



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O Princípio do contraditório e da ampla defesa
e sua influência em nosso sistema criminal**

Anderson de Paiva Gabriel

RIO DE JANEIRO

2008

PARECER DO ORIENTADOR

Declaro que a presente monografia, do bacharelado **Anderson de Paiva Gabriel**, por mim orientado, encontra-se em perfeitas condições de defesa e apresentação.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2008

Prof. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora – orientador

ANDERSON DE PAIVA GABRIEL

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E SUA
INFLUÊNCIA EM NOSSO SISTEMA CRIMINAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Gabriel, Anderson de Paiva.

O Princípio do contraditório e da ampla defesa e sua influência em nosso sistema criminal / Anderson de Paiva Gabriel – 2008.

63 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 59-63.

1. Direito Processual Penal - Monografias. 2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa e sua influência em nosso sistema criminal. I. Pompilio da Hora, Nilo Cesar Martins. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. O Princípio do contraditório e da ampla defesa e sua influência em nosso sistema criminal.

CDD 341.4626

ANDERSON DE PAIVA GABRIEL

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E SUA
INFLUÊNCIA EM NOSSO SISTEMA CRIMINAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Dedico esta monografia à vida.

Agradeço a minha família, sem a qual nada seria possível. Agradecimentos especiais à Lia Soares Guerra, sem a qual a monografia não teria sido possível.

"Tenho prazer em ser vencido quando
quem me vence é a razão,
seja quem for o seu procurador"

Fernando Pessoa

RESUMO

GABRIEL, Anderson de Paiva. **O Princípio do contraditório e da ampla defesa e sua influência em nosso sistema criminal**. 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia busca analisar os princípios do contraditório e ampla defesa e sua influência em nosso sistema criminal. Almejando alcançar tal desiderato, observaremos, inicialmente, a evolução dos sistemas processuais penais, abrangendo os sistemas de investigação criminal, com ênfase no sistema brasileiro. Em seguida, partiremos da análise da base legal e história do princípio do contraditório e da ampla defesa para alcançarmos sua natureza jurídica e amplitude em nosso sistema processual penal vigente, consoante as diversas orientações doutrinárias existentes. Finalizando o estudo, debruçaremos nosso estudo especificamente sobre alguns institutos e questões que sofreram recente e intensa influência dos referidos princípios, como o inquérito policial, o interrogatório e a defesa prévia, mediante análise da jurisprudência emanada de nossos Tribunais Superiores e da produção legislativa acerca dos temas.

Palavras-Chave: Contraditório e Ampla Defesa. Princípios Processuais Penais. Sistema acusatório.

ABSTRACT

GABRIEL, Anderson de Paiva. **O Princípio do contraditório e da ampla defesa e sua influência em nosso sistema criminal.** 2008. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present project intends to analyse the principles of contradictory and wide defense in our criminal system. In order to reach that aim, the evolution of penal processual systems will be initially observed, comprising criminal investigation systems, with emphasis on the Brazilian system. Afterward, the text analyses the legal basis and history of the principles of contradictory and wide defense, reaching its juridical nature and wideness in our penal processual system in vigor, consonant with the various existing doutrinary orientations. Concluding the study, we will illustrate it specifically with some cases of institutes and questions that have undergone recent and intense influence from the referred principles, such as judicial inquiries, interrogations and previous defense, before analysis of jurisprudence emanated from our Superior Courts and the legislative production over the themes.

Keywords: contradictory and wide defense; penal processual principles; acusatory system.

