

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADES UNIFICADAS DE LEOPOLDINA**

**LUCAS GOTARDO MACHARETH**

**CICLO FUNDAMENTAL EM CONCOMITÂNCIA AO TRÂMITE NO INQUÉRITO  
POLICIAL**

**LEOPOLDINA**

**2018**

**LUCAS GOTARDO MACHARETH**  
**FACULDADES UNIFICADAS DE LEOPOLDINA**

**CICLO FUNDAMENTAL EM CONCOMITÂNCIA AO TRÂMITE NO INQUÉRITO  
POLICIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito das  
Faculdades Unificadas de Leopoldina,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: (Direito Processual  
Penal e Direito Constitucional)**

**Orientador(a) pelo prof<sup>(a)</sup>. Yegros Martins  
Malta.**

**LEOPOLDINA**  
**2018**



## **FACULDADES UNIFICADAS DE LEOPOLDINA**

### **FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: CICLO FUNDAMENTAL EM CONCOMITÂNCIA AO TRÂMITE NO INQUÉRITO POLICIAL, elaborado pelo aluno LUCAS GOTARDO MACHARETH foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Leopoldina, como requisito parcial da obtenção do título de

### **BACHAREL EM DIREITO**

Leopoldina, \_\_\_\_ de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>(a)</sup>. Orientador(a): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Pro<sup>(a)</sup>. Examinador(a) 1: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>(a)</sup>. Examinador(a) 2: \_\_\_\_\_

## RESUMO

A pesquisa elaborada por este trabalho monográfico tem como principal objetivo realizar um breve estudo no que tange a forma e aplicação dos princípios juntamente guarnecidos por regras em meio a Constituição Federal, tecendo uma análise crítica em decorrência da ausência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal na esfera jurídica em essencial nos procedimentos administrativos, desta forma para uma melhor compressão do tema se faz necessário uma breve conceituação sobre os princípios fundamentais. Como fundamentação jurídica a Teoria do Garantismo oferece um mínimo apreciável ao direito penal fortalecendo a aderência desses princípios no inquérito policial consistente na defesa da pessoa. Essa teoria garantista é condizente com uma metáfora crítica possibilitando uma flexibilização em uma concepção rodeada de normas positivadas, fixando os limites em convênio entre leis e direitos possibilitando a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Por essa mesma teoria é possível justificar a seguridade do princípio do contraditório na fase inquisitória e seus benefícios, realçando a problematização resultante da ausência deste princípio. Por fim, esta pesquisa concluiu-se em defesa do investigado que apesar do mesmo não ser reparado pelos princípios fundamentais perante a instauração do inquérito, o juiz não poderá utilizar sobretudo como convicção as ideologias apresentadas na fase pré processual como fundamentação a uma condenação futura, apesar dessas garantias serem ofertadas pelo processo penal, o investigado ainda continua sendo prejudicado por ter seus direitos inerentes afastados.

**Palavras – chave:** Princípios Fundamentais. Contraditório. Garantismo Penal.

## **ABSTRACT**

The research elaborated by this monographic work has as main objective to carry out a brief study on the form and application of the principles together with rules in the middle of the Federal Constitution, weaving a critical analysis due to the absence of the principles of the contradictory, and due legal process in the legal sphere in essential in administrative procedures, so for a better compression of the subject a brief conceptualization on the fundamental principles is necessary. As a legal basis, the Theory of Garantism offers an appreciable minimum to criminal law, strengthening the adherence of these principles in the police investigation that consists of the defense of the person. This guarantor theory is consistent with a critical metaphor allowing a flexibilization in a conception surrounded by positive norms, fixing the limits in agreement between laws and rights making possible the maintenance of a Democratic State of Right. By this same theory, it is possible to justify the safety of the contradictory principle in the inquisitorial phase and its benefits, highlighting the resulting problematization in the absence of this principle. Finally, this research was concluded in defense of the investigated that although it is not repaired by the fundamental principles before the investigation is initiated, the judge can not use as a conviction the ideologies presented in the pre-procedural phase as a basis for a future conviction, despite this guarantee being offered by the criminal process, the investigated still continues being harmed by having their inherent right removed.

**KEY – WORDS:** Fundamental principles. Contradictory. Penal Warfare.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS .....</b>   | <b>8</b>  |
| 2.1 Princípio do Contraditório .....   | 10        |
| 2.2 Princípio da Ampla Defesa .....  | 12        |
| 2.3 Princípio do Devido Processo Legal .....   | 14        |
| <b>3 GARANTISMO PENAL EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS<br/>CONSTITUCIONAIS .....</b>                      | <b>16</b> |
| 3.1 A influência do Garantismo Penal sob as perspectivas quanto ao Inquérito<br>Policial.....              | 22        |
| <b>4 DO CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL E AS DIVERGÊNCIAS<br/>CONCEITUAIS ENTRE RENOMADOS AUTORES .....</b> | <b>25</b> |
| 4.1 Quanto a produção de provas no processo administrativo .....   | 28        |
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b>   | <b>33</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>  | <b>34</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico consiste na elaboração de uma pesquisa, com o intuito de obter aprovação parcial do título de Bacharel em Direito. Destarte o objeto geral desta pesquisa compele-se em alcançar uma compreensão no que tange os divergentes pensamentos mais precisamente entre grandes autores do Processo Penal, referente a atribuição dos princípios fundamentais bem como o do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não só no decurso da ação penal como já é assegurado de direito, mas pela plena observância no inquérito policial. Favorecendo o gozo a preservação da inocência da pessoa, considerando a mesma culpada, somente após o trânsito em julgado.

Sem dúvidas o Estado como parte no processo, afigura-se como membro intensivo encarregado de fiscalizar e combater os ilícitos penais, entende-se como mecanismo mais forte da acusação, possuindo todas as fermentas necessárias e aptas com a finalidade de garantir a paz na sociedade. Todavia, este mesmo Estado comete abuso em decorrência as suas prerrogativas de poder, salientando a afetuosa disparidade existente entre a acusação e a defesa. A ausência dos princípios fundamentais ocasiona uma intensa transgressão a violação aos direitos da pessoa, ajustando-se ao longo dos procedimentos administrativos a prática afetuosa de apenas umas das partes, deixando omissa a contradição inerente a defesa do indivíduo.

Contudo este meio de pesquisa almeja exprimir por meio de uma síntese linha de pensamento embasada em uma fundamentação jurídica assegurada pela Constituição Federal, concomitante a um perceptiva garantista conservadora, englobando na elaboração da lei penal a escolha dos bens jurídicos tutelados e suas validades, de modo que se permite resguardar os efeitos das normas e suas garantias, militando uma base sustentável ao indivíduo para que o mesmo possa repelir com intensidade todas as formas de acusações realizadas no curso do processo. Entretanto, apesar desta ideologia de trabalho estar respaldada por convicções jurídicas, em planos concretos ela não se aplica, por conseguinte este trabalho preocupa-se em fundamentas as ideias por meio de uma teoria garantista, realçando os principais impasses ocasionados pela ausência dos princípios fundamentais.

