



Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito

SARAH THEREZINHA MARTINS LEITE

**O ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO
POLICIAL**

Brasília – DF
2010

SARAH THEREZINHA MARTINS LEITE

**O ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO
POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharela em
Direito. Orientador: Valdinei Cordeiro
Coimbra

Brasília – DF

2010

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

LEITE, Sarah Therezinha Martins.

O ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO
POLICIAL/ Sarah Therezinha Martins Leite. – Brasília, 2010.
65 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de
Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito. Orientador:
Valdinei Cordeiro Coimbra

1. Sigilo. 2. Acesso I. Inquérito Policial

CDU -343

SARAH THEREZINHA MARTINS LEITE

**O ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO
POLICIAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário do Distrito Federal -
UDF, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharela em Direito
Orientador: Valdinei Cordeiro Coimbra

Brasília, _____ de _____ de 2010

Banca Examinadora

Valdinei Cordeiro Coimbra
Mestrando
Instituição a qual é filiado

Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

Nota: _____

Dedico à meu pai, meu eterno professor a quem devo tudo, que sempre me apoiou em todas as fases da minha vida, dando condições efetivas, matérias e, principalmente morais para atingir meus objetivos.

Com amor eterno de sua filha.

AGRADECIMENTO

A Deus por me abençoar com mais uma vitória;

À minha família, pai, mãe, meus queridos irmãos Sabrina e Neto, por me ensinar a grandeza do amor incondicional e pela compreensão por minhas ausências geradas pela dedicação aos estudos, dada a importância desse momento;

Ao Rafael Lara Brasil, por esses cinco anos de companheirismo, grande incentivador, que junto comigo cultivou o amor e me apoiou em tudo que precisei;

Ao meu amigo, Leonardo Gomes, pela linda amizade, cultivada nesse último ano de graduação, por ser um dos maiores contribuidores para a realização deste trabalho;
e

Ao orientador e professor Valdinei Coimbra, pela confiança depositada neste trabalho e pelo apoio o qual me dedicou.

“É a busca da verdade que derrama sobre o conhecimento a luz da dignidade, e nos dá o poder de conhecer.”

Aristóteles (384-322). Filósofo grego.

RESUMO

O presente trabalho propõe trazer à tona o aparente conflito de normas entre o art. 20 do Código de Processo Penal, o qual assegura o sigilo, necessário à apuração dos fatos delituosos, e o art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94, que, por sua vez, apóia o acesso do advogado aos autos do inquérito policial. Desse modo, surgem as mais polêmicas indagações: o Superior Tribunal de Justiça afirma ser o sigilo característica essencial do inquérito policial, de sorte que deve ser resguardada. Em contrapartida, a Suprema Corte assegura que o acesso do advogado aos autos do inquérito policial é uma prerrogativa dada a ele, porém o mesmo deverá estar literalmente constituído na causa, o que não agrada a Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que a presente decisão federal tomada não teve como base a interpretação restrita do Art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94. Não obstante, as indagações surgem tanto no campo jurisprudencial, como no campo doutrinário, haja vista a evidência de duas correntes: uma, a favor do STJ, alegando a importância do sigilo frente ao inquérito, e outra, apoiando o STF, com fulcro na relevância das prerrogativas do advogado. Mas, será que proibir o acesso do advogado aos autos do inquérito policial não estaria prejudicando o próprio advogado na essência do seu ofício, bem como o indiciado, que poderia sofrer injustiça perante a sociedade?

Palavras-chave: Sigilo. Acesso. Inquérito policial.

ABSTRACT

This triatise proposes discuss about perceptible conflict of rules between art. 20 of Processual Penal Code, that safe the secret, necessary to investigation that criminous facts, and the art 7th, XIV, of law 8.906/94, that, your turn, sustain the lawyer access to contents of police inquiry. About that, arise the more polemics questions: the Supreme Court of Justice says the secret is essential characteristic of police inquiry, therefore it must be preserved. Opposite that, the Supreme Court safe that the lawyer access to content of police inquiry is a privilege of him, however, the lawyer will be include in the process, that not satisfact the Brazilian lawyer's order, while this federal decision taked don't have basis the restrict interpretation of art. 7th,XIV, of law 8.906/94. Not hindering the questions about jurisprudential area, and in the doctrinal area, considering the evidence of two areas: one, to STJ advantage, saying the importance of secret front of police inquiry, and order, conording with STF, based in the relevance of lawyer's prerogatives. But, can it be that forbidden access lawyer to the contents of police inquiry didn't was damaging lawyer himself about essential of your job, as same the accused, that was submit injustice about the society?

Key words: Secret. Access. Police inquiry.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1. O INQUÉRITO POLICIAL- ASPECTO MATERIAL | 14 |
| 1.1. Breve histórico..... | 14 |
| 1.2. Previsão Legal do Inquérito Policial..... | 17 |
| 1.3. Finalidades..... | 22 |
| 1.4. Princípios aplicáveis..... | 24 |
| 1.5. A investigação criminal no Brasil e no Direito comparado..... | 25 |
| 1.5.1. A investigação criminal no Brasil | 26 |
| 1.5.2. A investigação criminal na Itália | 28 |
| 1.5.3. A investigação criminal em Portugal | 30 |
| 2. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO | 32 |
| 2.1. O princípio do contraditório..... | 32 |
| 2.2. O princípio da ampla defesa..... | 35 |
| 2.3. O Contraditório no Inquérito Policial..... | 36 |
| 2.4. Inquérito Policial e Direito de Defesa..... | 38 |
| 2.5. Ação Penal e Direito de Defesa..... | 41 |
| 3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE | 43 |
| 3.1. O princípio da publicidade na fase inquisitiva..... | 43 |
| 3.2. O sigilo do inquérito policial é oponível ao advogado?..... | 45 |
| 3.3. Entendimento Jurisprudencial acerca do caso concreto: STJ E STF..... | 50 |
| 3.4. Decisões proferidas com fulcro na importância do inquérito policial..... | 55 |
| CONCLUSÃO | 61 |
| REFERÊNCIAS | 63 |

INTRODUÇÃO

Disciplinado no título II do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial, é o instrumento jurídico que, dá início ao encadeamento de atos logicamente ordenados, formaliza as investigações desenvolvidas preliminarmente ao processo judicial. Tem por objetivo reunir elementos minimamente necessários e aptos a indicar a autoria e as circunstâncias que ensejam o fato criminoso.

O inquérito policial é um procedimento administrativo, sigiloso e inquisitorial. Dado a esses modos, sobremaneira o inquisitivo e o sigiloso, diametralmente opostos aos princípios do contraditório, ampla defesa e da publicidade no ordenamento jurídico penal, ocorrem muitas vezes desencontros no cotidiano do advogado que vai a Delegacia exercer seu ofício.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo apresentar os aparentes conflitos das normas, conforme o caso do art. 20 do Código de Processo Penal, dando poderes à autoridade policial para assegurar o sigilo necessário à apuração dos fatos delituosos, oposto ao preceito do art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94, que garante ao advogado acesso a todas as peças do inquérito policial, podendo, inclusive, copiá-las.

O Superior Tribunal de justiça afirmou que, sendo o sigilo característica do inquérito policial, deve ser assegurado mesmo quando o advogado for o requerente. Tal conclusão do STJ vislumbra uma série de problemáticas constitucionais, pois impede que o advogado tenha possibilidade de ver os autos do inquérito policial pertinentes a uma determinada pessoa, constituindo posição abusiva. Neste caso, os primeiros a serem violados, lamentavelmente, são os direitos fundamentais do investigado.

Entretanto, houve mudanças, o Supremo Tribunal Federal deferiu *Habeas Corpus* em relação a essa decisão do STJ, alegando a prerrogativa absoluta do advogado ter acesso aos autos do inquérito policial, de modo que a negação dessa afirmação estaria violando os direitos constitucionais da ampla defesa do indiciado e

a prerrogativa profissional da advocacia, originando a criação da súmula vinculante n.º 14.

Além dessas questões, cabe aludir à importância do advogado frente à prestação jurisdicional, bem como da atividade policial, essa última incumbida de zelar pela segurança, eficiência e supremacia da administração pública em relação aos interesses da sociedade, mas resguardando os direitos individuais do investigado. Sendo assim, ambos devem buscar a justiça.

A motivação que conduziu a autora desta monografia a pesquisar esse tema relaciona-se com o fato de que, sempre se interessou pela área policial em toda a sua estrutura. Como estudante e futura profissional do Direito, vê através desta pesquisa demonstrar que o sigilo do inquérito policial deve coexistir em concordância com os direitos e as garantias fundamentais constitucionais consagrados do advogado e do indiciado.

Restringir o acesso do advogado a documentos sigilosos de outros interessados, que não seja seu cliente, é algo válido, mas impedir que o advogado tenha possibilidade de ver os autos, pertinentes a seu cliente, constitui posição abusiva. O que não se pode conceber é a defesa impedir o andamento normal das investigações.

A metodologia utilizada para responder, as mais polêmicas indagações, sobre o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, consistiu em analisar correntes doutrinárias, jurisprudenciais e legais, sendo feitas várias consultas, sintetizando as informações obtidas visando ao fim do trabalho, responder de forma concreta as indagações da proposta.

Tomando como base ao que foi dito acima, o núcleo deste trabalho será constituído em três capítulos. O capítulo 1 abordará o reconhecimento de que a pena somente poderia ser aplicada depois de submeter o indivíduo a um procedimento formal e legal, sua finalidade seria de apurar devidamente os fatos em questão, dessa forma, tratará dos aspectos materiais do Inquérito Policial, como: breve histórico, previsão legal, finalidades, princípios aplicáveis e a investigação criminal no Brasil e no direito comparado. O capítulo 2, mostra que o indivíduo não é alvo de acusação e sim de investigação, buscando assim, uma preocupação com o

princípio do contraditório e da ampla defesa e a ação penal no direito de defesa. O capítulo 3 destaca que o princípio da publicidade revela-se numa preciosa garantia do indivíduo e da sociedade no tocante ao exercício da jurisdição, dessa forma mostra o princípio da publicidade na fase inquisitiva, se o sigilo do inquérito policial oponível ao advogado, entendimentos jurisprudencial acerca do caso concreto, bem como decisões proferidas com fundamento na importância do inquérito policial.

1. O INQUÉRITO POLICIAL – ASPECTOS MATERIAIS

Quando o *jus puniend* do Estado tornou-se devidamente público, tal função passou a ser regulamentada por agentes públicos, uma vez que o Estado admitiu a necessidade de autocontrole. Assim, nascia o reconhecimento de que a pena somente poderia ser aplicada depois de submeter o indivíduo a um procedimento formal e legal, sua finalidade seria de apurar devidamente os fatos em questão. Esse capítulo tratará dos aspectos materiais do Inquérito Policial, como: breve histórico, previsão legal, finalidades, princípios aplicáveis e a investigação criminal no Brasil e no direito comparado.

1.1. Breve histórico

Certas formas de verdade podem ser evidenciadas mediante a prática penal, e a definição de inquérito, *enquete*, é característica da verdade na sociedade.¹

O inquérito origina-se na prática política, administrativa e judiciária. Somente na Idade Média o inquérito surgiu como maneira de pesquisa da verdade no interior do tecido jurídico, cujo escopo era o de destacar quem fez o quê; as reais condições que ensejaram o ato delituoso; bem como o real momento do ocorrido.²

Desde a remota Antiguidade, houve investigação para apuração dos delitos. Neste sentido Adilson Mehmeri afirma:

Entre os antigos atenienses já se esboçava uma espécie de inquérito para averiguar a probidade individual e familiar dos eleitos magistrados, sendo que dez desses eram os estínomos, os quais trabalhavam como policiais. Tal investigação seria mais uma forma de sindicância, de cunho investigatório, sem qualquer esboço de contraditório.³

O inquérito policial teve sua origem em Roma, com os magistrados

¹ FOCAULT, Michel. **As verdades e as Formas Jurídicas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 12.

² FOCAULT, Michel. **As verdades e as Formas Jurídicas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 12.

³ MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial: Dinâmica**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 04.

especiais, denominados *quaesitores parricidi*, a quem cuidava proceder aos autos de informação com o fito de coligir as provas de uma acusação mais formuladas, cuidava-se, pois, da *inquisitio*,⁴ com passagens pela Idade Média, o qual perdurou até o século XII, sendo gradativamente absorvido pelo método inquisitivo, e referências na legislação portuguesa, havia a aplicação do conjunto de diplomas conhecidas como Ordenações do Reino de Portugal (Ordenação Afonsinas ou Afonsianas – entre 1446 e 1521; Ordenações Manuelinas – entre 1521 e 1603; e Ordenações Filipinas – entre 1603 e 1821),⁵ com aplicação no Brasil. Da legislação portuguesa, há registros que mostram a “devassa” como parente remoto do inquérito.⁶

Esse inquisitivo estendia-se ao investigado, proporcionando-lhe o direito de promover também inquisições, em face de elementos que poderiam inocentá-lo. Desse modo, chamava-se contraditório o processo.⁷

Com efeito, somente quando o *jus puniend* do Estado tornou-se devidamente público, tal função passou a ser exclusiva e legalmente de agentes públicos, uma vez que o Estado admitiu a necessidade de autocontrole, mesmo sem querer abrir mão de seu direito de punir, isto é, estampava-se um meio pelo qual esse poder repressivo tornava-se limitado diante do tecido social. Assim, nascia o reconhecimento de que a pena somente poderia ser aplicada depois de submeter o indivíduo a um procedimento formal e legal, cuja finalidade seria de apurar devidamente os fatos em questão, amadurecendo o *inquisitio*.⁸

Em 1841, com a emancipação da Legislação Brasileira, já havia lei regulamentando os trabalhos de investigação policial dos crimes, contornando suas circunstâncias e seus autores, porém, apenas 30 anos depois, e por meio do Decreto 4824, o qual disciplina a Lei 2033, criou-se o *inquérito policial* com esse *nomen juris*. Contudo, na década seguinte, em 1882, o Ministro da Justiça, Cons.

⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Processo Criminal Brasileiro**. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: 1920, p. 245.

⁵ PEREIRA, Lizando Mello. **Sigilo no inquérito policial**: O interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado. In: *Âmbito jurídico*. Rio Grande, 31/10/07. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2385>. Acesso em 12 de maio de 2010.

⁶ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 08.

⁷ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 08

⁸ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 05-06.

Ferreira de Moura, nomeou uma comissão de renomados juristas, cuja função baseava-se em elaborar o projeto da nova estrutura administrativa da Justiça.⁹

Não obstante, o art. 18 desse projeto, contundente e incisivamente relatava a abolição dos inquéritos policiais. A justificativa para esse posicionamento da Comissão seria que os inquéritos policiais facilitariam o abuso da autoridade policial e dificultariam mais ainda a defesa do indiciado.¹⁰

Com o advento da República, surgiram novas esperanças, em especial, no setor judiciário, culminando a restauração da peça inquisitória, mas é certo que tal peça sofreria um duro abalo, já na década de 30, com a criação do juizado de instrução, que substituiria o processo policial de inquisição.¹¹

O Decreto-Lei 3689 de 03 de outubro de 1941, todavia, que introduziu o novo e atual Código de Processo Penal, manteve o inquérito policial, reservando-lhe todo o título II de seu texto. Esse Juízo de Instrução limitaria a função policial de acordo com os moldes do sistema policial inglês: a missão da autoridade policial seria de apurar a materialidade e a autoria do fato criminoso, sem se imiscuir no âmbito inquisitorial de apuração das acusações. Nesse sentido, essa parte em que as provas eram apuradas ficaria reservada ao juízo preliminar de demanda judicial.¹²

Ressalta-se o argumento do então Ministro da Justiça Francisco Campos, o qual justifica sua preferência pela conservação do Inquérito Policial:

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fáceis e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em todas as sedes do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade.¹³

Constantemente surgem manifestações de ilustres juristas, condenando ou aplaudindo o sistema atual adotado pelo legislador.

⁹ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 06.

¹⁰ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 08.

¹¹ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 06.

¹² GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**: Procedimento Policial. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 07.

¹³ MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial**: Dinâmica. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 08.

1.2. Previsão legal do Inquérito Policial

O estatuto jurídico do inquérito policial é demonstrado pelo art. 4º ao art. 23 do Código de Processo Penal.¹⁴ A persecução penal é uma tarefa estatal, dividida em três fases: a) a primeira é a averiguação da ocorrência de suposta infração penal, corroborada pelo inquérito policial; b) na segunda fase, o acusado é processado por meio da ação penal cabível; c) e na terceira fase, ocorre a punição do culpado, onde se verificam as execuções penais.¹⁵

O Estado quando pratica atos de investigação após a ocorrência de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício da possibilidade de cautelar que o Estado exerce através da polícia na luta contra o crime para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido.

Com efeito, a autoridade competente para a instauração de inquérito policial é a polícia, sendo o delegado de polícia de carreira o agente público capaz para realizar o estabelecimento do referido procedimento.

O inquérito policial é, no sentido amplo da expressão, o conjunto de procedimentos realizados pela polícia judiciária ou por autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida à mesma função, com objetivo de provar a existência de uma infração penal, desvendar as circunstâncias do evento e apontar sua autoria, para que o titular da ação penal (*dominus litis*) disponha de elementos, autorizando-o a ingressar em juízo e responsabilizar o autor da norma descumprida.¹⁶

Destarte, Aury Lopes Junior ressalta:

O inquérito policial nasce de mera possibilidade, mas almeja a probabilidade, ou seja, para a instauração do inquérito policial, basta a mera

¹⁴ BRASIL. Art. 4º ao art. 23. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619-621.

¹⁵ DAOUN, Alexandre Jean. **Resumo Jurídico de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22.

¹⁶ BARBOSA, Avamor Berlanga. **Lições de Prática de Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 03.

possibilidade de que exista um fato punível. A própria autoria não necessita ser reconhecida no início das investigações.¹⁷

Quanto às possíveis nulidades, é certo que não há como observá-las no inquérito policial, uma vez que as provas coligidas são indícios ou elementos de prova. Nulidades só existem no Processo, entretanto, algumas peças contidas no inquérito policial podem ser nulas por ausência de requisitos legais, como por exemplo o art. 5º, XI da CF, que explica: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".¹⁸

Todavia, embora seja o inquérito peça inquisitiva, onde, para alguns doutrinadores não existe defesa, para outros, cabe ao advogado acompanhar seu cliente e tomar conhecimento das provas colhidas para possível medida judicial, inclusive o *Habeas Corpus*, pois, na fase de inquérito, o investigado está exposto a freqüentes constrangimentos.¹⁹

Consoante o art. 5º, incisos I a II do CPP, o inquérito policial pode ser iniciado das seguintes formas: a) com o auto de prisão em flagrante, de ofício, que, nesse caso, será por meio de uma Portaria; b) ou atendendo ao requerimento da vítima ou de qualquer pessoa assim que tiver notícia do crime; c) ou por requisição do promotor ou do juiz; d) ou ainda por requerimento do ofendido.²⁰

Nesse sentido o legislador constituinte no art. 98, inciso I da CF²¹, previu os crimes de menor potencial ofensivo, vindo à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que trata dos Juizados Especiais Criminais, definir o que seria crime de menor potencial ofensivo.

¹⁷ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação no Inquérito Policial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 135-162.

¹⁸ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito: Procedimento Policial**. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 12.

¹⁹ DAOUN, Alexandre Jean. **Resumo Jurídico de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22.

²⁰ BRASIL, Art. 5º, incisos I e II. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619.

²¹ BRASIL. Art. 98, I. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição Federal**: 1988. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 38.

Ao prever, em seu art. 69, a lavratura do Termo Circunstanciado de ocorrência, para os casos de infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, para delitos cuja pena máxima não exceda dois anos, cumuladas ou não com multas (independente do procedimento), a lei culminou na eliminação do inquérito policial nessas hipóteses, conforme dispõe o art. 77, § 1º, exigindo tão somente o termo circunstanciado, que é um procedimento mais célere.

A *notitia criminis* é o conhecimento que a autoridade policial tem de um fato aparentemente ilícito.²² Por exemplo, flagrante, publicação da imprensa, informação de qualquer do povo e o encontro de corpo de delito, que nos termos do art. 158 do CPP, é indispensável para a prova da materialidade dos delitos que deixam vestígios. Trata-se dos *delicta facti permanentis*, nada mais é que o exame do conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime, como, uma lesão corporal, um quarto destelhado, até mesmo outros que deixam marca no organismo, tais como aborto e estupro.²³

A notícia pode ser levada ao conhecimento da autoridade pelo próprio ofendido ou de seu representante, conforme o art. 39 do CPP, denominando-se *delatio criminis*, que, sendo simples, resta ao ofendido apenas comunicar o fato; ou sendo postulatória, além de comunicar, o ofendido deverá requerer também que seja instaurado o inquérito.²⁴

O art. 6º do CPP, em seus incisos I a IX, enumera os procedimentos que a autoridade policial deverá observar logo após tiver tido o conhecimento da prática da infração penal: a) se dirigir ao local do ocorrido, para preservá-lo; b) apreender os objetos que tiverem relação com o fato; c) colher todas as provas que forem suscetíveis ao fato; d) ouvir o ofendido; e) ouvir o indiciado; f) proceder ao reconhecimento das pessoas, coisas e acariações; g) determinar o exame de corpo de delito; h) ordenar a identificação do indiciado; i) e averiguar a vida pregressa do

²² DAOUN, Alexandre. **Resumo Jurídico de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 23.

²³ FILHO. Fernando da Costa Tourinho. Art. 6º inciso VII. **Código de Processo Penal Comentado**. 6 ed. ver., aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43.

²⁴ BRASIL, Art. 39. **VADE MECUM**. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 621.

mesmo.²⁵

Tal rol elencado no art. 6º é meramente exemplificativo, ao delegado tem como base sua discricionariedade, não se pode restringir previamente qual linha de investigação que irá tomar, pois, o delegado não colhe provas mais sim indícios, ou peculiaridade.²⁶

Ademais, o inquérito policial possui algumas características importantes, como, por exemplo, consoante dispõe o art. 9º do CPP, todas as suas peças são reduzidas a termo, escritas ou datilografadas. Assim, certamente não existe inquérito policial na forma oral. O art. 20 do CPP fundamenta o caráter sigiloso do inquérito policial.

A discricionariedade é outra característica do inquérito policial. É discricionário, pois a autoridade policial conduz as investigações como entender melhor, ou seja, não existe um rito próprio na condução do inquérito.²⁷

Já o indiciamento consiste em imputar alguém, no inquérito policial, a prática do ilícito penal, ou o resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada(s) pessoa(s) como praticante(s) de fatos ou atos tidos pela legislação penal em vigor (artigos 6º, incisos V, VIII, IX; artigo 14 e artigo 15, etc.).²⁸

A incomunicabilidade do inquérito constitui na impossibilidade de contato do preso com terceiras pessoas, alheias ao procedimento, a fim de ser que sejam prejudicadas na investigação, conforme demonstra o art. 21 do CPP, o qual foi revogado pelo art. 136, § 3º, inciso IV da Constituição Federal, que proibiu a incomunicabilidade nas situações excepcionais prevista em estado de normalidade.

Referente ao prazo para conclusão do inquérito, segundo ressalta o art.

²⁵ BRASIL, Art. 6º, incisos I a IX. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619-620.

²⁶ MENDONÇA, Ana Cristina. **Apostila de Direito Processual Penal**. Curso aprobaturum. 1º semestre de 2009, p. 38.

²⁷ BRASIL, Art. 9º e art. 20. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 620.

²⁸ DAOUN, Alexandre Jean. **Resumo Jurídico de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 23-24.

10 do CPP, no caso de indiciado preso em flagrante ou preventivamente, o inquérito policial deverá ser concluído em 10 dias. Tratando-se de indiciado solto, o prazo será de 30 dias. A regra geral do mencionado artigo é excepcionada em algumas leis especiais, que, tendo em vista a natureza da infração, fixam prazos especiais para a conclusão do inquérito policial, como é o caso do art. 51 da lei 11.343/06 (LEI DE DROGAS), que estabelece que o prazo máximo para conclusão do inquérito policial é de 30 dias, se o réu estiver preso e 90 dias quando estiver solto, e o seu § único os prazos podem ser duplicados pelo juiz mediante pedido justificado da autoridade policial.²⁹

A autoridade policial deverá fazer um minucioso relatório do que tiver sido apurado e o enviará ao juiz competente, conforme dispõe o § 1º, primeira parte, do art. 10 do CPP. Já a matéria do § 2º do art. 10 menciona a possibilidade de a autoridade policial indicar testemunhas que não foram inquiridas; no § 3º do mesmo artigo, demonstra que, quando o caso for de difícil elucidação e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.³⁰

Com efeito, ao tratar do arquivamento do inquérito, verifica-se que o mesmo é indisponível para a autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia não pode arquivá-lo, a não ser o Judiciário, a pedido do Ministério Público, conforme demonstra o art. 17 do CPP.³¹

Assim, é oportuno mencionar o entendimento de Mirabete:

Sendo o Ministério Público o último destinatário do inquérito policial, deve este formular um juízo de valor sobre seu conteúdo, para avaliar da existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Se não encontrar esses elementos, cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento do inquérito. Tal requerimento deve ser fundamentado, já que a lei menciona as “razões invocadas”, para o arquivamento no art. 28.³²

²⁹ BRASIL, Art. 10. °. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de processo Penal**: 1941, 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 620.