SUMÁRIO

1 Introdução.....	8
2 Síntese Evolutiva dos Sistemas Processuais de Solução dos Conflitos Penais	12
3 Os Três Grandes Sistemas de Investigação Criminal	
3.1 O Sistema dos “Organismos Policiais”	15
3.2 O Sistema do “Juiz Instrutor”	16
3.3 O Sistema do “Promotor Investigador”	17
4 O Sistema de Investigação Brasileiro.....	19
5 O Sistema Acusatório.....	27
6 Breve Histórico e Base Legal do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Brasil	34
7 Natureza Jurídica e Amplitude do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	36
8 Questões Relacionadas	
8.1 Contraditório e Ampla Defesa x Inquérito Policial.....	39
8.2 Contraditório e Ampla Defesa x Interrogatório do Réu	45
8.3 Contraditório e Ampla Defesa x Defesa Prévia	51
9 Conclusão	56
10 Bibliografia	59

1 INTRODUÇÃO

Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, constituem princípios do Direito Processual Penal Pátrio há muito tempo, todavia, adquiriram nova dimensão ao ser consagrados por nossa Magna Carta de 1988 no art.5º inciso LV¹, que estendeu a aplicação dos mesmos para todo e qualquer processo, inclusive o administrativo, realçando sua importância não só dentro da persecução criminal, mas também em outros ramos do direito. Observemos tal dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

Neste ponto, devemos esclarecer no que consistem, em síntese, os conceitos envolvidos. Assim sendo, a ampla defesa, à semelhança do direito de ação, erige-se em direito público subjetivo do réu à prestação da tutela jurisdicional estatal, desdobrando-se em defesa técnica e possibilidade de autodefesa, enquanto o contraditório, é uma técnica processual, elevada também ao status de garantia constitucional, que viabiliza na prática a ampla defesa, impondo aos atos instrutórios em sentido amplo do processo a bilateralidade.

Isto posto, torna-se necessário frisar, que apesar da estrondosa relevância que vem assumindo os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa em todos os ramos do Direito, incluindo-se aí o Direito Processual Civil e o Direito Administrativo, é inviável, em sede de monografia, uma abordagem que abranja tantas áreas.

Assim sendo, apesar da amplitude dada a tal princípio pela Lei Maior de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”, concentraremos nossos esforços analisando sua influência na persecução criminal, ponto inserido dentro do ramo do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

¹Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm.

É cediço que o Direito Penal constitui a “*ultima ratio*”, protegendo os bens juridicamente mais importantes para a sociedade através da cominação de penas, dentre as quais encontramos a privação de liberdade. Nesse sentido, merece ser trazida à baila a célebre lição de Roxin : “A função constitucional do Direito Penal, no Estado Democrático, é dar proteção subsidiária aos bens jurídicos mais relevantes, através da proibição de condutas que possam colocá-los em situação de perigo não-autorizada.”²

Tal orientação é uníssona na doutrina nacional, mas há que se ressaltar, a título ilustrativo, haverem posições em sentido diverso no âmbito internacional. Há uma corrente, defendida dentre outros por Mezger e Jeschek³, que prega ser a função precípua do Direito Penal a tutela dos valores éticos e sociais, de forma que apenas mediatamente se tutelaria os bens penais mais importantes. Há uma terceira corrente, ainda mais conservadora, capitaneada por Jakobs, sustentando que a função do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma, uma vez que a tutela penal ocorre após a lesão do bem jurídico, de maneira que se torna necessário demonstrar perante a sociedade a validade da norma. Dessa forma, a proteção dos bens jurídicos mais relevantes aconteceria por mera consequência.

Vale destacar, por sua vez, no tocante ao Direito Processual Penal, a seguinte lição de Polastri⁴:

O conceito de processo é idêntico para todos os ramos de direito, sendo que o que difere o processo penal dos demais processos é o fato de que esta é o conjunto de atos que visam à aplicação de uma norma penal ou processual penal, e, assim, deve ser aferida a identificação da natureza da pretensão deduzida para fins de identificar o tipo de processo.

²ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Tradução de Munõz Conde e Luzón Pena. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981, pp. 27

³JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, v. 1. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch, Barcelona, 1978, pp. 14

⁴POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal. Volume 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.10.

Assim, em concisa conclusão, o Direito Processual Penal tutela o caminho que o Estado deve percorrer para fazer valer a sua pretensão punitiva, a chamada persecução penal.