O tema abordado justifica-se pelo emprego dos princípios fundamentais sobretudo ao inquérito policial, com o intuito de beneficiar ambas as partes presentes

no processo, não tão somente a defesa. A pessoa estando respaldada pelos seus direitos, limita a possibilidade de sofrer qualquer meios de abusos, acarretando até mesmo em um livramento de uma suposta condenação equivocada. Ademais, a inerência do contraditório no curso do inquérito policial permite uma segurança na instrução de uma acusação suprimindo a instauração de um procedimento investigatório de forma equivocada, acarretando em números de processos o judiciário, ocasionando uma ruptura a celeridade processual.

Logo de início no capítulo segundo, o trabalho apresenta-se acerca dos princípios fundamentais traçando um breve estudo no que refere-se a forma e a aplicação dos princípios fundamentais amparados pela constituição, urdindo uma crítica em decorrência a ausência dos princípios fundamentais no inquérito policial. Neste mesmo capítulo, faz-se necessário o entendimento acerca do conceito de princípios e regras, concluindo um sistema normativo aberto e flexível, e uma breve considerações enfatizando o conceito do princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Em seguida fundamentando as ideias presentes no trabalho, por meio de fundamentos metodológicos, o capítulo terceiro traz de maneira bem ampla e específica os princípios fundamentais sustentado pela Teoria do Garantismo Penal, a qual teve como grande precursor Luigi Ferrajoli. É neste capítulo que pretende-se embasar todas as ideologias, findado em um marco teórico respeitável e de grande relevância, para que assim, seja possível enaltecer o eixo do problema apresentado por este trabalho monográfico, além de enfatizar a ausência do princípio do contraditório no inquérito policial.

Adiante procede-se o capítulo quarto, o qual tem como foco central o conceito de inquérito policial, somada as divergências de pensamentos de renomados autores em suma a propositura deste procedimento investigatório. O trabalho por meio deste capítulo preocupa-se em realçar uma relevante discursão quanto a análise das provas colhidas no inquérito sem o crivo do contraditório e suas finalidades.

Desta maneira, o objetivo dessa pesquisa preocupa-se em assegurar o equilíbrio entre o acusado e o Estado, sustentando os direitos dos cidadãos, bem com as garantias fundamentais juntamente com um mínimo de dignidade que deveria ser apreciado por cada um, em observância a Constituição Federal de 1988, constituindo assim um Estado Democrático de Direito.



## 2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo tem como fundamento realizar um breve estudo no que diz respeito a forma e aplicação dos princípios juntamente guarnecidos por regras em meios a Constituição, tecendo uma análise crítica em decorrência da ausência dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal na esfera jurídica em essencial a instauração do inquérito policial.

Para melhor apreciação das ideias a serem abordadas ao longo deste capítulo, se faz necessário o entendimento acerca do conceito de princípio em companhia de regras, concluindo um sistema normativo aberto de princípios e regras, afim de ser alcançada a compreensão real em matéria dos princípios e direitos fundamentais em decorrência da ausência que se dá na fase inquisitória.

Princípios podem ser compreendidos como uma garantia, certeza a um composto de juízos em conjunto a um ordenamento repleto de conceitos a proporção de cada realidade. A aplicabilidade de princípios na Constituição é de suma importância, permitindo uma melhor interpretação dos textos constitucionais em paralelo a sutileza e flexibilidade em decorrência da presença dos princípios, conferindo a possibilidade e facilidade de adaptação as normas constitucionais em meio as mudanças sociais. Com isso Canotilho (1993, p.534) elucida:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com a possibilidade fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõe a otimização a um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.

Os princípios constitucionais são um conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins (BARROSO,2001). Todavia apesar de serem vagos por abrangerem um conjunto de situações são compreendidos como a síntese mais relevante do ornamento jurídico.

Não obstante a ideia que se tem de princípios deve-se ser sustentada por regras, e que apesar de exporem situações diferentes ambos devem ser apreciados juntos, pois é a existência de regras e princípios que permitem a compressão do direito constitucional como um sistema aberto, de tal maneira apesar de apresentarem conceitos distintos, ambos devem ser apreciados juntos em face da ausência dos direitos fundamentais inerentes ao indivíduo na fase pré-processual.

Enquanto princípios são aplicados a situações mais amplas e complexas, caracterizam-se também por serem vagos e indeterminados, necessitando de alguma intervenção que os concretizam, já as regras apresentam um grau de aplicabilidade mais reduzida, apesar de serem diretas e diante sua precisão, podem ser aplicadas a casos mais concretos. Contudo regras e princípios devem ser apreciados juntos pelo forte grau de complementação que ambos permitem ter, permitindo a aplicação de uma concepção mais elevada na esfera jurídica. Desta forma, Canotilho (1993, p. 533-534) exemplifica:

Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção.

(...)

Trata-se de uma regra consagradora de um direito definitivo: o indivíduo tem sempre o direito, sempre e sem exceção, à integridade moral e física; por consequência, proíbe-se, sempre e sem qualquer exceção, a práticas da tortura, de tratos ou sujeições cruéis, degradantes ou desumanas.

Notoriamente princípios e regras sustentam a percepção de direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis, irrenunciáveis, intransferíveis, absolutos, configurando como conjunto de garantias asseguradas aos cidadãos através de um instrumento constitucional. Esses direitos são emanados ao povo através de garantias e princípios, surgindo como forma de reunir várias fontes, um conjunto de filosofias nas esfera política, visando limitar o controle Estatal.

Os fundamentos de direitos e princípios são amparados por uma constitucionalização que se deu ao longo de anos, incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948, desta forma ganharam muito peso e importância ao longo do tempo, não podendo ser modificados e desrespeitados, sustentos assim um pilar de garantias sociais. Assim Uadi Lammego Bulos (2017, p.69) dispõem:

Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.

Diante as ideias mencionadas anteriormente no que definem a importância e aplicação em conjunto de regras, princípios e direitos fundamentais, viabiliza a

necessidade de sustentar a crítica a ausência dos princípios fundamentais no inquérito policial, e que apesar de estarem incorporados as garantias consolidadas a todos os cidadãos pela Constituição Federal de 1988, sua maior importância estende-se a limitar o controle do Estado moderno.

Finalmente, em benefício as colocações no que diz respeito regras e princípios constituindo o sistema jurídico brasileiro, é possível lograr uma definição ampla e excessiva em relação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

## **2.1 Princípio do Contraditório**

O contraditório é uma garantia aplicada aos cidadãos, consolidado pela Constituição, introduzido entre meios aos princípios fundamentais.

É nesse sentido que este princípio é introduzido em meio as partes do processo, permitindo a existência de igualdade em manutenção a um equilíbrio perfeito entre a acusação e a resposta. O contraditório é movido pela informação e reação, uma ciência aplicada a bilateralidade das relações processuais, possibilitando o direito de contraditório.

