da ação penal, a qual essa tem o seu próprio procedimento e que esse sim é suscetível da aplicação das garantias. Conforme o julgado:

[...]

I - A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em regra, configura ofensa reflexa ao texto constitucional.

---

**II - Os vícios eventualmente existentes no inquérito policial não contaminam a ação penal, que tem instrução probatória própria.**

III - Agravo regimental improvido.

(STF – AI 867893 AGR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 19.09.08. grifo nosso.)

Ressalta-se ainda que mesmo que os vícios de inquérito não prejudiquem a instrução da ação penal, a decisão condenatória não pode ser fundamentada somente em atos colhidos em fase de investigação, pois esses atos não são submetidos ao crivo do contraditório e ampla defesa como são os suscetíveis atos processuais.

---

## CONCLUSÃO

Levando em conta o problema de pesquisa apresentado, a (in) aplicabilidade das garantias da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial dividimos o tema em três capítulos.

O primeiro capítulo demonstrou a estrutura da investigação criminal, no caso, a natureza, características e procedimentos referentes ao inquérito policial, tendo esse assunto como marco inicial da discussão do problema de pesquisa.

Posteriormente, analisamos as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais foram expostas com conceitos, finalidades e características inerentes a elas.

Por último, chegamos à abordagem principal do assunto, a (in) aplicabilidade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial, onde foram divididos em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Realizadas todas as análises dos capítulos concluímos que o inquérito policial trata-se de peça realizada e presidida por uma autoridade policial que é meramente informativa e a qual tem a natureza inquisitiva, o que significa dizer que tem a finalidade de inquirir, buscar indícios de autoria e materialidade do fato, buscar a verdade real dos fatos, desvendar e solucionar infrações penais, realizando diligências as quais servem para levantar provas suficientes que levem ao indiciamento de determinado investigado, imputando a ele a possível realização do crime, onde depois de concluída a investigação, essa servirá de base para o titular da ação penal oferecer denúncia à autoridade judicial, ensejando na acusação do indiciado e iniciando o processo judicial.

Em segunda consideração temos as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, na qual o contraditório diz respeito à informação da

---

imputação e o poder de contrapor os argumentos da parte acusadora requerendo provas que contrariem a imputação inicial, prazos determinados para que seja realizado esse contraditório que vai ensejar na sua oportunidade do exercício de defesa. Observa-se, inclusive, que essa garantia do contraditório é um direito subjetivo do acusado que é de extrema importância nos processos em geral, onde o acusado exercendo o contraditório não deixa que apenas uma parte apresente fatos e provas sobre determinada imputação, demonstrando também a sua versão através da sua defesa para o livre convencimento da autoridade judicial.

A defesa realizada pelo contraditório se insere na da ampla defesa, mas que vem a ser distinta dele, essa ampla defesa consiste em todas as formas de defesa possíveis, às quais tem sempre a finalidade de não permitir que a primeira imputação seja a predominante. Esse exercício da ampla defesa consiste principalmente em duas formas, a autodefesa, que nada mais é do que o próprio acusado exercê-la de determinadas maneiras em sua defesa, como por exemplo, manter-se em silêncio em um interrogatório e não produzir provas que possam incriminá-lo, nessa autodefesa o acusado atua pessoalmente em sua própria defesa, outra forma do exercício da ampla defesa é a defesa técnica, a qual é realizada por um defensor técnico, especialista e detentor de conhecimento jurídico que tem a finalidade de exercer a defesa de forma efetiva e de maneira eficaz, que tenha resultado a favor do acusado, não podendo o acusado abrir mão dessa defesa sob o risco de ser prejudicado no processo judicial.

Quanto ao problema de pesquisa, a (in) aplicabilidade das garantias da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial é discutida pela doutrina de forma divergente em alguns aspectos, onde autores como Aury Lopes Junior que é um dos maiores defensores da aplicabilidade das garantias no inquérito e Marta Saad, que cita diversas vezes o próprio Aury Lopes Junior, consideram que na investigação policial, a figura do sujeito passivo, mais precisamente o indiciado sofre uma imputação que deve ser resistida de alguma forma, logo o direito de defesa se faz presente para contrapor e se defender dessa imputação, assim os autores afirmam que o indiciado é um acusado, pois sofre uma acusação já no curso do inquérito, nesse caso, esse acusado, como aduz do texto constitucional, tem direito

---

ao exercício da ampla defesa e do contraditório desde essa fase de investigação. Afirmam também sobre o termo usado na constituição para assegurar o contraditório e ampla defesa aos acusados em processo administrativo, os quais consideram o inquérito como tal e não como um procedimento o que verdadeiramente é, mas sem dúvida a grande divergência gera em torno do termo acusado, pois para os autores existe uma figura de um acusado a partir do momento de indiciamento no inquérito policial o que ensejaria em argumento para a aplicabilidade das garantias constitucionais. Entretanto, Aury Lopes Junior ainda afirma que nessa fase há a existência de um contraditório mínimo que surge somente como forma de informação da imputação e de um exercício de defesa limitada de maneira a não prejudicar a investigação policial.