Isto posto, por estarmos lidando através de tais ramos do direito com um dos valores supremos da humanidade, a liberdade, é justamente nessa área em que a inobservância do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa acarretará as mais drásticas consequências.

Embora consagrado em 1988, ainda nessa década podemos observar que a importância do Contraditório e da Ampla Defesa ainda não encontrou seus contornos definitivos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) em diversos casos, vem mudando sua orientação, com lastro justamente nesses princípios, que se tornaram verdadeiros norteadores da persecução criminal em sua fase processual, alcançando, excepcionalmente, até mesmo os inquéritos policiais.

Tais evoluções tem causado grande repercussão em nossos Tribunais e no próprio Direito Brasileiro, demandando a produção de uma monografia em que se analisasse o tema da ampla defesa e do contraditório, suas origens e evolução, dissertando acerca da sua íntima relação com o sistema acusatório, adotado pelo nosso Código de Processo Penal e consagrado pela Constituição Federal de 1988, com ênfase na influência do princípio do contraditório e da ampla defesa nos rumos que vem sendo adotados pela doutrina e pelos Tribunais Superiores pátrios.

A fim de atingir tal desiderato, faremos uma síntese evolutiva dos sistemas processuais de solução dos conflitos penais, analisando em seguida os três grandes sistemas de investigação criminal (o sistema dos “organismos policiais”, o sistema do “juiz instrutor” e o sistema do “promotor investigador”⁵).

Dissertaremos, na sequência, acerca do sistema de investigação brasileiro, enfrentando em apertada síntese o papel do parquet, e em especial sobre o sistema

⁵ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 63-69.

acusatório, louvando em especial os ensinamentos de Ferrajoli⁶, que preconiza uma estrutura trigonal ou triangular com divisão dos papéis entre os três sujeitos do processo.

Finalmente, realizaremos um breve histórico e buscaremos a base legal do princípio do contraditório e da ampla defesa no Brasil, ressaltando que todas as Constituições Brasileiras, a começar pela de 1824, incorporaram em seu corpo o direito à ampla defesa e ao contraditório, analisando ainda, a natureza jurídica e a amplitude do princípio do contraditório e da ampla defesa, destacando as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais correlatas ao tema.

⁶Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

2 SÍNTESE EVOLUTIVA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS

O irracionalismo da submissão dos contendores a jogos (duelos, juramentos, ordálias, etc) tendentes a aflorar uma revelação divina para a solução de suas pendências, característica própria da cultura feudal, deu lugar, na sociedade medieval, ao método inquisitivo, cujos principais traços identificativos podem ser assim sintetizados:

- a) concentração das três funções do processo penal (acusação, defesa e julgamento) numa só pessoa;
- b) forma escrita;
- c) procedimento sigiloso;
- d) ausência de contraditório, erigindo-se o acusado em mero objeto de investigação;
- e) busca da verdade real, com emprego rotineiro da tortura como método investigatório na busca de uma confissão;
- f) sistema de valoração legal de prova; e
- g) prisão processual cautelar como regra.

Como se vê, a solução dos conflitos deslocou-se da figura de Deus para o homem⁷.

Nos séculos XVII e XVIII, com o advento do iluminismo, os ideais humanistas, dentre outros, de Beccaria (Dos delitos e das penas, 1764), Rosseau (Contrato social, 1764), Voltaire (Preço da justiça e da humanidade, 1777), Montesquieu (Espírito das leis, 1748) e a Revolução Francesa de 1789, ensejaram uma nova concepção das relações entre o Estado e os cidadãos, operando no campo político a substituição do absolutismo monárquico pela república e no campo processual penal

⁷ Cf. GIL, Fernando. *Provas*. Lisboa: Imprensa Nacional (Casa da Moeda), 1986, p. 38.

a substituição do sistema inquisitivo por um sistema inquisitorial garantista (misto), composto basicamente por duas etapas: a primeira, denominada instrução, destinada à coleta de elementos de convicção pelo juiz de instrução, em que foram preservadas as principais características inquisitoriais (iniciativa judicial, sigilo, forma escrita, ausência de participação da defesa) e a segunda, denominada juízo, que se processava perante o júri ou um tribunal colegiado, com traços próprios do sistema acusatório (iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, direito à assistência de um defensor, oralidade, publicidade e igualdade de oportunidade para ambas as partes).