O princípio do contraditório impõe uma harmonia entre a pretensão punitiva do estado como parte acusatória, e a prerrogativa da defesa em presunção ao estado de inocência do investigado, permitindo que ambas as partes fazem jus aos seus direitos. Consequentemente a presença do contraditório se faz de forma significativa de modo que ambas as partes encontradas em posições cientificamente diferente na esfera jurídica, são bilateralmente beneficiadas.

O contraditório encontra-se respaldado no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), inciso, “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Não só a Constituição da República abriga o princípio do contraditório, mas também a Convenção Americana sobre o Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992 (BRASIL, 1969).

#### Artigo 8º - Garantias judiciais

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Conquanto é possível ponderar através de pesquisas jurídicas a importância ressaltada pelo princípio do contraditório que apesar de encaixar-se como princípio fundamental, apresenta grande força normativa sob determinados atos, sendo promulgado afora dos limites territoriais, citado na redação da Convenção Americana.

Consagra o autor José Afonso da Silva (2017, p. 434):

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como o direito público subjetivo. Não se assegurando aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV.

A instrução do contraditório é garantia inerente ao próprio direito de defesa, estando ligado essencialmente a relação processual, podendo dele usufruir tanto a acusação, quanto a defesa. Não há de se falar em buscar a veracidade dos fatos, sem que se dê a oportunidade a defesa de argumentar contra as afirmações acusatórias. Não se aplica aqui uma desarmonia entre as partes, e sim um equilíbrio de igualdade, concebendo à vista disso um processo legal.

Contudo, há de se ressaltar que o contraditório não é apenas o direito de debate, o dizer e contradizer, em matéria processual, caracteriza-se pela igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes (GONÇALVES, 2001).

O princípio do contraditório é um corolário do devido processo legal, resultante na participação ativa de ambas as partes no processo. É princípio garantista, possibilitando a existência de justiça em meios os atos processuais. Para isso, o juiz tende de se precaver em proferir a sentença, e só após a oitiva das partes, proporcionando a igualdade de oportunidades, para que se manifestem entre meios aos seus direitos inerentes. Contraditório é matéria de direito fundamental.

## 2.2 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa é assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV. Caracteriza-se por ser um princípio fundamental e uma garantia constitucional, trazendo transparência aos meios processuais e condições mínimas a uma sociedade democrática, buscando um equilíbrio e garantindo os direitos dos cidadãos em meio ao poder Público.

A ampla defesa é uma garantia positivada na Carta Magna, considerada cláusula pétrea, resultado de uma construção de uma constituição rígida e permanente, tornando-se impossível a revogação ou modificação dessa garantia constitucional, devendo todo cidadão de bem, fazer jus a este direito em meios processuais ou administrativos.

Enquanto o contraditório ajusta-se em matéria de contradição, garantindo as partes a possibilidade de se manifestarem contra todas alegações fáticas produzidas em decorrência aos atos processuais, a ampla defesa apresenta-se em conformidade com os meios as possibilidades de defesa, utilizando, todos os argumentos ou teses definidas, bem como os meios de provas admissíveis e úteis a defesa.

Para José Afonso da Silva (2009, p. 154-155), o princípio da ampla defesa é uma extensão ao princípio do contraditório.

São dois princípios fundamentais do processo penal. O primeiro, de certo modo, já contém o segundo, porque não há contraditório sem ampla defesa, que a Constituição agora estende ao processo civil e ao processo administrativo. De fato, a instrução criminal contraditória tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude da defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A contrariedade, no processo judicial e no administrativo, constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo, sem o que a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito se torna vazia de sentido valorativo. A essência processual do contraditório se identifica com a regra *audiatur altera pars*, que significa que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados. A ciência se dará por meio de citação, notificação e intimação. É bem verdade que esse aspecto tipicamente formal não é suficiente para a efetiva satisfação de uma justiça igual para todos, porque nem sempre o pobre tem condições de realizar uma contradição efetiva ao seu opositor em juízo, nem tem ele possibilidade de exercer o direito de ampla defesa com todos os meios a ela inerentes. Embora esses princípios consubstanciem o processo acusatório – que se fundamenta na separação entre juiz e acusador, na paridade entre a acusação e a defesa, na publicidade dos atos processuais, num processo justo -, o juiz não pode ser inteiramente passivo, pois quem lida com a liberdade e a dignidade da pessoa humana há que se ter sensibilidade e equilíbrio bastante para buscar a verdade material e a realização da igualdade das condições dos socialmente desiguais, sem se transformar em juízo inquisitório, onde sua imparcialidade se perde e ganha o autoritarismo, contrário ao Estado Democrático de Direito.

Em virtude das ideias apresentadas é possível concluir que o contraditório e a ampla defesa são dois princípios constitucionais que apesar de apresentarem grande relevância ao processo penal, ambos são aplicados perpetuamente coadunados, dado ao fato de um complementar a aplicação do outro, sobrepostos a parida existente entre a acusação e a defesa, compelidos pela publicidade dos atos processuais.

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 35-36), define o princípio da ampla defesa:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerando, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de toas as fontes às quais tem acesso, merece o réu tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

Faz se necessário a presença da ampla defesa sob todos os momentos do processo, possibilitando a defesa usar-se de inúmeros procedimentos para defender-se da acusação. É alusivo o distanciamento entre as partes presentes no processo penal, o Estado é a parte mais forte da persecução penal, em vista disso, para que exista um perfeito equilíbrio é preciso sustentar a tutela do indivíduo acusado, motivo pelo qual o princípio da ampla defesa afigura-se como elemento indispensável.

Vale ressaltar que o princípio da ampla defesa, deve-se ser observado sob dois diferentes aspectos: a auto defesa e a defesa técnica. A auto defesa é uma garantia disponível, facultado apenas ao acusado, devendo o poder judiciário fornecer esse direito, possibilitando a parte acusada defender-se por si mesma, através do uso de provas, da apelação e o direito de permanecer em silêncio. Em quanto isso, a defesa técnica é aquela movida perante aos atos processuais por um procurador devidamente habilitado, seja ele advogado ou defensor público.

No processo penal, a defesa técnica constitui como garantia indisponível, devendo todos os meio de processos estarem devidamente acompanhados por um defensor. A ausência formal ou material de defesa técnica no processo, configura hipótese de cerceamento de defesa, gerando anualidade absoluta ao processo.

É importante salientarmos que esta garantia constitucional estende-se ao processo administrativo, reforçando a ideia de crítica em relação à ausência quanto aos princípios fundamentais, a qual este trabalho preocupa-se em tratar.

A existência da aplicação desse princípio em ciência da instauração de um procedimento administrativo, é de fato totalmente apreciável quando tratamos de assegurar os direitos dos cidadãos.

O processo administrativo configura-se como um mecanismo que visa conter os excessos e injustiças em relação ao poderio estatal, devendo garantir o pleno direito de defesa. Através dessa forma processual o cidadão será investigado por determinado fato, possibilitando ao mesmo de sofrer eventual condenação penal, por uma injusta disparidade existente entre o poder punitivo do Estado a presunção da inocência do indiciado.