³⁰ BRASIL, Art.10, § 1º, 2º e 3º. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de processo Penal**: 1941, 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 620.

³¹ BRASIL, Art.17. °. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de processo Penal**: 1941, 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 620.

³² MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 104-105.

No entanto, o juiz não está obrigado a atender, de início, ao requerimento do Ministério Público. O art. 28 do CPP corrobora o princípio da devolução, em que o juiz transfere a apreciação do caso ao chefe do Ministério Público, ao qual cabe a decisão anormal final sobre o oferecimento, ou não, da denúncia. O juiz atua, nessa situação, como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.³³

1.3 Finalidade

Muito se tem discutido acerca da utilidade do inquérito policial. Entendem alguns doutrinadores que o procedimento previsto no Código de Processo Penal é bastante formal, acarretando uma verdadeira instrução, a qual será refeita posteriormente em juízo, sendo, portanto, uma grande perda de tempo, já que tudo poderia ser feito uma única vez.³⁴

Quanto à finalidade do inquérito policial, Marta Saad ensina:

O inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos de testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral, a identificação datiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime.³⁵

No mesmo sentido, Ismar Estulano menciona:

A principal finalidade do inquérito policial é servir de base para a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público, nos crimes de ação pública, ou pelo particular, nos crimes de ação privada.³⁶

Nesse raciocínio, Euclides Ferreira opina:

O inquérito policial é um instituto em desuso no mundo, fruto de herança da legislação portuguesa, mas mantido pela nossa legislação por motivos políticos, quando poderia, de há muito, ter sido suprimido, deixando, à autoridade policial, a incumbência da investigação propriamente dita, de prender os criminosos e fazer um relato diretamente ao Ministério Público, o

³³ MIRABETE, Julio Fabrine. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105.

³⁴ JUNIOR, Euclides Ferreira da Silva. **Curso de Direito Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Juarez de oliveira, 2000, p. 53.

³⁵ SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: RT, 2004, p. 161.

³⁶ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito: Procedimento Policial**. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 26.

qual provocaria a jurisdição e, daí sim, em juízo, far-se-ia toda a instrução, sem perda de muito tempo. Esta é a nossa opinião a este respeito.³⁷

Dessa forma, quanto ao valor probatório do inquérito policial, a doutrina processual penal divide-se em duas correntes: a primeira defende o ponto de vista de que ele é uma peça meramente informativa, que põe o Ministério Público a par do fato delituoso, não tendo qualquer valor probatório e assim, na formação da opinio delicti, encerra sua finalidade; a segunda admite a possibilidade de o juiz basear o seu livre convencimento em peças do inquérito policial.³⁸ Com efeito, observa-se a opinião de Aury Lopes Junior:

O art. 12 do CPP estabelece que o inquérito policial acompanhe a denúncia ou a queixa, sempre que servir de base uma para a outra. Qual o fundamento de tal disposição? Não é atribuir valor probatório aos atos do inquérito policial, todo o contrário. Por servir de base para a ação penal, ele deverá acompanhá-la para permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Nada mais do que isso. Servirá para que o juiz decida pelo processo ou não-processo, pois na fase processual será formada a prova sobre a qual será proferida a sentença.³⁹

O fato é que somente um inquérito bem elaborado permitirá um processo perfeito. Se falho o inquérito, o processo também terá lacunas. Assim, Lédio Rosa de Andrade assegura:

Um investigador pode ser levado a grave erro, em casos não muitos raros, como o de um neurótico que assume a culpa por um determinado crime, não obstante ser absolutamente inocente, devido a um sentimento de culpa preexistente nele. Ele se apodera da acusação para autopunição. Por derradeiro, necessário enfatizar que também as testemunhas, muitas vezes, reconstroem os fatos, adequando-os aos seus conflitos anímicos.⁴⁰

Desse modo, o conteúdo do inquérito policial tem como finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, e sendo assim, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos nessa fase extrajudicial.⁴¹

Além disso, as atribuições concedidas à polícia no inquérito policial são de caráter discricionário, ou seja, a polícia tem a faculdade de operar ou deixar de

³⁷ JUNIOR, Euclides Ferreira da Silva. Curso d Direito Processual Penal. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 200, p. 53.

³⁸ GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito: Procedimento Policial**. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 11.

³⁹ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação no Inquérito Policial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 135.

⁴⁰ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito ao Direito II**. 1 ed. Tubarão: Editorial Studium, 2002, p. 37.

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

operar, dentro, porém de um campo, cujos limites são fixados estritamente pelo direito. Nesse contexto, pelo fato do inquérito policial ter caráter inquisitivo, seu presidente, o delegado de polícia, possui esse poder discricionário, mas não arbitrário, para conduzir as investigações.⁴²

1.4. Princípios aplicáveis

Há quem descreva que no inquérito policial e civil não vigoram os princípios norteadores do processo penal, em face de sua natureza administrativa, de procedimento inquisitório não destinado à aplicação de uma penalidade, servindo para coletar elementos de prova a serem utilizados pelo órgão.

Nesse entendimento, Mirabete afirma:

Não é o inquérito processo, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação realizada pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código o "inquérito policial" (artigos 4º a 23) da "instrução criminal" (artigos 394 a 405). Por essa razão, regra geral. Não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais, nem mesmo o contraditório.⁴³

Oportuno mencionar as seguintes ementas:

STJ – O inquérito policial é mera peça informativa, destinada à formação da *opinio delicti* do *Parquet*, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial.⁴⁴ (STJ, 6ª T., rel. Min. Pedro Aciole, DJU, 18 abr. 1994, p. 8525).

STF – Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo MP – não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova

⁴² GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito: Procedimento Policial**. 11 ed. Goiânia: AB, 2007, p. 11.

⁴³ Apud REVISTA DA OAB-CE. **Inquérito Policial** – Aspectos Gerais. Fortaleza: ABC Fortaleza, OAB secção Ceará, 2000, p. 162.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório.⁴⁵ (STF, Primeira Turma - HC 73338 RJ - Relator(A): CELSO DE MELLO. Julgamento: 12/08/1996 - Publicação: DJ 19-12-1996 PP-51766 EMENT VOL-01855-02 PP-00270).

Entretanto, há quem assegure existir no inquérito policial os princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo injustiça impedir o acesso do advogado aos autos do inquérito policial.⁴⁶

1.5. A investigação criminal no Brasil e no Direito Comparado

A investigação policial é uma pesquisa sobre pessoas e coisas úteis para a reconstrução das circunstâncias de um fato legal ou ilegal e sobre a idéia que se tem a respeito deste.⁴⁷

Os métodos de investigação policial são iguais em todos os países; o que os difere é o procedimento de documentar as diligências, os depoimentos e as perícias, de acordo com o ordenamento jurídico de cada país.

Convém atentar para o fato de que a investigação difere do inquérito policial, o qual é o procedimento administrativo de caráter inquisitivo, formalizando a investigação policial, contendo apenas elementos necessários para instruir a denúncia do Ministério Público nos crimes de ação penal pública ou queixa-crime do ofendido ou do seu representante legal, feita por meio de advogado nos crimes de ação penal privada.⁴⁸

Os próximos tópicos abordarão a investigação criminal no Brasil e em outros países, como Itália, e em Portugal.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

⁴⁶ JUNIOR, Miguel Reali. **V Conferência dos Advogados do Distrito Federal**. Superior Tribunal de Justiça, dias 09, 10 e 11 de agosto de 2005. Brasília – DF.

⁴⁷ ROCHA, Luis Carlos. **Investigação Policial: Teoria e Prática**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 05.

⁴⁸ ROCHA, Luis Carlos. **Investigação Policial: Teoria e Prática**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 05-06.

1.5.1. A investigação criminal no Brasil

No Brasil, a persecução penal inicia-se com a notícia do crime. A partir desta, quem é o responsável pela investigação vai à busca de informação para juntada de elementos suficientes à formação da convicção do sujeito da ação penal.

O responsável por esta investigação, consoante dispõe o art. 144 da Constituição federal e seus incisos, é a polícia judiciária, em suas várias divisões como órgão do Estado, que tem o dever de preservar os valores penalmente tutelados pela sociedade.⁴⁹

Desse modo, no Brasil, a expressão “*investigação policial*” é utilizada na área jurídica, como sinônimo de inquérito policial, mas, na prática, com ele não se confunde. A investigação policial, pois, em sentido estrito, é a atividade da polícia que tem como objeto a apuração da infração penal, a identificação, localização e prisão do criminoso, a busca e apreensão de armas e objetos, relacionados ao crime e à recuperação de bens obtidos ilicitamente.⁵⁰

O inquérito policial, em contrapartida, é procedimento administrativo, de natureza inquisitiva feito pela polícia judiciária, que formaliza a investigação. A investigação tem o objetivo de apurar a materialidade e a autoria do crime. O fato é que na verdade não existe um dispositivo legal para definir o inquérito policial.⁵¹

O art. 6º do CPP, conforme já mensurado, enumera os procedimentos cabíveis à autoridade policial, no que tange à apuração das circunstâncias do fato delitivo.⁵² A investigação e a instrução não se distinguem pelo maior ou menor número de atos probatórios que em uma ou outra pratiquem, mas pelos fins e objetivos desses atos. A polícia investiga para o Ministério Público instaurar o

⁴⁹ BRASIL. Art. 144. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livis Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 9 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

⁵⁰ ROCHA, Luis Carlos. **Investigação Policial**: Teoria e Prática. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 06.

⁵¹ ROCHA, Luis Carlos, **Investigação Policial**: Teoria e Prática. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003, p.06.

⁵² BRASIL. Art. 6º, incisos I ao IX. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livis Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619.

processo penal e o juiz instruir a causa para construir a sua decisão.⁵³

Para José Frederico Marques:

Se a polícia, ao investigar, ouve testemunhas, interroga o indiciado e o ofendido, produz provas relativas ao crime, nada disso altera o caráter investigatório de suas funções. A atividade instrutória é considerada ato de colheita de prova e a polícia pratica mais além do que necessário para uma simples investigação.⁵⁴

Ademais, fora desse critério de causa *finalis* do ato, difícil, senão impossível, é distinguir a instrução da investigação. O inquérito, nesse passo, em nada diverge dos vários procedimentos informativos que a polícia judiciária de outros países realiza. O juizado de instrução também não põe fim a essa prática, salvo se a instrução judicial se realizar sem o contraditório e em segredo como ocorria na França, antes da reforma da lei de 08 de dezembro de 1897.⁵⁵

O sistema brasileiro ainda é um dos mais liberais que o mundo conhece, em relação à investigação policial. Tem-se a investigação inquisitória e a fase judicial, que é inteiramente contraditória desde seu início.

Nesse sentido, José Frederico Marques assegura:

Há certos procedimentos adotados pelo Código Processual Penal que são ranceiros, medievais e arcaicos. Referente às garantias do acusado, constituiu a Lei Processual Penal um passo à frente na legislação, pois, além de ter adotado o sistema acusatório em toda a sua pureza, imprimiu caráter realmente contraditório a toda instrução criminal. Ademais, no que diz respeito ao inquérito policial, nenhum preceito fere a Constituição Federal e as garantias de defesa plena que nela têm proclamado. Os abusos que a polícia possa praticar, na investigação, em nada influem no julgamento da causa, visto que esses atos não se destinam a coligir provas para o juiz decidir sobre a pretensão punitiva. E para outros abusos, tais como os atentados à liberdade individual, temos o *habeas corpus*, remédio desconhecido de quase todas as legislações em que existe juizado de instrução.⁵⁶

Já Maria Eugênia Raposo da Silva tem que:

O serviço de segurança pública, pela sua relevância, complexidade e

⁵³ BIZZOTO, Alexandre. **Processo Penal Garantista**. 1 ed. Goiânia: AB, 1998, p. 45.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 2 ed. v.1. Campinas: Milenium, 2000, p. 74.

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. **Estudo de Direito Processual Penal**. 2 ed. v.1. Campinas: Milenium, 2000, p. 74.

⁵⁶ MARQUES, José Frederico. **Estudo de Direito Processual Penal**. 2 ed. v.1. Campinas: Milenium, 2000, p. 75-76.

propensão ao abuso, é um indicador eficiente do grau de aperfeiçoamento democrático das sociedades.⁵⁷

Portanto, entende-se que ao Judiciário incumbe a preservação das garantias constitucionais, não tendo ligações com a finalidade de tutelar a segurança pública. O problema é que, em diversos momentos, a busca da segurança pública esbarra nas garantias fundamentais.