Em contrapartida, a maioria da doutrina formada por autores como Antonio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Chouke, Guilherme de Souza Nucci, entre outros, considera que não há aplicabilidade de tais garantias no curso do inquérito policial, onde nessa fase que se trata de um procedimento administrativo, e como afirma Antonio Scarance Fernandes, sequer pode-se falar em procedimento já que não há uma sequência determinada de atos, afirmando então que não se trata de processo administrativo, logo não há um litígio entre as partes, não existindo a figura de um acusado e também inexistindo uma decisão que condene ou absolva o indiciado, o que existe é uma fase que busca pela verdade real, pela colheita de provas e informações que sirvam de base para a ação penal e que por ser o inquérito de natureza inquisitiva não há que se falar em contraditório e ampla defesa.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal entendem pela inaplicabilidade das garantias da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial pelos motivos expostos nos parágrafo anterior, onde a natureza inquisitiva do inquérito e por ele se tratar de procedimento administrativo e não existir nenhum litígio e nenhuma figura de um acusado não permite essa aplicabilidade.

Cumprе ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal dispõem sobre o exercício de defesa técnica por parte do defensor

---

do acusado inclusive já obedecendo a uma prerrogativa do advogado, dando acesso do defensor aos autos de inquérito que já foram produzidos para que seja realizada a ampla defesa do acusado, mas limitando esse acesso aos atos futuros realizados pela investigação policial a fim de que não prejudique o andamento do inquérito policial.

Assim, entende-se que a aplicabilidade das garantias da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial são implícitas e limitadas a determinados atos, os quais não exteriorizam as garantias. Dessa forma pode-se considerar que há um exercício de uma defesa limitada e exógena por parte do próprio indiciado que se mantém em silêncio ou não possibilita a produção de determinada prova que iria incriminá-lo e do seu defensor que requer diligências as quais podem ou não ser realizadas pela autoridade policial e também impetrar *Habeas Corpus* ou Mandados de Segurança para manter o interesse do indiciado, observa-se que não há uma forma de contradizer ou contrapor nada nessa fase e que realmente não se pode falar em acusado ou em processo, pois nessa fase não há nenhum litígio e só se busca indícios os quais vão servir posteriormente de base para uma ação penal.

Dessa forma, deve-se obedecer a inaplicabilidade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial, continuando a não ensejar em nulidade processual determinados vícios da investigação, porém caberia perfeitamente uma melhor disposição das garantias no texto constitucional por meio do legislador que foi infeliz em usar determinados termos no art. 5º, LV, da CF.

---

---

## REFERÊNCIAS

**ALMEIDA**, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

**BRASIL. Constituição Federal** (1988). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

**BRASIL, Lei 8.906 de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

**BRASIL, Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

**CAPEZ**, Fernando. **Curso de processo penal**. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

**CHOUKE**, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995.

**FERNANDES**, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

**FERNANDES**, Humberto. **Princípios constitucionais do processo penal brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2006.

**GRECO FILHO**, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

**LOPES JUNIOR**, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7ed. Vol I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 1ª. Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

**MENDES**, Gilmar Ferreira, **COELHO**, Inocêncio Mártires, **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

**MIRABETE**, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004

---

---

**NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 8ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

**RANGEL**, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

**SAAD**, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**SALLES JUNIOR**, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática**. 7ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

**TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 29ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2007

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

**STF, 1ª Turma**, AI 867893 AGR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 19.09.08.

**STF, 1ª Turma**, HC 87827/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 23.6.06.

**STF, 2ª Turma**, HC 99936/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 11.12.09.

**STJ, 5ª Turma**, HC 120132/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 17.11.11.

**STJ, 5ª Turma**, HC 199730/CE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 31.8.11.

**STJ, 5ª Turma**, REsp 879916/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13.09.10.

**STJ, 6ª Turma**, HC 222550/ES, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 29.6.12.

**TJDFT, 2ª Turma**, APR 603392, Des. SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, j. 5.7.12, DJU 16.7.12. p.220.

**TJDFT, 6ª Turma**, APC 598.223, Des. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, j. 13.6.12, DJU 29.6.12. p.286.

---