Destarte, é possível perceber tamanha desigualdade entre o sistema acusatório e a defesa do indivíduo, por conseguinte a ampla defesa torna-se um instrumento de equilíbrio, visto que a aplicação da sanção administrativa é necessário que nela seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. O processo administrativo, deve ter sua aplicabilidade pautada na norma constitucional, prevendo recursos e princípios que devem ser resguardados a todas as fases do processo.

A ausência dessas garantias constitucionais, com observância ao devido processo legal, acarreta nulidade e ofensa a defesa do acusado. A Constituição Federal de 1988 é composta por regras e princípios fundamentais os quais não foram implementados inutilmente, é preciso ficar alerta contra as formas de processo que desrespeitam o devido processo legal, deixando de considerar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

### **2.3 Princípio do Devido Processo Legal**

O princípio do devido processo legal configura-se com uma garantia constitucional ampla, que agracia a todos os indivíduos um direito fundamental amplo e justo em todas as fases processuais, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu de direito. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) proclama em seu artigo 5º, inciso “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É com fulcro a este inciso que o princípio do devido processo legal é consagrado como garantia que assegura a todos, o direito a um processo com todas

as etapas previstas em lei, propondo condições favoráveis para o sujeito, tanto no âmbito material quanto formal para assim equivaler-se com paridade de condições junto ao Estado persecutório.

No dizer do autor José Afonso da Silva (2017, p. 435) o princípio do devido processo legal é acolhido como princípio garantidor ao processo.

Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’ e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu segundo os imperativos a ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

É com fulcro a este princípio que deve-se ser respeitado todas as formalidades previstas em lei, para que haja cerceamento da liberdade. É a garantia fundamental dada a todos de que seus direitos serão respeitados, não tornando-se possível quaisquer restrições ao menos que não esteja prevista em lei.

Findando suas raízes no princípio da legalidade juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do devido processo legal tangencia a união de princípios penais e processuais penais, bem como o princípio do contraditório e da ampla defesa, agregado o ciclo processual.

Inegavelmente, este princípio apresenta-se como garantia ampla, por sustentarem todos os demais princípio fundamentais, obrigando-o sempre que possível, a aplicação e cumprimento destes. O princípio do contraditório e da ampla defesa são princípio inerentes ao devido processo legal, juntamente com o princípio do acesso à justiça, segundo José Afonso da Silva, a união destes completam o ciclo das garantias fundamentais.

O direito de conhecimento, juntamente com o direito de ação e o direito de defesa, são assegurados ao indivíduo, de modo completo, em derivado a uma sequência de normas incumbidas a um processo justo e leal. É imprescindível salientar que um processo legal bem aplicado, acarreta efeitos garantidores não a penas as partes processuais, mas a todas funções consideradas essenciais à justiça.

Consideravelmente o grande desvelo do constitucionalismo contemporâneo em assegurar os direitos fundamentais por meio do processo constitucional, restou evidencia de que o processo legal é expressão de democracia e cidadania, abrigando conteúdos de inúmeras garantias e ordem constitucional e processual.



### 3 GARANTISMO PENAL EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O presente trabalho encontra-se moldado no alicerce de uma teoria crítica e ao mesmo tempo garantidora de um direito penal mínimo e o garantismo do processo penal, consistente na própria defesa entre meios aos direitos e princípios constitucionais, pleiteados na Constituição.

A teoria garantista é a metáfora crítica em meios as condições observadas sob um ângulo onde não existe percepções de resultados em conformidade com as normas positivadas, apresentando-se como uma função garantidora, fixando os limites em convênio entre leis e direitos a uma efetiva esfera social.

Atualmente vivemos em uma sociedade livre, assegurada por um Estado Democrático de Direito, onde visa-se garantir os direitos e princípios fundamentais, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade de locomoção, princípio da igualdade, dos direitos de fazerem jus a razão e ao livre pensamento, constituindo assim uma democracia.

José Afonso da Silva (2017, p.119) compreende o Estado de Direito como:

O Estado de Direito é uma criação do liberalismo. Por isso, na doutrina clássica, repousa na concepção do Direito natural, imutável e universal, daí decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida com norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o jus conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade. “Sendo regra geral, a lei é regra para todos”.

O garantismo surge como uma teoria, que ajuda a intensificar os valores Constitucionais, assegurando a liberdade e direito de cada cidadão em uma sociedade democrática. Apresenta-se como uma teoria totalmente importante, portando como pressuposto as garantias de que os efeitos das leis e normas válidas sejam difundido sem prejuízo a uma nação, atuando no limite do direito penal e limitando a força Estatal.

A teoria do Garantismo Penal reputada como teoria jus filosófica iniciou-se no período Iluminista, conjuntamente com o Estado de Direito através de estudos filosóficos, juristas e políticos. Tem como principal precursor Luigi Ferrajoli, trata-se de um modelo crítico que hostiliza todas as instâncias que condenam o homem a

sua infantilização, configurando-se como resistência em meados as ideias e convicções que pleiteiam a primazia do indivíduo e seus direitos.

O Garantismo para Luigi Ferrajoli apresenta-se como uma forma de acautelar o direito que se preocupa com aspectos formais e substâncias, preservando a validade da norma. Logo, a junção deste dois aspectos, realçam a possibilidade de proteção aos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002).

No garantismo, as normas devem ser compatíveis com a Constituição, tanto materialmente, quanto formalmente, as normas não vigentes não podem ser efetivadas, pois estas são desconsideradas quanto sua eficácia, por não tratarem de matéria em que não se coadunam com a Norma Fundamental. Luigi Ferrajoli constrói a ideia de garantismo sob a ótica da existência de normas em conformidade com a Constituição da República, deste modo, todas as normas contrárias ou incompatíveis com o sistema fundamental consideram-se inválidas, devendo ter sua aplicabilidade afastada.

A perspectiva que se tem diante dos conceitos de vigência e validade apresentam-se de forma assimétrica e independentes, acrescentando a ideia do parágrafo anteposto, a vigência da norma em específico trata-se da forma dos atos normativos, enquanto sua validade diz respeito ao significado e a compatibilidade das normas com os valores materiais exposto pela Constituição e a aplicação ao mundo real. Destarte princípios em normas fundam uma Constituição rígida e flexível, caracterizando-a como uma Constituição moderna alinhada as adaptações da sociedade contemporânea.

As normas devem estar moldadas voltadas para atender da melhor maneira possível o clamor da social, o garantismo possibilita o reajuste quando se trata de norma invalida, adaptando-a, alterando seu texto normativo para que haja harmonia em conformidade com os textos constitucionais. Não sendo permitido a violação dos direitos citados, e as garantias alvejadas pelos indivíduos.

Quanto aos direitos fundamentais e a limitação dos direitos, Salo de Carvalho e Hamilton Bueno de Carvalho (2000, p.19) afirmam:

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Díaz e Ferrajoli denomina de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo o sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do bem comum. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem portanto, a

função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

O Estado Democrático de Direito, busca o bem estar social entre meios a uma perspectiva de uma teoria garantista que busca a minimização do direito penal, limitando-o quanto ao seu cumprimento, devendo ser aplicado somente em casos de ofensa a um bem jurídico relevante, sendo uma resposta de impasse gerais e sociais. Todo direito em excesso é considerado uma violação aos direitos humanos. Essa teoria pode ser concebida como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, considerando assim como traço estrutural e substancial mais característico da democracia.