1.5.2. A investigação criminal na Itália

O processo Penal Italiano promulgou em seu novo Código de 1988 a substituição do sistema inquisitivo pelo acusatório, sendo, desse modo, prerrogativa, atribuída ao juiz obrigar o representante do Ministério Público a oferecer a acusação, quando este requereu o arquivamento dos autos das *indagini* e aquele não acolheu as razões invocadas.⁵⁸

O atual Código italiano insere-se no contexto de um movimento de reformas que ocorre nos ordenamentos europeus com o fim de transformar os princípios orientadores do Processo Penal em um sistema qualificado por garantia aos direitos individuais indisponíveis. Nesse sentido, torna-se natural a tendência de ampliar a fase da investigação preliminar das garantias processuais que originariamente só eram identificadas na instrução criminal.⁵⁹

As *indagini preliminari* (investigações preliminares) estão encomendadas ao Ministério Público, sistema de promotor-investigador, que tem à sua disposição direta a polícia judiciária. O sistema fortalece o Ministério Público em todos os sentidos, inclusive em relação à ação penal, ainda que em certos delitos, exija a prévia autorização/atuação do ofendido.⁶⁰

⁵⁷ Apud BIZZOTO, Alexandre. **Processo Penal Garantista**. 1 ed. Goiânia: AB, 1998, p. 45.

⁵⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos no Processo Penal – O mundo à Revelia**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 168.

⁵⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos no Processo Penal- O mundo à Revelia**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 169.

⁶⁰ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 222.

A *querela*, mencionada no art. 336 do CPP italiano, constitui numa declaração de vontade da vítima ou representante legal, podendo ser oral e feita junto ao Ministério Público ou à Polícia Judiciária, sendo necessária para que o fiscal possa atuar.⁶¹ A *istanza*, art. 314, por sua vez, é semelhante à *querela* com a distinção de que é necessária para os delitos que não podem ser perseguidos de ofício e foram praticados no exterior. Já a *richiesta* trata-se de uma petição de instauração de procedimento penal por parte de uma determinada autoridade pública e opera no âmbito de certos delitos, consoante demonstram os artigos 7º - 11; 127-129 e 313 do CPP italiano.⁶²

Por conseguinte, a *autorizzazioni a procedere*, definida no art. 343 do CPP italiano, configura-se em uma autorização prévia que o Ministério Público deve obter para atuar contra determinadas pessoas, que devido ao cargo que ocupam, não podem ser submetidas à *indagini preliminari* sem prévia autorização de uma determinada autoridade.⁶³ O juiz, no processo penal italiano, assume posição de verdadeiro *garante*, atuando no controle da adoção e realização das medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo.⁶⁴

Referente ao objeto, a investigação preliminar italiana é sumária, seguindo o critério misto e encontra-se limitada pelo art. 326, o qual estipula que a *indagini* está limitada aos elementos necessários para o exercício da ação penal. Se o membro do Ministério Público não exercitar a ação penal no prazo legal, os atos de investigação praticados depois de vencido o prazo não poderão ser utilizados no processo penal, tratando-se de pena de *inutilizzabilità*.⁶⁵

A *notitia criminis*, no processo penal italiano, canaliza-se por meio do Ministério Público, que decidirá que o ato praticará ou determinará que a polícia judiciária o realize. O segredo das investigações, realizadas pelo Ministério Público e

⁶¹ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 222.

⁶² JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 224.

⁶³ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 224.

⁶⁴ JR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 223.

⁶⁵ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 224.

ou polícia é a regra geral, consoante dispõe o art. 329 do CPP italiano.⁶⁶

Com efeito, por ser um procedimento pré-processual, a *indagine preliminare* está caracterizada por um alto grau de “liberdade de forma” e, por isso, é inidôneo para proporcionar resultado probatório. Ademais, o sistema penal italiano comporta uma audiência preliminar, a *udienza preliminare*,⁶⁷ como dispõe o art. 416, destinada ao debate e à análise da plausibilidade e legalidade de acusação formulada bem como ao saneamento do processo. E como as investigações não são bilaterais e contraditórias, o Código Italiano prevê mecanismos orientadores a impedir que as informações ali colhidas não interfiram no convencimento do juiz. Em linhas semelhantes foram adotadas pelo direito alemão, austríaco, português e mexicano.⁶⁸

Não obstante, o sistema italiano atribui aos atos da *indagine* um valor endroprocedimental e, para evitar a contaminação do processo, determina a sua exclusão física.⁶⁹ Já para aquelas provas relevantes e urgentes, utiliza-se o incidente de produção antecipada, presidido pelo juiz da investigação preliminar e com plenas garantias de contradição.⁷⁰

1.5.3. A investigação criminal em Portugal

O termo inquérito é definido, no CPP português de 1988, pelo art. 262; assim, além de averiguar o fato e seus autores, a investigação preliminar portuguesa tem o escopo de possibilitar a decisão acerca da abertura ou não o processo penal.⁷¹

⁶⁶ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 224.

⁶⁷ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 225-226.

⁶⁸ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 227.

⁶⁹ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 227.

⁷⁰ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 228.

⁷¹ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 236.

No processo penal português, o encarregado de dar andamento à fase pré-processual, consoante o art. 263 do CPP português, é o Ministério Público que conta com a assistência da polícia judiciária, possuidora de total dependência funcional. Por derradeiro, ao lado do Ministério Público, intervém um juiz da instrução, que atua ora como investigador, ora como garante; e tradando-se do objeto, o inquérito português é sumário, adotando o sistema misto.⁷²

Assim, conforme o art. 262 do CPP português, o inquérito deve: a) investigar se o fato narrado na *notitia criminis* é existente; b) determinar seus agentes e sua responsabilidade penal; c) e descobrir e recolher elementos de convicção, dirigidos ao juízo de pré-admissibilidade da acusação. O prazo legal para o Ministério Público concluir a investigação preliminar é de seis meses, se o sujeito passivo estiver preso, e caso esteja em liberdade, o prazo é de oito meses.⁷³

Ademais, em relação à forma, o inquérito: a) é facultativo, como dispõe o art. 262 do CPP português; b) há o predomínio da forma escrita dos atos; c) e é secreto no plano externo, vinculando todos aqueles que tenham acesso ao mesmo e já, no plano interno, o segredo vige até a conclusão da investigação preliminar.⁷⁴

Assim, o inquérito português não pode ser considerado absolutamente contraditório, porém a presença de defensor no ato do interrogatório é assegurada.⁷⁵

⁷² JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p 236.

⁷³ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmens Júris, 2005, p . 238.

⁷⁴ JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 238.

⁷⁵ JR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 239-240.

2. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Torna-se inevitável, uma maior preocupação no que se refere ao contraditório e à defesa, principalmente no procedimento que fornece elementos para a possível propositura da ação penal, ou seja, o inquérito policial. Deste procedimento, sendo bem ou mal elaborado poderá implicar a suspensão do direito a liberdade. Sustenta-se ao longo deste capítulo, que o inquérito policial só é uma peça vestibular, ou seja, é um procedimento administrativo e não um processo administrativo; o indivíduo não é alvo de acusação, mas sim objeto de investigação. Dessa forma este tópico versará sobre: os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, o contraditório no inquérito policial bem como o inquérito e a ação penal no direito de defesa.

2.1 O princípio do contraditório

Contraditório e ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual, pois não pode existir sem contraditório e vice-versa.⁷⁶

O art. 5º, LV da Constituição Federal prever o princípio do contraditório como o da ampla defesa: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos inerentes”.⁷⁷

Diante dessa previsão constitucional, verifica-se que além da ampla defesa o dispositivo também contempla o princípio do contraditório, como garantia e confirmação daquela. Trata-se de uma exigência indispensável para um Estado Democrático.

⁷⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 79.

⁷⁷ BRASIL. Art. 5º, inciso LV. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristinha Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 9 ed. Atual. E. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

Consoante Wolgram Junqueira Ferreira, contraditório significa que as partes colocam-se pé de igualdade.⁷⁸ Com efeito, Magalhães Noronha afirma: “No contraditório não há surpresa nem imprevistos, pois tudo é feito às claras, com conhecimento das partes”.⁷⁹

Marcus Vinicius Reis Basto ensina: “O contraditório está intimamente ligado ao princípio da paridade das armas, permitindo-se que as partes atuantes no processo estejam munidas de forças iguais, possuindo prerrogativas em comum”.⁸⁰

Na visão clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “O contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.⁸¹ Existem, nesse sentido, ação e reação da parte contrária, representando o contraditório complemento e o corretivo da ação da parte.⁸²

O conteúdo do princípio do contraditório vem revelado por elementos que garantem a realização do direito de ser ouvido para o acusado e do dever de ouvir a acusação e a defesa por parte do juiz. Assim, o contraditório entendido como o direito de ser ouvido (*audiatur at altera pars*), conseqüentemente de defender-se, compreende: a) uma acusação de fato concreto claro, preciso e delimitado (imputação); b) o conhecimento desse fato por meio de ato formal (citação); c) e a presença do acusado a todos os atos do processo, em igualdade de posição com a acusação, exigindo correlação entre a acusação e a sentença (*sententia debet esse conformis libello, ne eat iudex extra et ultra petita partem*).⁸³

A apresentação clara e completa da acusação deve ser formulada de maneira que possa o réu contrapor-se a seus termos. Ademais, a garantia do

⁷⁸ SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁷⁹ SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁸⁰ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Apostila de Processo Penal**. Brasília, 2005, p. 04.

⁸¹ Apud SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215

⁸² SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁸³ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas & Princípios**. 1 ed. Curitiba: 2003, p. 119-120.

acusado de ser informado do teor completo e objetivo da denúncia é impostergável e tem previsão no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e, portanto, tem relevância constitucional pela incidência do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.⁸⁴

A ausência de defesa contraria o princípio do contraditório e da ampla defesa. Uma defesa deficiente, embora tecnicamente em outro plano, conduz ao mesmo resultado. Em contrapartida, o princípio impõe ao juiz o dever de ouvir a acusação e a defesa para o nascimento das bases da decisão.⁸⁵

Oportuno reiterar a súmula 523 do STF, a qual se manifesta acerca do referido assunto:

No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência somente o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.⁸⁶

Nesse sentido, Júlio Fabrini Mirabete ressalta:

Pela jurisprudência está comprovado o prejuízo decorrente de defesa deficiente quando ocorre reiterada omissão do defensor, pela ausência de inquirição de testemunhas, formulação de alegações meramente formais, falta de iniciativa de diligências recomendáveis, por não se ter requerido cabível exame de insanidade mental pelo simples pedido de pena branda.⁸⁷

Um dos traços marcantes do processo acusatório, vigente no Brasil, é a garantia do contraditório, como segurança para os indivíduos. O acusado deve conhecer o teor da acusação que lhe é feita bem como ter o amplo e irrestrito direito à defesa.

Por conseguinte, diz Tereza Dóro:

O contraditório é, então, plenamente assegurado em juízo, podendo o acusado constituir o defensor que quiser apresentar as provas que entender pertinentes, desde que permitidas em direito, perguntar às testemunhas, etc.⁸⁸

⁸⁴ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas & Princípios**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p., p. 120.

⁸⁵ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas & Princípios**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.p. 120-121.

⁸⁶ DÓRO, Tereza. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Campinas: Copola, 1999, p. 86.

⁸⁷ DÓRO, Tereza. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Campinas: Copola, 1999, p. 87.

⁸⁸ DÓRO, Tereza. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Campinas: Copola, 1999, p. 86.

Pode-se observar o contraditório como um dos mais importantes princípios no processo acusatório, uma vez que assegura a ampla defesa do acusado, consoante expõe o art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.⁸⁹ Ademais, é devido a este princípio que o acusado goze do direito de defesa sem restrições num processo em que se pese deve estar assegurada a igualdade das partes.

Conveniente ressaltar as prudentes palavras de J. Canuto Mendes de Almeida:

A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato e de direito.⁹⁰

Conforme já exposto, do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, bem como a liberdade processual, a qual consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que quiser, de apresentar as provas que lhe convenham, etc. Com efeito, não há aplicação do princípio do contraditório no inquérito policial que não é, em sentido estrito, “instrução”, mas a colheita de elementos que impossibilitem a instauração do processo.⁹¹

Assim, contempla Marcus Vinicius Reis Bastos: “O princípio do contraditório não se estende ao inquérito policial, eis que se trata de procedimento inquisitivo, figurando o indiciado como mero objeto de investigação.”⁹²

2.2. Princípio da ampla defesa

⁸⁹ BRASIL. Art. 5º, inciso LV. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.10.

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

⁹¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 47.

⁹² BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Apostila de Processo Penal**. Brasília, 2005, p. 04-05.