Com efeito, na França⁸, a despeito das inovações legislativas introduzidas tanto pelo decreto de 8-9 de outubro de 1789 e pelo decreto de 16-24 de agosto de 1790, a ruptura integral com o sistema inquisitório consubstanciado na *Ordonnance* de 1670, somente implementou-se com a lei de 16 de setembro de 1791, a qual, em seu curto período de vigência e de convivência concomitante com a existência de tribunais e procedimentos de exceção, regulamentou o procedimento para o julgamento por jurados em matéria criminal, consagrou a oralidade e conferiu aos juizes o poder de avaliar livremente a prova, sem o dever de motivar suas decisões.

Ultrapassado o ímpeto inicial do movimento revolucionário, o Código de Instrução Criminal de 1808 instituiu, em substituição ao modelo inquisitório herdado das *Ordonnance* de 1539 e de 1670, o sistema misto bifásico, denominado por alguns autores de sistema inquisitorial garantista, cujos principais traços constitutivos já foram acima enunciados.

Este sistema misto, resultante da mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório, introduzido pelo Código de Instrução Criminal francês de 1808, com as guerras napoleônicas espalhou-se pelos ordenamentos dos diversos países da Europa Continental, consubstanciando-se até os dias atuais o modelo inspirador da maioria das legislações.

Consoante averba Antônio Magalhães Gomes Filho⁹:

⁸ Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 28-31.

⁹ *Ibidem*, p. 31.

O declínio dos juízos de Deus, que no sistema continental deu lugar ao procedimento inquisitório, em solo inglês teve como conseqüência a afirmação paulatina de uma instituição que ainda hoje domina o sistema de justiça anglo-americano¹⁰: o júri.

Originariamente os jurados tinham a função de investigar e prestar testemunho sobre fatos relevantes para a Coroa (*jury of proof*). Esta prática ensejou posteriormente a instituição do *grand jury*, composto por doze homens de reputação ilibada, com a função, em matéria criminal, de resolver sobre a admissibilidade das acusações. Após a abolição dos denominados Juízos de Deus, pelo Concílio de Latrão (1215), instituiu-se o *petty jury* como forma usual de julgamento da culpabilidade ou inocência dos réus.

¹⁰ No tocante ao sistema de justiça anglo-americano: DAVID, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 279-391.

3 OS TRÊS GRANDES SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Na atualidade existem três grandes sistemas de investigação¹¹:

- 3.1) dos “organismos policiais”;
- 3.2) do “juiz instrutor”; e
- 3.3) do “promotor investigador”.

3.1 O Sistema dos “Organismos Policiais”

No sistema dos “organismos policiais”, a Polícia não funciona como mero auxiliar, mas sim como verdadeiro dirigente da investigação, com plena autonomia para traçar as diretrizes da linha investigatória a ser seguida, produzindo as provas técnicas e testemunhais quando e como lhe aprouver, sem estar funcionalmente subordinada ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público.

Não obstante, seja um sistema de investigação mais abrangente, teoricamente mais célere (a polícia está em todo o lugar) e econômico (recursos humanos menos especializados), certo é que o mesmo se encontra absolutamente superado, vez que na prática revelou uma atuação marcada por inúmeros traços de arbitrariedade, corrupção, desprezo pelos direitos fundamentais dos investigados, suscetível de sofrer os influxos da pressão do governo e dos veículos de informação.

Excepcionalmente, na Inglaterra¹² este sistema funciona satisfatoriamente, circunstância esta a ser creditada às peculiaridades culturais, sociais e políticas intrínsecas ao povo inglês.