Estudiosos que se dedicam a essa teoria conspiram a existência de freios e limitações do Estado e seus respectivos poderes, os poderes devem ser limitados permitindo que cada um goze de sua liberdade individual. É a garantia de liberdade inerente ao indivíduo, realçando a ideia de um Estado Democrático. Esse Estado Democrático de Direito é fruto de uma constituição nova, onde princípios e normas irradiam em perfeita simetria, buscando o bem estar social sob a batuta de uma Constituição, limitando o poder e garantindo o respeito de direitos fundamentais.

Na obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli (2002, p.684) conceitua o garantismo sob três diferentes aspectos:

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimos, sob o plano político caracteriza como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob um plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, garantista, todo sistema penal que conforma normativamente com tal modelo que o satisfaz efetivamente.

Esta primeira ideia de garantismo aplicado por Luigi Ferrajoli, faz jus a efetivação dos direitos proclamados, de modo que exista uma limitação ao Estado, reduzindo os excessos abusivos, a violência, proporcionando a plena efetivação da liberdade individual, tratando-se de um modelo limite. A Constituição Federal sobre tudo pode ser muito mais avançada, se trabalhada em conformidade com princípio e direitos sancionados, repudiando de imediato defeitos e técnicas coercitivas, propiciando um controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

Esta definição de garantismo faz menção a uma teoria como um modelo normativo, o qual considera normativo um sistema jurídico compatível com as exigências do Estado, de forma que seja garantida os direitos dos cidadãos em detrimento ao sistema punitivo do próprio Estado.

Como segundo entendimento Ferrajoli (2002, p.684) caracteriza a teoria garantista como:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Nesse sentido a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém o “ser” do “dever se” no direito; é, alias, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) é pratica operacional (tendentemente antigarantista), interpretando-a como antimonia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Neste parâmetro, trata-se de uma teoria crítica do direito, cujo a ideia faz menção a dessemelhança entre a normatividade e a realidade, a contraposição entre o dever ser e o ser, de forma que as normas positivadas resguardadas pela Constituição não apresente sucesso quanto sua aplicação ao caso concreto.

O garantismo aqui defendido pode ser considerado como uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, opera-se como doutrina jurídica de legitimação e perda de legitimação interna do direito penal, por conta das divergências apresentadas pelas normas constitucionais em prol a sua efetivação e sua interpretação, requerendo dos juízes e juristas uma constante visão crítica sobre tudo o amplo grau de divergências sobre as leis vigentes. Existe um grande impasse quanto a efetivação de determinada norma jurídica, pois a norma apesar de apresentar um bom texto constitucional, sua plena efetivação, notadamente sua vigência, pode se dar de forma prematura, enfraquecendo todo um sistema jurídico de falhas e espaços vagos.

Por fim, como um terceiro aspecto apurado por Ferrajoli (2002, p.685):

Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificativa externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica entre direito e moral, entre validade e justiça, entre pondo de viste interno e pondo de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. É equivale à assunção, para os fins e legitimação e da perda da legitimação ético-política, do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Notoriamente este último aspecto esboçado por Ferrajoli, exprime-se como ponto de vista próprio mais próximo do pensamento Iluminista e da ciência da legislação, elaborado nas origens de um Estado moderno de direitos, em contrapartida a teoria Garantista, concerne a abstração do garantismo como filosofia política, o qual justifica-se em um modelo ético-político de direito e do Estado, resguardando a plenitude dos cidadãos.

Findando as raízes na Teoria Garantista compelido por Luigi Ferrajoli, não há de se deixar em falar nos três princípios pilares que embasam tal teoria: princípio da retributividade, princípio da legalidade e princípio da necessidade.

De acordo com o princípio da retributividade, aplica-se determinada pena de acordo com cada delito, todo delito que não existe uma pena a ser aplicada, não há de se configurar como transgressão penal. Como segundo, princípio da legalidade, não poderá considerar crime se não existir uma lei que o defina, deste moto, determinadas condutas que não estiverem sancionadas na lei, não pode o agente considerar culpado. Por último, princípio da necessidade, este princípio faz menção a economia penal processual, de forma que não existe lei penal sem necessidade, ou seja, em casos administrativos o Estado deve adotar meio menos onerosos para os particulares.

Assim, em conformidade com o que foi mencionado anteriormente, a Teoria Garantista é um reflexo das normas fundamentais emanada pelos art. 5º da Constituição Federal de 1988, protegendo os direitos e garantias individuais de cada cidadão, da esfera absoluta e punitiva majorada pelo Estado.

Aprofundando a concepção de garantismo uma vez já afamado por Luigi Ferrajoli, Salo de Carvalho e Hamilton Bueno de Carvalho (2000, p.20-21) assim conceituam garantismo penal:

Trata-se, como teoria derivada do Iluminismo, de um modelo crítico de produção do saber, combatente de todas as instâncias que promovem a infantilização do homem, visto que o pensamento da modernidade é fundado pela opção de civilização e negação da barbárie. É uma teoria de resistência a toda e qualquer estrutura de saber/poder que concebe o homem como descartável, que nega a primazia da pessoa e dos direitos. A perspectiva garantista por tanto, estabelece mecanismos jurídicos-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado, na atualidade, pelos movimentos de 'Lei e Ordem' e de '(Nova) Defesa Social'. (...)

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau dos direitos e na fiabilidade do juízo de da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo as pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou

privada. Por se tratar de modelo ideal (e ideológico), apresenta inúmeros pressupostos e consequências lógicas e teóricas.

O conceito de garantismo introduzido por Amilton de Carvalho, caracteriza-se como matéria de liberdade de direitos individuais, de pensamentos, liberdade de locomoção, de ideias, colocando um fim ao misticismo alastrado pelo Estado. Amilton de Carvalho refere-se ao garantismo como livramento formado a partir da razão e do conhecimento, diligenciando contra as obscuridades existente na sociedade mundana. É a busca da verdade e a conquistas dos direitos inerentes aos indivíduos por lei, essa garantia é voltada para o bem estar social, limitando todas as formas de violências, ignorâncias aplicado por uma ordem perturbada.

Todavia, Amilton de Carvalho compreende o garantismo trabalhado sob a ótica do princípio da legalidade, servindo como parâmetro para a construção deste modelo garantista.

Segundo José Afonso (2017, p.423):

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio bailar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto a essência do seu conceitos subordina-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualdade das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão dos poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada, aos administradores, senão em virtude da lei.

O pressuposto básico do prospecto garantista é o princípio da legalidade, entendido como regra que intenta estabelecer uma previsibilidade mínima ao cidadão no uso e gozo de seus direitos, condicionando e limitando o poder na interferência ilegítima. O princípio da legalidade atua diretamente com o garantismo sustentando um Estado Democrático de Direito, propagando a justiça e a paz, a igualdade de direito e o livre arbítrio, nos limites de uma democracia onde não a de se reconhecer o afronto aos Princípios Fundamentais.