O princípio da ampla defesa parte do pressuposto de que ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal. Assim, existindo um processo, este deverá assegurar a completa igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa.⁹³

Desse modo, a ampla defesa permite o acusado rebater as acusações que lhe foram impostas com todas as armas lícitas que lhe convierem no curso da demanda. Assim, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci demonstram: “A garantia da ampla defesa envolve, modernamente, tríplice enfoque: o direito à informação; à bilateralidade da audiência e à prova legitimamente obtida ou produzida”.⁹⁴

Destarte, essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendida por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável.

Não obstante, Miguel Reali Junior afirma que ao proibir o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, estamos ferindo o princípio da ampla defesa.⁹⁵

2.3. O Contraditório no Inquérito Policial

Como visto anteriormente, o inquérito policial, desde o seu advento, é considerado pela doutrina majoritária como peça meramente informativa, ou seja, a sua meta é: a apuração das infrações penais e sua autoria.

Por força dessa interpretação, posiciona-se a maioria da doutrina no sentido de que não se aplica à fase investigatória a garantia do contraditório e da

⁹³ DÓRO, Tereza. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Campinas: Copola, 1999, p. 129.

⁹⁴ SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁹⁵ JUNIOR, Miguel Reali. **V Conferência dos Advogados do Distrito Federal**. Superior Tribunal de Justiça, dias 09, 10 e 11 de agosto de 2005. Brasília – DF.

ampla defesa.

O inquérito policial não é processo judicial, pois não tem o poder decisório, apenas no âmbito administrativo essa, assim entendida, reúne elementos de prova para uma conclusão definitiva pelo poder judiciário.

Ada Pellegrini Grinover e Araújo Cintra & Dinamarco, ao indagarem que, no inquérito policial, possa haver litigantes, explicam que ao falar de inquérito policial, o que não pode ser negado é que nele (inquérito policial) há um conflito de interesses, ou seja, uma lide.⁹⁶

Em contrapartida, Francesco Carnelutti, ao tratar do tema, ressalta:

Não acredito que esse conflito de interesses possa ser qualificado como uma lide a ponto de exigir-se a atividade contraditória das partes no inquérito policial. Assim, deixo bem claro que litígio há, somente, quando há pretensão e resistência.⁹⁷

Mas, uma coisa é um procedimento animado pelo contraditório; outra é o exercício do contraditório para validar-se um ato já realizado. Quando existe um procedimento sob o pálio do contraditório, há também uma relação jurídica processual, ou seja, procedimento em contraditório implica ciência e participação em todos os atos que venham a influir na decisão do juiz.⁹⁸

Assim, Fauzi Hassan menciona:

O contraditório deve embasar todos os procedimentos que impliquem o exercício da jurisdição. Portanto, a participação pura e simples do indiciado na coleta de determinados dados não implica na existência de um contraditório no inquérito. A razão de ser do contraditório, em apertada síntese, está espelhada na garantia de ciência e participação das partes bem como na garantia do exercício de uma jurisdição adequada para o caso em concreto, baseada naquela participação, para que essa jurisdição, que é o ato em que se compõe o litígio, coadune-se com os fatos ocorridos. E a razão de ser do inquérito é a coleta de dados suficientes para a formação do convencimento do acusador, a fim de que esse formule o seu pedido. O inquérito policial, na minha visão, nada mais é do que procedimento que deságua na denúncia do promotor ou na queixa do ofendido, não ensejando ato estatal de poder que afete diretamente a esfera jurídica do indivíduo, ou seja, o inquérito policial não está diretamente destinado ao exercício da jurisdição. Diante do exposto, não se pode, por meio de uma interpretação restrita do art. 5º, LV, sustentar a inserção do contraditório em todos os atos do inquérito, como um princípio que deva informar a atividade inquisitorial

⁹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos do Processo Penal**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 180.

⁹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos do Processo Penal**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p.182.

⁹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos do Processo Penal**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 182.

como um todo, em nível de exigir-se a ciência e participação em todos os atos realizados pela autoridade policial.⁹⁹

Por conseguinte, Magalhães Gomes Filho raciocina:

Mas como a intervenção da acusação e da defesa é praticamente impossível nessa fase (do inquérito), em especial se considerada a rotina da atividade policial, que certamente a transformaria numa mera formalidade, a solução que se vê, para o atendimento da garantia do contraditório, seria a impossibilidade de utilização dos dados obtidos nessa fase inquisitorial como prova ou, pelo menos, a preservação de requisitos mínimos para que pudessem ser aproveitados para a formação do convencimento judicial.¹⁰⁰

Interessante citar, ainda, o julgamento do HC 82.354/STF, da relatoria do Ministro Pertence, assim ementado, na parte que interessa:

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. 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.¹⁰¹

No inquérito policial não existe acusação nessa fase, se fala em indiciado e por isso também não há defesa. Mas, evidente, que os direitos fundamentais do indiciado não de ser plenamente tutelados no inquérito.

2.4. Inquérito Policial e Direito de Defesa

O Estado Democrático de Direito carrega como marca significativa no seu

⁹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos do Processo Penal**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 184-185.

¹⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos do Processo Penal**. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 185.

¹⁰¹ BRASIL, **Superior Tribunal Federal**. (Habeas Corpus nº 82354, Relator: Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24-09-2004 PP-00042 EMENT VOL-02165-01 PP-00029 RTJ VOL-00191-02 PP-00547). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA)> Acessado em: 30 abril de 2010.

ordenamento jurídico a presença dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O direito de defender-se contra toda imputação é um dos direitos fundamentais do homem. Assim é que a Constituição Federal assegura em seu art. 5º, inciso LIV e LV, entre outras garantias constitucionais:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.¹⁰²

Portanto, a lei não pode validamente impor todas as exceções que o legislador considerar convenientes para proteção do que entenda cabível nesse amplo e indeterminado conceito, o denominado interesse público. Como garantia constitucional, o direito ao contraditório e á ampla defesa somente comporta as exceções estritamente necessárias à preservação de outros princípios igualmente importantes.¹⁰³

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados do moderno Processo Penal.

Desse modo, explica Guarnieri: “La defensa en el período instructório es indudable que presenta defectos, pero sus ventajas son mucho mayores y no sirven para obscurecerlas lãs objeciones de sus enemigos.”¹⁰⁴

Nesse mesmo contexto, Gómez de La Serna revela: “Ningún derecho es más natural, ninguno es más sagrado que el de la defensa”.¹⁰⁵

Destarte, defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados,

¹⁰² BRASIL. Art. 5º, incisos LIV e LV. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 9 ed. . atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.10.

¹⁰³ MACHADO, Hugo de Brito. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 21, 2004, p. 71.

¹⁰⁴ Apud JR, Aury Lopes. Direito de Defesa e Acesso do Advogado aos Autos do Inquérito Policial: Uma (des) construção jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, 2003, p. 387.

¹⁰⁵ Apud JR, Aury Lopes. Direito de Defesa e Acesso do Advogado aos Autos do Inquérito Policial: Uma (des) construção jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, 2003, p. 387. p. 386.

porquanto é do contraditório que brota o exercício da defesa: mas é esta- como poder correlato ao da ação que garante o contraditório. Assim, a defesa, consoante revela Pellegrini Grinover, garante o contraditório, mas também por este manifesta-se e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.¹⁰⁶

A defesa pode ser enfocada ora como direito em si mesmo considerado, ora como garantia do exercício de outro direito, visto que é intimamente relacionada à liberdade, interesse individual.¹⁰⁷

O inquérito policial, assim como as demais formas de persecução penal preliminar ou prévia, é fase procedimental, encarregada de significado e importância, uma vez que, nesse momento, pode-se observar a obtenção de meios de provas com atos que não mais se repetem.

A evidente garantia de defesa efetiva do acusado deve ser observada quando esta realmente importa, ou seja, deve estender-se até o inquérito policial. Nesse sentido, a autodefesa se torna insuficiente nesta situação, uma vez que se faz necessário contar com a efetiva assistência de advogado, zeloso e competente.

Desse modo, salienta Rogério Lauria Tucci:

Do ponto de vista da sociedade, cujo fim último é a paz social, e como tal interessada apenas na condenação do sujeito efetivamente culpado, deve-se notar que o exercício do direito de defesa por parte do indiciado e a própria atuação do defensor, no inquérito policial, pode contribuir para que não sejam acusações infundadas, apressadas, temerárias e até caluniosas. [grifo nosso].¹⁰⁸

A defesa se exerce tanto no âmbito do processo penal como no âmbito do processo civil. Desse modo, se admitindo sem qualquer restrição o direito de defesa, não se teria cabimento as medidas preventivas ou de urgência tanto no processo penal como no processo civil. Em contrapartida, em matéria penal, certamente em atenção ao valor atribuído à liberdade, a amplitude do direito de defesa é maior e

¹⁰⁶ Apud JR, Aury Lopes. Direito de Defesa e Acesso do Advogado aos Autos do Inquérito Policial: Uma (des) construção jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, 2003, p. 386.

¹⁰⁷ SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 207.

¹⁰⁸ Apud SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

suas limitações mais excepcionais.¹⁰⁹

2.5. Ação Penal e Direito de Defesa

A ação penal é a forma como o Estado-Juiz se manifestará frente aos interesses das partes a fim de que lhes dêem o direito e a justiça que fazem jus. Neste aspecto leciona Fernando da Costa Tourinho Filho que, “havendo violação de qualquer direito individual, cabe ao Poder Judiciário apreciá-la. E nem mesmo a Lei pode impedir que o cidadão se dirija ao Poder Judiciário”.¹¹⁰

Nesse sentido pode-se afirmar que a ação penal é a atividade que impulsiona a jurisdição penal, e esta ação se materializa no processo penal. Não obstante essa conceituação tem-se por importante afirmar que essa jurisdição é exercida pelo juiz, o qual investido no poder do Estado e por meio do processo exerce a atividade jurisdicional.

Com efeito, pelo fato do inquérito policial ser procedimento investigatório, as provas são colhidas sem que a cogitação de contraditório, ou seja, os depoimentos são tomados apenas com perguntas formuladas pela autoridade policial.

Nessa fase procedimental o acusado pode ser assistido por seu patrono, consoante o entendimento do STJ. Em todo caso, embora a presença do advogado não seja obrigatória, como ocorre na ação penal, tal presença não pode ser proibida.

A preservação das diligências a fim de que essas não sejam frustradas se o defensor do acusado tiver ciência das mesmas, é um dos argumentos para impedir que o advogado tenha acesso aos autos do inquérito policial. Um exemplo é o caso

¹⁰⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 21, 2004, p. 79.

¹¹⁰ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p, 111.

da escuta telefônica.¹¹¹

Quando concluso o inquérito a autoridade policial lavrar seu relatório, mencionando todas as diligências realizadas no decorrer do procedimento e relatando sua opinião sobre o que foi apurado. Mas, como titular da ação penal, o membro do Ministério Público não se vincula às conclusões da autoridade policial, devendo avaliar os elementos colhidos no inquérito e decidir por três alternativas possíveis: a) oferecer a denúncia; b) devolver os autos para a autoridade policial para que esta promova novas diligências; c) ou pedir o arquivamento do inquérito.

Para alguns doutrinadores, mesmo que se admita a validade do recebimento da denúncia sem oportunidade de defesa prévia para o acusado, é inegável que este possa oferecer no juízo de admissibilidade razões destinadas ao convencimento de não receber-la.¹¹²

¹¹¹. FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

¹¹² MACHADO, Hugo de Brito. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. Processual. São Paulo, 2004, p. 79.

3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade revela-se numa preciosa garantia do indivíduo e da sociedade no tocante ao exercício da jurisdição. A publicidade permite, de fato, a transparência da atividade jurisdicional, evitando-se excessos ou arbitrariedades no decorrer do processo, que, em regra, poderá ser fiscalizado pelos cidadãos a qualquer tempo, que em regra devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredo e sem sigilo. Dessa forma o presente capítulo versará sobre: O princípio da publicidade na fase inquisitiva, o sigilo do inquérito policial oponível ao advogado, entendimentos jurisprudencial acerca do caso concreto, bem como decisões proferidas com fucro na importância do inquérito policial.

3.1. O princípio da publicidade na fase inquisitiva

Antigamente, os processos eram secretos. Nem o próprio réu tinha conhecimento da acusação, tampouco presenciava os atos processuais ou consultava os autos do processo.¹¹³

O liberalismo insurgiu-se contra esse estado de coisas e passou a exigir um julgamento público como forma de democratizar a justiça e evitar arbitrariedades. Entretanto, atualmente verifica-se uma forte influência dos meios de comunicação que conduzem sobremaneira os julgamentos, realizados pelo Tribunal do Júri, por exemplo, em casos de repercussão.¹¹⁴

Porém, prevaleceu na maioria das legislações, a publicidade dos julgamentos, especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, cujo art. 10 prevê o direito do réu de ser julgado, e do Pacto

¹¹³ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006, p. 125.