Conquanto há alguns anos atrás tenha sido criado o Serviço Real de Persecução (*Crow Prosecution Service*), órgão público encarregado de deflagrar o proces-

¹¹ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 63-69.

¹² A respeito do sistema judiciário inglês: DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

so criminal, sua atuação restringe-se a um número limitado de casos, razão pela qual pode-se asseverar que, na Inglaterra, predomina a acusação privada, sendo na maioria das vezes deflagrada pelos policiais assistidos por advogados (*prosecuting solicitors*).

3.2 O Sistema do “Juiz Instrutor”

Já no sistema do “juiz instrutor” (juizado de instrução), incumbe a um juiz, sujeito imparcial, dirigir e impulsionar de ofício (salvo nos delitos privados) as investigações, contando, para tanto, com o auxílio da polícia, que a ele se acha funcionalmente subordinada. Na maioria dos sistemas concretos, tanto a defesa como o Ministério Público não passam de meros colaboradores do juiz instrutor, já que incumbe a este decidir sobre a realização ou não das diligências solicitadas, bem como sobre a abertura e conclusão do procedimento investigatório. Alguns sistemas concretos admitem que, em se tratando de infrações penais de menor gravidade e complexidade, as investigações criminais possam ser diretamente conduzidas pelo Ministério Público.

Neste sistema, o juiz instrutor, encarregado de dirigir as investigações na instrução preliminar e de determinar as medidas cautelares constritivas de direitos pessoais e reais do investigado, não pode posteriormente, em sendo deflagrada a ação penal, dirigir o processo criminal e julgar o réu. É que sua atividade na fase pré-processual importa em diversos pré-juízos que comprometem definitivamente sua imparcialidade.

Este sistema que, entre outros países, é adotado na Espanha, França, Uruguai e Argentina, enseja maior credibilidade e efetividade dos elementos de convicção colhidos durante as diligências investigatórias, afinal o juiz instrutor é um sujeito imparcial. Contudo, acha-se sujeito a duas críticas consistentes:

a) a investigação preliminar (atividade-meio), em sua essência, objetiva fornecer meios para possibilitar à acusação formar convenientemente sua *opinio delicti* (atividade-fim). Logo, afigura-se incoerente um sistema que atribui a um juiz a função de investigar para que o promotor acuse; e

b) quem investiga não pode simultaneamente ser o guardião dos direitos fundamentais do investigado.

3.3 O Sistema do “Promotor Investigador”

Por derradeiro, no sistema do “promotor investigador” as investigações criminais são dirigidas pelo Promotor de Justiça, podendo estes realizá-las diretamente ou através da polícia judiciária, que lhe é subordinada (dependência funcional).

Obviamente, todas as medidas que importem em restrição a direitos fundamentais, tais como prisão, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc, deverão ser determinadas pelo Poder Judiciário, atendendo aos comandos constitucionais instituídos pelo art.5º da Constituição Federal de 1988¹⁰:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - 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;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos

casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;" - grifamos

Este sistema investigatório, que é adotado na maioria dos países da Europa Continental¹³ (Alemanha, Itália, Portugal, Áustria, Bélgica, etc), revela-se, a nosso sentir, o mais célere, na medida em que as diligências investigatórias, cuja valor probatório se restringe a fornecer elementos de convicção ao órgão encarregado de formar a *opinio delicti* e a servir de supedâneo para que este possa requerer medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais ao juiz, são dirigidas diretamente pelo órgão a quem incumbe deflagrar a ação penal. É intuitivo que ninguém sabe melhor do que ele o que deve ser investigado.

Contudo, não se trata de um sistema imune a críticas, as quais poderão, contudo, ser minimizadas, na medida em que se possibilite a manifestação da defesa antes do juiz se pronunciar sobre o recebimento ou não da denúncia, bem como a realização das diligências requeridas pela defesa que, numa cognição sumária, se revelarem passíveis de ilidir o recebimento da peça acusatória.