### **3.1 A influência do Garantismo Penal sob as perspectivas quanto ao Inquérito Policial**

O garantismo penal cunhado no capítulo anterior, reflete um estudo jurídico de garantias dando maior ênfase ao princípio da legalidade, demonstrando o propósito da aplicação dos direitos fundamentais no processo penal, onde se fazia com urgência a preocupação com os direitos dos acusados.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) apresenta em seu texto constitucional artigo 5º, inciso LV:

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes.

Esse direito assegurado e garantido pela constituição, ganhou força normativa possibilitando ao acusado o direito de resposta a toda acusação fática realizada contra o mesmo, este marco no processo penal foi possível graças a jurisdicionalização dos processos normativos, dada a uma evolução da norma reconhecida primordialmente nas garantias do processo civil, e após ramificando-se para o processo administrativo punitivo. Esta imagem é um reflexo do Estado de Direito correspondendo ao princípio da legalidade a que é submetido a administração pública, abrigando os princípios do contraditório e da ampla defesa a que devem prevalecer-se a qualquer imposição de pena.

A aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, objeto por meio do qual este trabalho pretende defender, é fruto de um direito contemporâneo, limitando o poder exacerbado e firmando as garantias individuais perante o poder em uma realidade envolvendo Estado e sociedade em um cenário sócio-político.

Os procedimentos administrativos devem ser abertos as colocações proporcionadas pelo princípio da legalidade, fixando imposições mínimas no que se refere ao caráter probatório do inquérito policial. Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, o inquérito configura-se como elemento sob o qual busca-se o conhecimento dos fatos antes dos efeitos que possam repercutir sobre o indivíduo investigado, permitindo assim a junção de provas para a tomada de uma decisão.

Com o novo texto constitucional firmado em 1988, os princípios do contraditório e da ampla defesa passou a ser uma garantia a ser aplicada nos processos administrativos possibilitando o meio de defesa para a acusação do indivíduo, estendendo assim toda essa garantias protegendo o indivíduo em todas as fases processuais, ainda em processos que não haja acusado, mas sim litigantes.

No inquérito policial sempre que existir a possibilidade e convergência de valores haverá, mesmo antes da acusação, um conflito a ser confrontado pelas partes litigantes, abrindo espaço para a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, pois todo indivíduo tem direito ao acesso aos atos processuais, saber onde e porque está sendo processado, possibilitando ao mesmo meios para de defender, garantindo a presunção de inocência até que a parte contrária prove com indícios suficientes o contrário.

Consagra José Afonso da Silva (2017, p.434 - 435).

Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’ e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu segundo os imperativos a ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

(...)

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como o direito público subjetivo. Não se assegurando aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV.

É com fulcro a estes princípio que deve-se ser respeitado todas as formalidades previstas em lei, para que haja cerceamento da liberdade, é a garantia fundamental dada a todos de que seus direitos serão respeitados, não tornando-se possível quaisquer restrições ao menos que não esteja prevista em lei.

Segundo Luigi Ferrajoli (2002) para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas é necessário, por outro lado a perfeita igualdade entre as partes que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmo poderes da acusação.

O direito assegurado pelo contraditório é garantido tanto a defesa quanto a acusação asseverando todos os aspectos aos quais possibilitam a participação justa do indivíduo ao decorrer dos atos processuais, possibilitando um perfeito equilíbrio



entre a pretensão punitiva do estado e o direito à liberdade e a manutenção do estado de inocência do acusado.

A ausência do contraditório e da ampla defesa no Inquérito é uma afronta aos princípios e valores resguardados pela Constituição Federal. O Inquérito caracterizado como apenas um ato administrativo, tendo como escopo a colheita de provas a fim de se averiguar a verdade, não há de ser falar no distanciamento do acusado nessa fase que precede a ação.

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos para descobrir provas contra o autor da infração, deixando clara a nítida existência desproporcional entre o órgão acusador e o estado de defesa.

Infelizmente, a ausência do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, acaba beneficiando apenas uma das partes, pois quando permite a existência de apenas uma vertente como fundamento, mesmo sendo objeto de dúvidas ou de inverdades, acaba tornando o fato único e real, até que se prove ao contrário.

#### 4 DO CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL E AS DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS ENTRE RENOMADOS AUTORES

O Inquérito Policial foi regulamentado pelo território brasileiro através do Decreto 4.824, no ano de 1987, na tentativa do Estado assegurar os direitos e garantias individuais e de conter os abusos constantes advindos pelas autoridades policiais.

De acordo com o Código de Processo Penal é possível lograr uma definição legal ao que vem a ser o Inquérito Policial.

O Inquérito Policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidades deles e descobrir e recolher as provas, em ordem as decisões sobre o acusado, conforme artigo 262 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Caracterizam-se assim, como um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado, como forma de apurar a materialidade e a autoria dos fatos, permitido ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem a propositura da ação penal (RANGEL, 2015).

Sustentando mais à frente a concepção do ideal de inquérito Paulo Rangel (2015, p.71) afirma:

Inquérito Policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e a materialidade (nos crimes que deixam vestígios - *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.

A natureza jurídica do inquérito caracteriza-se por um procedimento índole meramente administrativo tal como um mecanismo preliminar ou preparatório da ação penal, uma vez que o mesmo é instaurado para apurar a verdade da vida que tem ostensível tipificação penal, não se obstando em constatar a culpa.

Desta forma, tratando-se de um procedimento meramente administrativo, uma vez instaurado com o escopo de perscrutar a prática de um fato, não a de se reconhecer à assiduidade do princípio do contraditório e da ampla defesa, pois o indiciado não está sendo acusado, mas, objeto de investigação com os devidos direitos discernidos pela Constituição (RANGEL, 2015).

Na concepção de alguns autores, como na obra de Direito Processual Penal de Paulo Rangel, as definições à que vem a ser o inquérito policial justificam-se como base no artigo 262 do CPP, como mencionado alhures.

Segundo o autor supramencionado, o inquérito trata-se de um ato meramente administrativo, sendo instaurado somente para apurar a verdade sobre os fatos, através da colheita de provas, justificando-se desta maneira a ausência dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O Inquérito Policial tem como função garantidora da presente ação penal, fundamentando-se na teoria do garantismo penal (RANGEL, 2015).

A abertura do Inquérito Policial discutido, justifica-se como forma de evitar a propositura da ação penal equivocadamente, gerando menos gastos para o Estado, evitando maiores frustrações para as partes, em essencial ao indiciado.

A ausência do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, é fundamentada na ideia de que apesar de ambos os conceitos serem dispensáveis, justificam-se também, como forma de dar celeridade as investigações policiais.

Distanciando-se dos ensinamentos do ilustre jurista Rangel, e aproximando-se de um pensamento garantista, autores como Guilherme de Souza Nucci e Renato Brasileiro de Lima em suas respectivas obras, Manual de Processo Penal e Execução Penal e Manual de Processo Penal, entendem que o art. 262 do Código de Processo Penal, o qual o conceito, justifica-se com base na insignificância da abertura de um procedimento administrativo, sendo o mesmo dispensado a propositura da ação penal, uma vez em que o Ministério Público pode intentar a devida ação sem a necessidade deste procedimento (NUCCI, 2017).