¹¹⁴ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125.

Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que em seu art. 14 dispõe o direito de o réu ser julgado publicamente.¹¹⁵

A Constituição Federal da mesma forma que garante o interesse público e ressalta o direito da sociedade de ter informação sobre atos procedimentais, em contrapartida, também determina a inviolabilidade da intimidade de cada um.

Da mesma forma, estabelece o art. 5º, inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.”¹¹⁶

Não obstante, conforme já mensurados, os artigos 93, inciso IX, e 5º, inciso XXXIII estabelecem respectivamente:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, **se o interesse público** o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes e todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. [grifo nosso]¹¹⁷

“Interesse público” significa dizer defesa da intimidade ou interesse social, visto que a publicidade é uma garantia fundamental do cidadão. Observam-se, então, outras relevâncias: a norma examinada não autoriza que o julgamento seja inteiramente sigiloso, bem como a existência da contradição entre a restrição da publicidade para as partes processuais e o devido processo legal, o qual assegura sua presença a todos os atos do processo como um consectário lógico de ampla defesa e da autodefesa.¹¹⁸

Há quem observe que o fundamento do princípio da publicidade refere-se

¹¹⁵ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125.

¹¹⁶ BRASIL. Art. 5º, inciso LX, e art. 93, inciso IX. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 9 ed. . ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.10 – 37.

¹¹⁷ BRASIL. Art. 5º, inciso XXXIII, e Art. 93, inciso IX. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9 – 37

¹¹⁸ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 127.

a atos judiciais, não atingindo o inquérito policial, que é providência administrativa.¹¹⁹
Todavia, Álvaro Lazzarini se manifesta ao contrário:

Ainda na questão do inquérito policial, tem sido cada vez mais preocupante o desprezo com que a Polícia vem tratando o sigilo da apuração, previsto no art. 20 do CPP. O indiciamento passou a ter a conotação de uma condenação pública. O reconhecimento posterior da inocência afirmado pelo Judiciário não tem mais repercussão, é incapaz de apagar da memória a condenação policial anterior. O indiciamento marca a pessoa com cicatriz que nenhuma sentença absolutória tem o poder plástico de apagar de sua alma e de seu nome. **Pelo erro policial, permanece impune o julgador sem toga.** O inocente, assim reconhecido pelo julgador togado, não recebe, pela lesão sofrida, nenhuma reparação moral ou material por parte do Estado. Se a Constituição garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, estabelece-se a presunção de inocência até o julgamento final do processo, é indispensável que seja cumprida. O indiciamento, por exemplo, é um ato sem previsão expressa em lei, e a Polícia criou um cerimonial que só objetiva humilhar a pessoa e invadir seu mundo íntimo. [grifo nosso]¹²⁰

A publicidade dos atos investigatórios é tão grave que expõe até a pessoa do investigado, os autos do inquérito são sigilosos para proteger inclusive o investigado, que sem tal proteção, pode uma publicidade enganosa, ou mesmo a mídia expor um inocente, como culpado, levando a sociedade a acusá-lo e degradando sua imagem.

3.2. O sigilo do inquérito policial é oponível ao advogado?

O inquérito policial poderá ocorrer por determinação da autoridade policial ou judicial, a pedido do MP ou da defesa do investigado, atrelado à necessidade de sua aplicação ao caso concreto. A determinação do sigilo será feita através de despacho das referidas autoridades e serão os autos identificados como sigilosos.

Uma vez decretado o sigilo, afasta-se o acesso aos autos de terceiros estranhos aos fatos a serem investigados, ocasião em que o acesso do advogado aos autos pode se tornar restrito. No caso de “sigilo interno” o advogado do

¹¹⁹ DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 127.

¹²⁰ Apud DÓRO, Tereza. **Princípios no Processo Penal Brasileiro.** 1. ed. Campinas: Copola, 1999, p. 54-55.

investigado irá tomar conhecimento das diligências reputadas sigilosas somente após a realização das mesmas, razão de sua temporariedade em face ao investigado; entretanto, permanece em face de terceiros estranhos aos fatos. O acesso aos autos pelo defensor é amplo, mas aos atos investigatórios é limitado, não se estendendo nenhuma restrição de acesso ao MP ou ao juízo.¹²¹

O sigilo do inquérito policial deve coexistir harmoniosamente com os direitos fundamentais consagrados. Portanto, o sigilo do inquérito policial não vale diante do advogado. Tal afirmação tem relevância no art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, correspondente ao Estatuto da Advocacia.¹²²

O inquérito policial, embora alguns doutrinadores o compreendam como um procedimento sigiloso, para outros essa recíproca não é verdadeira. A razão dos pensamentos difusos é o fato do art. 20 do Código de Processo Penal divergir com o art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, o qual corrobora o direito do advogado de examinar em qualquer repartição policial sem procuração, os autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos. Para Hugo de Brito Machado, o legislador, pretendeu, no referido dispositivo do Estatuto dos Advogados, assegurar o direito ao contraditório e o direito a ampla defesa, expressamente constituído na Constituição Federal.¹²³

O art. 20 do CPP, como já mensurado, relata o sigilo do inquérito policial como necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.¹²⁴

Porém, é inadmissível que o advogado tenha o acesso negado aos autos de inquérito policial pelo motivo de que se trata de procedimento investigatório de índole inquisitória. Não se pode admitir a restrição a este direito do advogado, haja

¹²¹ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. Sigilo interno e externo na investigação criminal. BOLETIM IBCCRIM. A 15. N. 117. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, agosto. 2003, p.12-13.

¹²² Distrito Federal. LEI 8.906/94, de 04 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil** – OAB. DOU de 05. 07. 1994.

¹²³ MACHADO, Hugo de Brito. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 21, 2004, p. 70.

¹²⁴ BRASIL. Art. 20. **VADE MECUM**. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. . ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.

vista que esta profissional é um instrumento de garantia da liberdade.¹²⁵

Contudo, as opiniões são distintas: Sergio Demoro Hamilton manifesta-se nitidamente a favor da tese restritiva do advogado em ter acesso aos autos do inquérito policial. Para o autor:

A tese de que o advogado não pode ter acesso aos autos do inquérito policial corrobora-se pelo próprio o art. 7º, inciso XVI, da Lei 8.906/94, assim, o risco que a investigação poderá correr é lógico, vez que as peças do inquérito policial, ao se tornarem públicas, podem chegar às mãos inescrupulosas. E quanto à publicidade, ressalva-se um argumento falacioso que costuma ser usado para defendê-la no inquérito policial: o próprio art. 5º, LV, da Constituição Federal. Assim, não restam dúvidas de que o inquérito policial seja um processo administrativo, porém revestido de peculiaridades que o distinguem dos demais procedimentos administrativos. Não há litígio no inquérito policial, nem acusação; o inquérito policial não se dirige contra o indiciado; este responde, apenas, a uma investigação; e por tal razão, não há que falar em acusado, ou réu, mas em mero indiciado.¹²⁶

O mesmo raciocínio possui Aury Lopes Junior:

O inquérito policial é um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime Dessa forma, deve prevalecer o interesse público sobre o privado. Ademais, é necessário restringir a publicidade das investigações sob pena de o procedimento investigatório se tornar inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social. [grifo nosso]¹²⁷

Em contrapartida, Renato de Oliveira Furtado cita o Juiz da Suprema Corte Norte- Americana, Hugo L. Black, para argumentar contrariamente em relação à opinião de Sergio Demoro Hamilton e Aury Lopes Junior, demonstrando ser contra a tese restritiva do acesso do advogado aos autos do inquérito policial, quando essa peça estiver sob sigilo judicial.

De acordo com Furtado, Black faz a seguinte pergunta: “Onde é que existe algo na Constituição que diga que, embora um homem tenha o direito a um advogado por ocasião, não possa ele ter esse direito na primeira vez em que precise

¹²⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 21, 2004, p. 71.

¹²⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. **Réquiem para o sigilo no Inquérito Policial**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004, p. 116-117.

¹²⁷ JR, Aury Lopes. **Direito de Defesa e Acesso do Advogado aos Autos do Inquérito Policial: Uma (des) construção jurisprudencial**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, 2003, p. 379.

dessa ajuda?”. [grifo nosso].¹²⁸

E, nesse raciocínio, Furtado considera essa “primeira vez” o inquérito policial brasileiro, pois é ele o primeiro momento em que todas as forças do Estado se preparam para a punição do investigado.¹²⁹

Furtado também cita Ada Pellegrini:

Impedir ao investigado, no primeiro e crucial momento em que este se vê nas malhas da justiça brasileira, o direito a ampla defesa e ao contraditório, é conceder-se maiores privilégios à sociedade de que ao indivíduo, é destruir a contraposição dialética entre acusação e defesa, contraposição dialética esta que é garantia de imparcialidade da jurisdição. [grifo nosso]¹³⁰

Então, caso o procedimento jurisdicionalmente garantido nasça da denúncia e esta, por sua vez, se baseia no inquérito policial, a conexão entre estas fases se mostra evidente, afirmando que as árvores penais, abeberando suas raízes em fontes contaminadas, viciarão todos os seus frutos.¹³¹ Desse modo, a jurisprudência, ao informar que vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal, face ao novo princípio constitucional vigente. Deve ser revista.

Portanto, para Furtado:

O Código de Processo Penal, como Lei Menor perante a Constituição Federal, a esta deverá se coadunar; com esta deverá manter relação de compatibilidade vertical, sob pena de ilógica e afrontosa inconstitucionalidade.¹³²

Diante disso, torna-se oportuna uma revisão do Código de Processo Penal, como mesmo revela Tourinho Filho: “A fim de que não venhamos a sentir o amargo de semelhante constatação e nem reservemos à Lei das Leis o mesmo

¹²⁸ Apud FURTADO, Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990, p. 300.

¹²⁹ FURTADO, Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990, p. 300.

¹³⁰ Apud FURTADO, Renato de Oliveira. Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990, p. 300.

¹³¹ FURTADO, Renato de Oliveira. Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990, p. 301.

¹³² Apud FURTADO, Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990, p. 301.

destino das folhas mirradas e ressequidas das estações outonais”.¹³³

No mesmo raciocínio, Eneida Taguary, e Arnaldo Siqueira, Lima argumentam:

O teor do art. 20 do CPP precisa ser revigorado por Lei nova, que traga interpretação coerente e harmônica entre o direito individual do preso e o interesse social, porque da forma como está, não há que se falar, na prática, em sigilo no inquérito policial.¹³⁴

Apesar do art. 20 do CPP fundamentar o sigilo do inquérito policial, este sigilo não se prolonga ao advogado que poderá compulsar os autos de inquérito policial a qualquer tempo; sendo este direito assegurado pelo art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94.¹³⁵

Portanto, é assim que entendem todos os que se aplicam, à interpretação do art. 133 da Constituição federal de 1998:” O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da lei”.¹³⁶

O mesmo seja dito quando a Lei 8.906/94, em seu art. 7º, estabelece os direitos do advogado entre os quais, os constantes dos incisos I, XIV e XV:

I – exercer, com liberdade, a profissão em todo território nacional; **XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;** XV – ter vistas de processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais. [grifo nosso]¹³⁷

O advogado que tem seu acesso negado aos autos do inquérito policial, não pode simplesmente aceitar a restrição. E não lhe é facultado o conformismo, porque a sua responsabilidade com a defesa do direito que lhe foi confiado pelo

¹³³ Apud FURTADO, Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990, p. 302.

¹³⁴ TAGUARY, Eneida Orbage de Brito; LIMA, Arnaldo Siqueira de. **Temas de Direito Penal & Direito Processual Penal**. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 102.

¹³⁵ DAOUN, Alexandre Jean. **Resumo Jurídico de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.26.

¹³⁶ BRASIL. Art. 133. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

¹³⁷ Distrito Federal. LEI 8.906/94, de 04 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. DOU de 05. 07. 1994.

cliente está acima de sua própria autonomia.

Dessa forma, o advogado não pode ser aliado da defesa do seu constituinte. Deve exercê-la integralmente, desde o inquérito ou a sua condução. E como fará isso se lhe objetam a vista aos autos ao universo da atuação profissional do advogado?

3.3. Entendimento Jurisprudencial acerca do caso concreto: STJ e STF

As divergências não são apenas doutrinárias, mas também jurisprudencial acerca ao sigilo do inquérito policial, bem como o fato do advogado ter ou não acesso aos autos.