Nesse sentido, mais uma vez se torna fundamental a consagração dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, eis que corroboram para a proteção dos direitos fundamentais, evitando abusos por parte do *Parquet* e da Polícia.

¹³ Para obtenção de maiores informações atinentes às peculiaridades dos sistemas investigatórios dos diversos países: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 43-76.

4 O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO BRASILEIRO

Por força do disposto no art. 144, § 1.º, IV e § 4.º da CF, incumbe ordinariamente à Polícia Federal e à Polícia Civil o exercício, respectivamente, das funções de polícia judiciária da União e de polícia judiciária dos Estados.

Trata-se de fato inconteste.

Na atualidade, contudo, controverte-se a respeito da possibilidade do Ministério Público, em caráter excepcional, empreender diretamente investigações criminais.

Antes de examinarmos a controvérsia, é conveniente consignar-se que o Ministério Público sempre empreendeu investigações diretas, quando entendeu oportuno e conveniente, e com base nelas, algumas pessoas foram absolvidas, outras condenadas, sem que a legitimidade de sua atuação sofresse maiores questionamentos.

Em conseqüência, a jurisprudência pátria amplamente dominante consolidou-se no sentido de considerar válidos os atos investigatórios realizados pelo *parquet*. É de se destacar, inclusive, que na VIII Conferência Estadual da OAB/RJ foi apresentada moção no sentido da declaração de ilegitimidade de procedimentos investigatórios instaurados e dirigidos pelo Ministério Público, tendo sido rejeitada.

Bastou a circunstância das investigações diretas culminarem na deflagração de ações penais contra pessoas até então consideradas intangíveis, para que fosse ressuscitada velha discussão já sepultada em torno dos poderes investigatórios do Ministério Público em sede penal.

Ilustrando esta assertiva, podemos mencionar dois casos rumorosos:

a) o estouro da fortaleza do bicheiro Castor de Andrade, o qual só foi possível em razão de uma ação sigilosa, muito bem planejada, coordenada por Promotores de Justiça da Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que contou com o auxílio operacional de um grupamento especial da polícia militar; e

b) a ação de Procuradores da República que, contando com o apoio da polícia federal, lograram obter junto à Justiça Federal mandados de busca e apreensão nas sedes dos Bancos Marka e FonteCindam, prováveis beneficiários de informações privilegiadas a respeito da desvalorização do real implementada pelo Banco Central do Brasil, e nas residências dos srs. Salvatore Cacciola e Francisco Lopes.

Exatamente no contexto desta controvérsia reavivada, no dia 06/05/2003, ao julgar o recurso ordinário em *habeas corpus* nº 81326-7 - Distrito Federal, a 2.^a Turma do STF, tendo como relator o Min. Nelson Jobim, na contramão do entendimento adotado pelo próprio STF e pelo STJ em julgados pretéritos, entendeu, em síntese, que a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, mas não autorizou seu membros a realizar diretamente investigações.

É certo que este acórdão ainda não transitou em julgado, já que a Procuradoria-Geral da República interpôs recurso de embargos de declaração em 04/08/2003, o qual ainda não foi julgado. Contudo, o entendimento nele contemplado já produziu reflexos em outros tribunais, haja vista, a título exemplificativo, o julgamento de *habeas-corpus* (processo n.º 2003.059.04064) realizado em 12/11/2003 pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como relator o Desembargador Francisco José de Azevedo, no qual se concedeu a ordem, declarando-se a nulidade de todos os atos investigatórios praticados diretamente pelo Ministério Público por ilegitimidade.

Obviamente, caso este entendimento venha a se consolidar, assistiremos ao manejo de uma enxurrada de *habeas-corpus* e de revisões criminais objetivando desconstituir condenações criminais, gerando o recrudescimento do sentimento de impunidade que impera no seio da sociedade.

Passamos a enfrentar a questão, à luz do nosso ordenamento jurídico.

O art. 144, *caput* da CF, elenca como encarregados da preservação da ordem pública os seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícia civil; e

V- polícias militares e corpos de bombeiros militares.