No que tange as ideias elucidadas ao que diz respeito ao inquérito policial, Guilherme de Souza Nicci (2017, p.103) afirma:

O inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo das investigação, evitando indesejável erro judiciário. Se, desde o início, o Estado possuir elementos confiáveis para agir contra alguém na esfera criminal, torna-se mais raro haver equívoco na eleição do autor da infração penal. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex.: exame do cadáver ou do local do crime).

Destarte, o autor supramencionado viabiliza o conceito do inquérito realçando a sua principal finalidade a qual não condizente com outra circunstância, assim sendo, este procedimento administrativo de caráter punitivo é aplicado somente para

resguardar os fatos iniciais, só devendo admitir o uso de provas/perícias no inquérito para instruir a peça inicial acusatória.

Nada mais justo apesar do conceito de inquérito estar respaldado na ideia de apresentar-se como um procedimento apenas investigatório, instaurado exclusivamente para a colheita de provas ao longo do curso das investigações, não se poderia pensar em colheitas de provas sem a participação do investigado ou de seu defensor para o mesmo depois utiliza-las livremente durante a instrução do processo. De tal forma, o princípio da ampla defesa e do contraditório se tornam necessários.

Roberto Brasileiro de Lima (2016, p.108) conceitua o Inquérito Polícia o diferenciando quanto a instrução processual:

Enquanto a investigação tem por objetivo a obtenção de dados informativos para que o órgão acusatório examina a viabilidade de propositura da ação penal, a instrução em juízo tem como escopo colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa.

É preciso salientar que a instauração deste procedimento juntamente com uma perspectiva dos princípios constitucionais em essencial o contraditório e a ampla defesa, da legitimidade não só o acusado mas a vítima e ao Ministério Público, sua finalidade precípua a investigação do crime e a descoberta do autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal. A defesa da aplicação do contraditório nessa fase inquisitória busca não só o resguardo dos direitos de defesa do acusado, mas realça a possibilidade do oferecimento da acusação auxiliando na formação da *opinio delicti* do órgão acusador, fundamentada em contrapartida aos meios de provas apresentadas pela defesa.

Notoriamente o objetivo de investigar e apontar o autor dos fatos é uma segurança a Justiça e do próprio acusado.

Por fim, compreende-se como inquérito policial um procedimento administrativo distribuído sob a ótica do processo penal, instaurado pelo delegado de polícia com o escopo de obter a verdade dos fatos através de investigações e colheitas de provas. É possível afirmar que nessa fase pre-processual não há de se considerar réu o indivíduo, pois o mesmo não está sendo acusado e sim investigado, é nesse momento que o delegado juntamente com o órgão do Ministério Público trabalham juntos nas investigações para que possam obter elementos necessários que sustente a peça acusatória.

O principal objetivo do inquérito policial por tanto se condiz em achar requisitos suficientes para que o Ministério Público possa oferecer sua denúncia, e esta uma vez aceita pelo juiz o indivíduo que antes era investigado passara a ser acusado podendo usufruir de todos os meios de defesa a ele inerente.

Tão somente é importante frisar que o indivíduo deve ser resguardado por princípios e valores em todas as fases do processo, o fato do mesmo ser considerado apenas um objeto de investigação não significa que seja dispensável o contraditório nesse momento. Apesar desta fase ser composta por apenas investigações e análise de provas, o investigado deve estar acompanhado por um defensor, pois as provas colhidas durante a instauração deste procedimento administrativo, servira como peso para uma condenação futura.

O objeto de análise a ser discutido refere-se quanto ao valor probatório do Inquérito Policial, de forma que, as provas/informações colhidas na fase investigatória, dispensam a participação das partes, ou seja, sem a total observância do contraditório e da ampla defesa, podendo ser utilizadas para fundamentar a convecção do juiz em sede processual.

É notório que a nossa legislação penal está defasada, pela infelicidade dos legisladores, uma atenta leitura quanto ao artigo 155 do Código de Processual Penal, permite ao intérprete que ora as provas produzidas no IP, ora no curso do processo, podem ser usadas como fundamentação do magistrado em sua sentença.

#### **4.1 Quanto a produção de provas no processo administrativo**

A produção de provas é fruto de investigações criminais que se desdobram na fase pre-processual através da colheita de elementos e convicções a respeito da materialidade e autoria de um fato criminoso. A instrução dessa natureza inquisitória abrange uma série de atos de investigação, como a inquisição de pessoas, a realização de perícias, a apreensão de objetos e documentos.

O código de processo penal (1941) ao tratar sobre o inquérito policial, traz no artigo 6º um rol de medidas a serem cumpridas pelas autoridades policiais para a apuração de ilícitos penais.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

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

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuirão para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Todas essas medidas tratadas no código de processo penal adotadas ou não pela a autoridade policial responsável tem cunho investigatório, voltadas para a obtenção de elementos indispensáveis ao conhecimento preliminar do sucedido, custeando ao órgão estatal no intuito de deflagrar o processo penal.

Contudo se faz necessário analisar se essas investigações criminais refletem um abuso aos princípios fundamentais, uma vez que essas provas são apresentadas ao processo, sem um meio defesa agraciado pelo investigado, e que ainda sim, mesmo o acusado estando afastado do direito ao contraditório, se o mesmo poderá sentir-se acuado durante a produção e apresentação das provas nessa fase preliminar.

O código de processo penal (BRASIL, 1941) traz no artigo 155, uma redação não muito clara no que reflete ao momento de análise dos procedimentos instruídos para a formação do inquérito, utilizados para a sustentação da ação penal.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único: Somente quando ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Tudo indica que MM. Juiz não poderá usar as provas produzidas nessa fase do processo para instruir suas decisões, porém um atenta leitura deste artigo pela infelicidade dos legisladores, permite ao interprete que ora as provas colhidas na fase do inquérito policial, ora no curso do processo poderá ser utilizadas como fundamentação do magistrado em suas sentenças.

Em defesa a este pensamento, Paulo Rangel (2015) afirma no que se refere a sentença, a mesma deverá ser motivada somente com as provas colhidas durante o curso processual na fase inquisitória. Não podendo o juiz fundamentar com as provas obtidas na fase do inquérito, salvo informações cautelares e não repetíveis e antecipadas.

Destarte, tão somente deve-se admitir o uso das provas colhidas durante a fase pré-processual para instruir a peça acusatória. A colheita de provas sem a participação do indiciado ou de seu defensor, não poderá ser utilizada livremente durante a instrução do processo, decorrendo de uma límpida transgressão ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Algumas doutrinas juntamente com a própria Constituição Federal de 1988, traz de forma bem clara e sucinta que o investigado deverá ser acompanhado pelo contraditório e pela ampla defesa, entretanto em tese, este modelo de pensamento não é aplicado ao caso concreto, o delegado de polícia trabalha livremente dando andamento em suas investigações sem a manifestação da parte contrária.