O Superior Tribunal de Justiça alegou por meio do Habeas Corpus nº. 23422/SP que os autos de inquérito policial, que têm seu sigilo decretado pelo juiz, deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso não podem ser examinados pelos advogados quando não demonstrada nenhuma medida que vise à restrição da liberdade ou do patrimônio dos constituintes. A restrição em relação à vista dos autos se aplica somente ao inquérito, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial, porém, sendo imprescindível, no caso, para o desenvolvimento das investigações.¹³⁸

Nesse sentido, observa-se:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE ACESSO AOS AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, QUE CORRE EM APARTADO DOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO DAS DILIGÊNCIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSO E DESTA CORTE.

1. A teor do entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, mesmo na hipótese de decretação de sigilo, afigura-se possível o acesso do investigado ou de seu advogado constituído aos autos do inquérito policial.

¹³⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Ementa: [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 10 Fev. 2009. DJ de 30 de março de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sigilo+do+inquerito+policial&&b=ACOR&p=trude&t=&l=10&i=16>> Acesso em: 05 de maio de 2010.

2. Há de se ressaltar, porém, que o acesso conferido ao investigado ou aos seus causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, "à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso." (HC n.º 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004).

3. No presente caso, o Recorrente pretende, justamente, obter vista dos autos da interceptação telefônica em curso, que corre em apartado dos autos do inquérito policial, com a possibilidade, inclusive, de obtenção de cópias reprográficas, o que não se afigura possível, não havendo, assim, que se falar em cerceamento de defesa.

4. Recurso desprovido.

Em contrapartida, o STF em sua súmula vinculante n.º 14 determinou:

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.¹³⁹

Conforme uma das decisões reiteradas que determinou a criação da mencionada súmula vinculante, a 1ª Turma do STF em decisão unânime determinou, no dia 10 de agosto de 2004, que a proibição de vista integral dos autos de inquérito viola os direitos do investigado. O voto condutor da decisão tomada no julgamento do *Habeas Corpus* n.º. 82.534 foi do Ministro Sepúlveda Pertence.¹⁴⁰

A defesa do ora acusado, realizada pelo advogado Alberto Toron, havia tentado, sem sucesso, obter o direito de acesso aos autos de inquérito em trâmite no departamento de Polícia Federal em Foz do Iguaçu – Paraná. O pedido foi negado pela primeira e segunda instância, bem como pelo Superior Tribunal Justiça, conforme já mensurado.¹⁴¹

O Supremo Tribunal Federal afirmou que impedir o advogado de ter

¹³⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERA. Sessão Plenária de 02 de Fev. de 2009. Súmula vinculante n.º 14. Brasília/DF, DJE n.º 26, p.1 em 09 de Fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em: 05 de maio de 2010.

¹⁴⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

¹⁴¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Gilson Dipp. Brasília, DF, 03 dez. 2002. DJ de 17 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em 05 de maio de 2010.

acesso aos autos do inquérito e a cópias reprográficas viola os direitos constitucionais da ampla defesa do réu e a prerrogativa profissional da advocacia. Ao deferir o *Habeas Corpus*, o Ministro Sepúlveda Pertence apontou a prerrogativa do advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial regulada pelo art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia.

O magistrado entendeu ser direito do advogado, examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo a defesa do acusado copiar peças e fazer anotações.

Nesse sentido, Sepúlveda Pertence concluiu:

O advogado do indiciado em inquérito policial, titular do direito de acesso aos autos respectivos – que, na verdade, é prerrogativa de seu mister profissional em favor das garantias do constituinte -, não é oponível o sigilo que se imponha ao procedimento.¹⁴²

O Ministro também argumentou que o sigilo decretado no inquérito se justificaria apenas quando o advogado não apresentasse procuração do acusado, provando que o está defendendo. Assim, o Ministro-relator deferiu o *Habeas Corpus* para que a defesa consultasse os autos do inquérito policial e obtivesse as cópias que lhes fossem interessantes, antes da data de inquirição do investigado.¹⁴³

Já na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº. 86.059-1-Paraná, o qual foi impetrado contra o indeferimento de liminar em remédio idêntico no STJ, salientou-se que a questão em exame:

Põe em evidência uma situação que não pode ocorrer, nem continuar ocorrendo, pois a tramitação de procedimento investigatório em regime de sigilo, ainda que se cuide de hipótese de repressão à criminalidade organizada (Lei 9.034/95, art. 3º, parágrafo 3º), não constitui situação legitimamente oponível ao direito de acesso aos autos de inquérito policial, pelo indiciado, por meio do advogado que haja constituído sob pena de inqualificável transgressão aos direitos do próprio indiciado e às prerrogativas profissionais de seu defensor técnico, especialmente se

¹⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

¹⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

considerar o que dispõe o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) em seu artigo 7º, incisos XIII e XIV.¹⁴⁴

Ainda no Supremo Tribunal Federal, observou-se outra decisão do Ministro Celso de Mello, concedendo liminar em mandado de segurança, impetrado pela OAB-DF, assegurando as prerrogativas dos advogados quando atuam nas famigeradas Comissões Parlamentares Inquéritos. Naquela oportunidade, destacou-se:

Assiste ao advogado a prerrogativa - que lhe é dada por força e autoridade da lei - de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do "múnus" de que se acha incumbido, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional. O advogado - ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação (Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário), ao advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas - legais ou constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, a prerrogativa contra a auto-incriminação e o direito de não ser tratado, pelas autoridades públicas, como se culpado fosse, observando-se, desse modo, mesmo tratando-se de procedimento de acareação, diretriz consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁵

Ressalta-se, porquanto, que a Ordem dos Advogados do Brasil se encontra atenta à escalada contra os direitos e garantias individuais e, particularmente, contra as prerrogativas profissionais; e ademais, tem tomado medidas contra os abusos, impetrando *Habeas Corpus*, ou mandados de segurança e, agora, representando ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público que parecem ser as alternativas mais eficazes não apenas para cortar abusos, mas para instituir procedimentos que antes ainda os impedião. Porém, o que realmente importa é: as pessoas devem se interessar pelo significado

¹⁴⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2005. Disponível em: <<http://paranaonline.com.br/canal/direitoejustica/news/128477/?noticia=STF+SIGILO+NAO+IMPEDE+ACESSO+DE+ADVOGADO+A+INQUERITO+POLICIA>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

¹⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2005. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(98756.NUME.%20OU%2098756.DMS.\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(98756.NUME.%20OU%2098756.DMS.)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

do respeito aos direitos e garantias individuais como limite da atividade punitiva estatal.

Não obstante, é necessário evidenciar o Informativo nº. 424 do Supremo Tribunal Federal, do dia 24 a 28 de abril de 2006, sob o título: "Inquérito Policial e Direito de Vista".¹⁴⁶

O *Habeas Corpus* nº. 87827/RJ teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence e foi concedido, de ofício, pela Turma. Impetrado contra decisão que indeferiu liminar em idêntica medida impetrada no STJ, o referido *Habeas Corpus* visava assegurar aos advogados dos pacientes o acesso aos autos de inquérito policial em que se apuram desvios de óleo na Baía de Guanabara.¹⁴⁷

No caso concreto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Federal, impediu o direito de acesso aos autos do inquérito policial, obtido pela defesa dos acusados perante o juízo de 1º grau, e contra esse acórdão, a defesa ajuizou o referido pedido no Superior Tribunal de Justiça, que manteve o óbice.¹⁴⁸

O citado *Habeas Corpus* foi julgado, primeiramente, como prejudicado em razão do superveniente julgamento do seu mérito. Entendeu-se que, ao advogado do indiciado, em inquérito policial, titular do direito de acesso aos autos respectivos, não é oponível o sigilo que se imponha ao procedimento. Ressaltou-se, ainda, que a Lei 8.906/94 prestigia a prerrogativa do defensor contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito.¹⁴⁹ Desse modo, verificou-se que o inciso XIV do art. 7º da Lei 8.906/94 não faz nenhuma distinção entre inquéritos sigilosos e não

¹⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp> Acesso em 09 de maio de 2010.

¹⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp> Acesso em 09 de maio de 2010.

¹⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp> Acesso em 09 de maio de 2010.

¹⁴⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp> Acesso em 09 de maio de 2010.

sigilosos. Afirmou-se, também, que tal oponibilidade esvaziaria a garantia prevista no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, a qual assegura ao o preso que este será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; a qual também se estende ao indiciado solto.¹⁵⁰

O *Habeas Corpus* deferido, de ofício, para os advogados constituídos pelo paciente, permitiu seus acessos aos autos do inquérito policial, bem como a obtenção de cópias pertinentes, ressalvando que não houve obrigação de comunicação prévia à defesa sobre diligências que estivessem, ainda, sendo efetuadas. O Precedente citado para a referida decisão foi o HC 82354/PR, publicado no DJU de 24 de setembro de 2004.¹⁵¹

3.4. Decisões proferidas com fulcro na importância do inquérito policial

Em que pese o teor do presente trabalho, importante citar algumas decisões proferidas por Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. A referida pesquisa traz à tona a observação: grande parte dos ilustres operadores do direito se baseia nos autos do inquérito policial para proferir suas sentenças.

De acordo com a decisão proferida pelo Desembargador Getúlio Pinheiro, no dia 02 de março de 2004, o Dr. Antônio José Mendes Santos, advogado inscrito na OAB-DF sob o nº. 3.401, impetrou ordem de *Habeas Corpus* com pedido de liminar em favor de Sebastião Pereira da Silva Filho, que se encontrava, naquela ocasião, recolhido no Centro de Polícia Especializada por força de prisão preventiva, decretada pelo presidente do Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária de

¹⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp>>. Acesso em 09 de maio de 2010.

¹⁵¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp>>. Acesso em 09 de maio de 2010.

Samambaia.¹⁵²

O crime cometido tratava-se de tentativa de homicídio qualificado.¹⁵³ Assim, o impetrante alegou a inexistência de justa causa para sua segregação cautelar, uma vez que era trabalhador, sem antecedentes criminais, com residência fixa e sempre compareceu espontaneamente à presença da autoridade policial quando convocado, e de acordo com o relatório do inquérito policial encaminhado ao juízo, o delegado representou pela prisão preventiva do indiciado, afirmando que o crime cometido pelo ora paciente foi grave e o clamor público repercutiu na comunidade local. Ademais, a população se sentia, na ocasião, sem paz, requerendo a retirada do criminoso do meio social.¹⁵⁴

Nesse sentido, o promotor de justiça, ao oferecer a denúncia, requereu a prisão preventiva do paciente com fulcro no art. 312 do CPP, ou seja, para garantir a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. O *parquet* afirmou que consoante os depoimentos publicados nos autos do inquérito policial, se verificou indícios suficientes da autoria e materialidade do crime, diante do relato das testemunhas inquiridas pela autoridade policial.¹⁵⁵ Certamente a prisão preventiva deve ser sempre motivada - art. 315 do CPP - e consoante dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.¹⁵⁶

Desse modo, o Desembargador Getúlio, com fulcro nos artigos 311, 312 e

¹⁵² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁵³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁵⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁵⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁵⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

313 todos do CPP, acolheu a representação da autoridade policial e decretou a prisão preventiva do impetrante, por medida de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

Não obstante, consta da referida decisão que havia evidências de que o indiciado, após o ato ilícito, ameaçou a vítima, dizendo que iria acabar de fazer o serviço. O Desembargador Getúlio afirmou que o criminoso era de alta periculosidade, dada à violência do crime e, desse modo, em liberdade, o sujeito poderia voltar a delinquir, estimulado pela falsa sensação de impunidade. Além disso, o ora criminoso, em liberdade, poderia até mesmo dificultar ou inviabilizar a ação da justiça.¹⁵⁷

O inquérito policial, portanto, foi o fundamento da própria decisão, pois o Desembargador demonstrou que nele encontrava-se evidenciada a periculosidade do ora indiciado em questão, bem como esclareceu os indícios necessários para prendê-lo preventivamente.

Outra importante decisão foi da 1º Turma Criminal do TJDFT no processo nº. 2006 00 2 001 123-1, do dia 09 de fevereiro de 2006. O voto condutor da decisão foi do Desembargador Mário Machado.¹⁵⁸

O Desembargador Mário afirmou que a liminar em *Habeas Corpus* não tem previsão legal, pois é uma criação da jurisprudência para casos em que a urgência, necessidade e relevância da impetração se mostrem de forma indiscutível na própria inicial e nos elementos probatórios que a acompanhem. Desse modo, o Desembargador não verificou esses pressupostos no caso concreto em questão.¹⁵⁹

¹⁵⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2006.

¹⁵⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2006.