Grandes pensadores, embasam-se suas teses em justificativa da ausência dos princípios fundamentais nessa fase administrativa, que neste momento processual não existe uma condenação realizada contra o indivíduo, assim não é justificável a defesa dele nos atos do processo. A grande questão é que o delegado de polícia ao final do inquérito no momento do relatório, indicia o indivíduo com base nos procedimentos de materialidade e autoria realizado pela polícia, ocasião em que já deveria admitir-se o contraditório.

Após o indiciamento realizado pela autoridade policial, o Ministério Público oferece a denúncia em prol as circunstância apresentadas durante as investigações, sem dar a possibilidade do indivíduo recorrer perante as provas encontradas. O Ministério Público ao oferecer a denúncia sem a presença do contraditório é praticamente um “chute no escuro” ao oferecer uma acusação a MM Juiz, os procedimentos respaldados ao longo do inquérito são insuficientes para uma indagação clara e certa.

Tanto o princípio da ampla defesa como o contraditório deveriam ser apreciados neste momento, formalizando o ato dando uma maior concretude ao Estado para a presente acusação. Embora não exista a possibilidade de acusação nessa fase processual, o Juiz para motivar suas decisões ele usa todos os meios necessários como fundamento, de tal modo, a ação penal é fruto de um procedimento investigatório, as informações ali contidas são geradas em possibilidade a um pré procedimento investigativo, desde então o Juiz quando analisa somente a ação, automaticamente ele estará sendo respaldado pelo inquérito, onde o indevido deixa de ser agraciado pelos seus direitos, existindo uma forte contradição neste contexto.

Retomando a narração do texto presente no artigo 155 do código penal, contudo a condenação exclusivamente em provas colhidas ao curso do inquérito em tese, são vedadas com exceção as que desde que sejam cautelares não repetíveis e antecipadas.

O inquérito policial é procedimento investigativo de natureza inquisitória, neste momento do processo não a ocorrência do princípio do contraditório, deste modo as provas produzidas precisam necessariamente de repetição ao curso do processo para que possam ser utilizadas para fundamentação em eventual decreto condenatório.

Esses tipos de provas citadas no final do mandamento legal em estudo notoriamente em essencial a cautelares, são resultante de interceptações telefônicas, ou telemáticas da quebra de sigilo fiscal ou bancária, as repetíveis são perícias realizadas no momento do fato do crime e contudo as antecipadas são as referidas pelo artigo 156, inciso I do CPP.

O contraditório neste momento somente é possibilitado a defesa logo após o inícios do processo, onde terá amplo acesso as provas produzidas no curso do inquérito, podendo indicar possíveis ilicitudes penais.

Em contexto a esta linha de pensamento e servindo como parâmetro as ideais direcionadas ao longo deste trabalho, o Superior Tribunal Federal em prerrogativa a súmula 444 (BRASIL, 2010), vedou a utilização de inquérito policiais e ações penais para agravarem a pena base.

O entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de maus antecedentes, suficientes para, na análise das circunstâncias do art. 59 do CP, isoladamente, aumentar a pena-base acima do mínimo legal. II. Hipótese em que o Magistrado singular considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social do réu, tendo em vista o registro em sua folha de antecedentes, que embora



assim denominados, não foram considerados a título de maus antecedentes criminais para fins de exacerbação da reprimenda.

É com base nesse entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a submissão a um pessoa a mero inquéritos policiais, não configura como ato suficiente para a sustentação da idoneidade jurídica em justificativa a legitimação em especial a exacerbação da pena. Somente pode-se admitir a condenação da pena em tolerância a condenação transitada em julgado, qualquer outro meio de entendimento reflete em uma violação aos princípios constitucionais em essencial ao princípio da presunção da inocência.

O próprio Superior Tribunal Federal entende um possível cerceamento de defesa no inquérito policial, além de conceber que a legítima atitude da Autoridade Policial em obviar timidamente que o conhecimento prévio das diligências pelo investigado possa acarretar ao procedimento investigatório. Contudo, é possível identificar com apreço não tão somente pela agravação da pena, mas também pela a oportunidade de contrapor as provas somente após a formação da ação penal, isso nada mais se confirma em uma mitigação das garantias constitucionais em comento.

## 5 CONCLUSÃO

Em linhas de conclusão, percebe-se que as doutrinas jus filosóficas não tem gerado grandes desavenças no que refere-se a agregação do princípio do contraditório aplicável aos inquéritos policiais. Apesar disso, em situações reais é visível a nítida dificuldade quanto a aderência desse apanágio nas Delegacias de Polícias.

A aderência do contraditório para alguns operadores da justiça resume-se em uma burocratização exacerbada da investigação criminal, pois o investigado faria jus ao direito do acusado em processos criminais. No entanto é notável que os princípios fundamentais apresentam uma participação inescusável, sendo perfeitamente possível a aplicação destes de forma mitigada nessa fase inquisitorial. Esse ciclo de adesão de garantias fundamentais em linhas gerais pode ser compreendido com uma ciência bilateral nos termos do processo, possibilitando de maneira ampla e objetiva a participação de ambas as partes na formação da convicção do juiz.

A indissociabilidade da presença do princípio do contraditório perante o indiciamento realizado pelo Delegado de Polícia, ainda sim no tocante ao oferecimento da denúncia prerrogativa do Ministério Público, não conjura contra o êxito das investigações criminais, mas assegura uma maior legitimidade às conclusões.

Agraciados por um ordenamento jurídico flexível composto por princípios e regras possibilitando uma maior força normativa sobre os atos do processo, é possível harmoniza-se com destreza a anuência dos princípios fundamentais ao trâmite no inquérito policial. A adoção desses princípios dá ao inquérito uma outra natureza, não de apenas uma peça meramente informativa, mas com um valor probatório na instrução, permitindo uma célere e mais rápida resposta jurisdicional.

Em suma este trabalho monográfico teve como objetivo demonstrar as causalidades originadas pela ausência dos princípios constitucionais, bem como a do contraditório nos procedimentos administrativos, uma vez que não existe espaço pelo menos ainda, na apreciação deste afeição em nosso ordenamento jurídico. De tal modo não existe réu sem um defensor, posto que no processo encontra-se em jogo um valor indisponível a parte que consiste em sua liberdade. Por fim, é premente a necessidade deste dispositivo legal, afim de se valorar um pouco mais o inquérito policial, permitindo ao órgão acusador novas diligências ao oferecimento da denúncia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 05 de outubro de 1988 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Código de Processo Penal*, 03 de outubro de 1941 (texto compilado). Brasília: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) Acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Brasília [online], 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula n.º. 444*. Brasília. Diário Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em 22 de novembro de 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, Amílton Bueno. *Aplicação da Pena e garantismo*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 6. Ed. Roma: Laterza, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2009.

GONSÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed JusPodvm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Jose Afonso. *Comentário contextual à constituição*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 95, de 15. 12. 2016. São Paulo: Malheiros, 2017.