¹⁵⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso es/despacho_deciso es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

O paciente Henrique Ferreira de Sousa Rocha foi apontado como suspeito de participação no crime de homicídio qualificado, e a decisão que decretou a sua prisão temporária se fundamentou no artigo 1º, incisos I e III, da Lei nº. 7.960/89 c/c o artigo 2º, § 3º, da Lei nº. 8.072/90.¹⁶⁰

Ademais, consta como motivação para o crime em tela o conflito entre traficantes na região “Chaparral” na cidade satélite de Taguatinga, sendo indicado o paciente como integrante de uma das facções. Desse modo o Desembargador Mário indeferiu a liminar.¹⁶¹ Segundo a citada decisão proferida pelo Desembargador, caberá requerimento para prisão temporária quando imprescindível para o teor das investigações em sede de inquérito policial.¹⁶²

Para melhor compreensão, outra importante pesquisa acerca do assunto foi a decisão de Cláudio Lemos Fonteles, na ocasião, Subprocurador Geral da República, no processo 08100.006625/99-63, do dia 21 de setembro de 1999, cuja ementa era: Investigação Criminal: Sigilo. Normas do Estatuto do Advogado e da Legislação Processual Penal.¹⁶³

Na referida decisão, Cláudio Lemos Fonteles ao analisar o teor do artigo 20 do CPP, e do art. 7, inciso XIV, da Lei 8.906-94, afirmou que apesar da autoridade policial assegurar no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, o inciso XIV do artigo 7º do Estatuto do Advogado não contempla a situação do advogado encontrar o inquérito policial sob sigilo. Não se pode exigir, tão simplesmente, que não o fez, porque seu objetivo é estabelecer regra não restritiva do trabalho profissional do advogado, no inquérito policial.¹⁶⁴

¹⁶⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_decisoas/despacho_decisoas.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_decisoas/despacho_decisoas.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_decisoas/despacho_decisoas.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶³ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal.** Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶⁴ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal.** Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

O indiciado é, portanto, sujeito de direitos em toda fase investigatória, e tais direitos inserem-se no âmbito de preservação de sua pessoa, sendo necessário zelar por sua integridade física e psicológica, consoante demonstra o artigo 5º, inciso LXIV da CF, coibindo-se, também, qualquer procedimento tendente à auto-acusação, conforme se verifica no artigo 5º, incisos LXII, e LXIII da CF. Entretanto, como se sabe no inquérito policial preside o inquisitório.¹⁶⁵

Cláudio Lemos Fonteles ressaltou que deve haver um ponto de equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo - princípio da proporcionalidade - pois a formação, ou não, da pretensão punitiva, bem como os dados de exposição que a embasam, é que estarão presentes na denúncia. Ademais, se a lei exigisse o conhecimento prévio do investigado a propósito de interceptação telefônica, não se observaria o ridículo.¹⁶⁶

Desse modo, o Subprocurador Geral da República afirmou existir o princípio da razoabilidade, ou seja, o disposto no inciso XIV, do artigo 7º, do Estatuto do Advogado encontra-se em perfeita harmonia jurídica com o artigo 20, do CPP, e tal equilíbrio se verifica porque, mesmo que sigiloso o inquérito policial, os advogados têm direito de examinar, copiar e tomar apontamentos de peças que digam respeito, exclusivamente, à pessoa do investigado e o mesmo se observa quanto ao auto de prisão em flagrante.¹⁶⁷

Não obstante, referente processo criminal, este não poderá ser sigilo, consoante demonstra o art. 93, inciso IX, da CF. Cláudio Lemos Fonteles ressaltou que o Estado Democrático de Direito se estende ao controle do litigante, baseado no contraditório e na plena defesa, como dispõe o artigo 5º, inciso LV da CF, bem como no *due process of law*, fundamentado no art. artigo 5º, inciso LVI.¹⁶⁸

¹⁶⁵ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal.** Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶⁶ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal.** Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶⁷ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal.** Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁶⁸ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal.** Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

Portanto, para o Subprocurador Geral da República, a interpretação dos incisos XIV e XV do artigo 7º, do Estatuto do Advogado, não deve ser restritiva, uma vez que tal dispositivo não fere o princípio da proporcionalidade no embate jurídico processual penal entre a pessoa e a sociedade.¹⁶⁹

Em decisão publicada em 30 de abril de 2010, o Ministro Joaquim Barbosa, garantiu o acesso aos autos do inquérito policial, desde que, não os de caráter sigiloso, pois, o amplo acesso poderia frustrar o procedimento acusatório.¹⁷⁰

Destarte, o citado ministro, advertiu que a súmula vinculante n.º 14 do Supremo Tribunal Federal, que o caráter sigilo do inquérito policial não é um obstáculo para o acesso do advogado da parte, os já documentados aos autos, pois, o sigilo por sua vez, é necessário para preservar inclusive o indivíduo perante a sociedade.

¹⁶⁹ FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal**. Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

¹⁷⁰ Consultor Jurídico - notícias - 1º de abril de 2010, Ministro Joaquim Barbosa. **O acesso a Inquérito Policial**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-mai-01/joaquim-barbosa-garante-acesso-advogados-inquerito-policial>>. Acesso em: 09 de maio de 2010.

CONCLUSÃO

Os mais diferentes julgamentos e divergências doutrinarias acerca do tema foram verificados. Observou-se, que o inquérito policial, apesar de ser um instrumento através do qual o Estado se defende, é também um procedimento administrativo, uma peça de informação, que a autoridade policial disponibiliza com o intuito de investigar um possível ato ilícito, ao qual não se pode confundir com os princípios processuais, mas sempre respeitando o controle de sua legalidade e os direitos individuais do indiciado.

O artigo 20 do Código de Processo Penal não pode ser interpretado de forma restrita, uma vez que o artigo 7º, inciso XIV, da Lei 8.904/96, traz como prerrogativa do advogado o seu acesso aos autos do inquérito policial, estando ele constituído na causa ou não. Entretanto, o referido dispositivo da lei 8.904/96 não foi interpretado restritivamente pela Suprema Corte na Súmula n.º 14, que admitiu o acesso ao inquérito policial sigiloso para o advogado devidamente constituído na causa.

O sigilo do inquérito, previsto no art. 20 do CPP, não foi revogado pelo art. 7º, inc. XIV, da Lei 8.906/94, continuando ambos a coexistirem, devendo ser interpretados, harmoniosamente, pois, a quebra do sigilo na fase pré-processual, traria prejuízos às diligências ou a própria investigação que poderá ser frustrada.

Destarte, que o inquérito policial é um dos poucos poderes do próprio Estado no combate ao crime. Deve-se prevalecer o interesse público sobre o privado, observando os preceitos constitucionais. Nesse sentido, que surgiu à necessidade de restringir a publicidade do procedimento investigativo, pois, ao se tornarem públicos, tal procedimento pode se tornar inócuo, e acabando por sua vez não se fazendo justiça e sim dando atenção aos interesses da sociedade, que podem prejudicar o próprio indiciado, materialmente e moralmente que pode fazer parecer culpado o mais puro dos inocentes, e a própria sociedade, que busca a paz social, está interessada apenas na condenação do sujeito, e não no julgamento dos fatos.

Assim, a certeza que deve permanecer sobre esse tema é: o sigilo do inquérito não deve se opor ao advogado, haja vista que este profissional é peça importante em todo o procedimento jurídico, mesmo nos processos onde o advogado não é essencial. Como é o caso do processo administrativo disciplinar, previsto na súmula vinculante nº. 5 do STF, e o art. 133 da Constituição federal de 1998.

A solução para o problema, não é impedir que o advogado tenha possibilidade de ver os autos pertinentes a uma determinada pessoa. Tudo que já foi investigado não pode ser subtraído do conhecimento do interessado. O que não se pode conceber é a defesa impedir o andamento normal das investigações, havendo assim, uma harmonia entre o trabalho do delegado e do advogado, para que juntos alcancem os mais sublime dos direitos, a justiça.

Embora, com o entendimento formulado nas doutrinas e principalmente jurisprudenciais, e, ainda não bem claros, ensejando dúvida e questionamentos por parte dos profissionais e estudantes do direito. A autora desse trabalho acredita ter contribuído para repercussão do avanço relacionado ao tema em comento, por acreditar ter alcançado esclarecer que o aparente conflito das normas já mencionadas não existe, pois, o inquérito sob sigilo confunde a sociedade e até mesmo a pessoa investigada. O direito de defesa é, portanto, um direito natural, imprescindível para justo cumprimento da lei.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Processo Criminal Brasileiro**. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: 1920.

ANDRADE E SILVA, Danielle Souza de. **Sigilo interno e externo na investigação criminal**. BOLETIM IBCCRIM. A 15. N. 117. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, agosto. 2003.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito ao Direito II**. 1 ed. Tubarão: Editorial Studium, 2002.

BARBOSA, Avamor Berlanga. **Lições de Prática de Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. **Apostila de Processo Penal**. Brasília, 2005.

BIZZOTO, Alexandre. **Processo Penal Garantista**. 1 ed. Goiânia: AB, 1998.

BRASIL, **Superior Tribunal Federal**. (Habeas Corpus nº 82354, Relator: Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 24-09-2004 PP-00042 EMENT VOL-02165-01 PP-00029 RTJ VOL-00191-02 PP-00547). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA)> Acessado em: 30 abril de 2010.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERA. Sessão Plenária de 02 de Fev. de 2009. Súmula vinculante n.º 14. Brasília/DF, DJE n.º 26, p.1 em 09 de Fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Ementa: [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 10 Fev. 2009. DJ de 30 de março de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sigilo+do+inquerito+policial&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=16>> Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Gilson Dipp. Brasília, DF, 03 dez. 2002. DJ de 17 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Sepúlveda

Pertence. Brasília, DF, 10 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79033&codigoClasse=349&numero=82354&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2005. Disponível em: <<http://paranaonline.com.br/canal/direitoejustica/news/128477/?noticia=STF+SIGILO+NAO+IMPEDE+ACESSO+DE+ADVOGADO+A+INQUERITO+POLICIA>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Ementa: [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(98756.NUME.%20OU%2098756.DMS.\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(98756.NUME.%20OU%2098756.DMS.)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info424.asp>> Acesso em 09 de maio de 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br/servicos/despacho_deciso/es/despacho_deciso.es.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

BRASIL. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Código de Processo Penal**: 1941. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *VADE MECUM*. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. **Constituição Federal**: 1988. 9 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Estudos no Processo Penal**- O mundo à Revelia. 1 ed. Campinas: Agá Júris, 2000.

Consultor Jurídico - notícias - 1º de abril de 2010, Ministro Joaquim Barbosa. **O acesso a Inquérito**

DAOUN, Alexandre Jean. **Resumo Jurídico de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DÓRO, Tereza. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Campinas: Copola, 1999.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo:Saraiva, 2007.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Art. 6º inciso VII. **Código de Processo Penal Comentado**. 6 ed. ver., aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FOCAULT, Michel. **As verdades e as Formas Jurídicas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 12.

FONTELES, Cláudio Lemos. **O sigilo na investigação criminal**. Disponível em: <www.anpr.org.br/boletim/boletim17/sigilo.htm> Acesso em: 09 de maio de 2010.

FURTADO, Renato de Oliveira. **Direito à Assistência de Advogado no Inquérito Policial – Implicações e Conseqüências** (Art. 5º, 63, da CF). Revista Jurídica Mineira. Belo Horizonte, n. 016/87, 1990.

GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito: Procedimento Policial**. 11 ed. Goiânia: AB, 2007.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Réquiem para o sigilo no Inquérito Policial**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004.

JR, Aury Lopes. **Sistemas de Investigação no Inquérito Policial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

JUNIOR, Euclides Ferreira da Silva. **Curso de Direito Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Juarez de oliveira, 2000.

JUNIOR, Miguel Reali. **V Conferência dos Advogados do Distrito Federal**. Superior Tribunal de Justiça, dias 09, 10 e 11 de agosto de 2005. Brasília – DF.

MACHADO, Hugo de Brito. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 21, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 2 ed. v.1. Campinas: Milenium, 2000.

MEHMERI, Adilson. **Inquérito Policial: Dinâmica**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MENDONÇA, Ana Cristina. **Apostila de Direito Processual Penal**. Curso aprofundado. 1º semestre de 2009.

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

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas & Princípios**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Lizando Mello. **Sigilo no inquérito policial: O interesse da investigação versus a prerrogativa da função do advogado**. In: Âmbito jurídico. Rio Grande, 31/10/07. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2385>. Acesso em 12 de maio de 2010.

Policial. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-mai-01/joaquim-barbosa-garante-acesso-advogados-inquerito-policial>>. Acesso em: 09 de maio de 2010.

REVISTA DA OAB-CE. **Inquérito Policial – Aspectos Gerais**. Fortaleza: ABC Fortaleza, OAB secção Ceará, 2000.

ROCHA, Luis Carlos. **Investigação Policial: Teoria e Prática**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003.

SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAGUARY, Eneida Orbage de Brito; LIMA, Arinaldo Siqueira de. **Temas de Direito Penal & Direito Processual Penal**. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.