O art. 144, § 1º, IV da CF, estatui incumbir à polícia federal exercer com exclusividade as funções de polícia judiciária da União.

A expressão “com exclusividade” refere-se, tão somente, ao exercício das funções de polícia judiciária da União, afastando dessa atividade as demais polícias (rodoviária federal, ferroviária federal e as polícias civis e militares dos Estados), e não para apurar crimes, conforme possa parecer numa cognição sumária.

É que o mesmo art. 144 da CF, no seu § 4º, ao fixar como incumbência das polícias civis o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais nos crimes cujo julgamento não seja da competência da justiça federal ou da justiça militar, não emprega mais a expressão “com exclusividade”.

Seria ilógico, além de importar em quebra da sistemática, admitir-se exclusividade da polícia federal para investigar os crimes da competência da justiça federal (p. ex., os crimes contra o sistema financeiro - CF, art. 109, VI), e não se aceitar exclusividade das polícias civis dos estados para a apuração dos crimes da competência da justiça comum dos Estados.

Ademais, o pretense monopólio da polícia nas investigações criminais é quebrado pela própria Constituição Federal, quando, no art. 58, § 3.º e nos arts. 71 e 74, autoriza, respectivamente, a investigação direta pelas Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI (s) e pelos Tribunais de Contas.

Em consequência destas exceções à regra geral, restou recepcionado pela CF/88, o parágrafo único do art. 4.º do CPP, o qual consigna que a atribuição da polícia judiciária, não excluirá a de autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Assim sendo, válidas permanecem as disposições infraconstitucionais que ensejam a realização dos chamados “inquéritos extrapoliciais” por autoridades administrativas diversas da autoridade policial, tais como, nas seguintes hipóteses, que a título meramente ilustrativo ora trazemos à colação:

a) Incumbe a autoridade judiciária exercer função investigatória no inquérito judicial instaurado para a apuração de crimes falimentares (LF, art. 103 e segs.);

b) Incumbe ao Procurador-Geral de Justiça dirigir diretamente as investigações criminais quando houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público (Lei n.º 8625/93, art. 41 - LONMP);

c) Incumbe ao respectivo tribunal o prosseguimento das investigações, quando houver indício da prática de infração penal por parte de magistrado (LOMN, art. 33, parágrafo único).

Neste ponto, impõe-se enfrentar a questão central deste estudo: o Ministério Público está legalmente autorizado a investigar diretamente infrações penais?

Nos termos do art. 129, I da CF, ao Ministério Público incumbe promover, privativamente, a ação penal pública, portanto, o inquérito policial, presidido pela autoridade policial (Delegado), nada mais é que um procedimento administrativo investigatório, escrito, sigiloso, destinado a apurar a autoria de uma infração penal, a comprovar a sua materialidade e a coletar elementos de convicção passíveis de ensejar ao Ministério Público formar sua *opinio delicti*, de molde a oferecer denúncia ou a requerer o arquivamento.

Logo se vê, que o inquérito policial tem caráter instrumental, não sendo a atividade de polícia judiciária um fim em si mesmo.

Em conseqüência, poderá o Ministério Público prescindir do inquérito policial se a *notitia criminis* a ele diretamente formulada por qualquer pessoa do povo (CPP, art. 27) ou se as peças informativas a ele encaminhadas por outra autoridade administrativa (CPP, art. 40, p. ex.) contiverem os elementos necessários para o oferecimento da denúncia.

Em sendo necessário a realização de investigação criminal, conforme dispõe o inciso VIII do art. 129 da CF, o Ministério Público poderá requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

O termo “requisitar” significa ordenar, razão pela qual a autoridade policial não pode deixar de acatar a ordem, salvo se a mesma for manifestamente ilegal.

É intuitivo que podendo o Ministério Público requisitar inquérito policial e diligências investigatórias (o mais), logicamente poderá dispensá-lo, colhendo diretamente a prova (o menos).

Com efeito, sendo o Ministério Público o destinatário imediato de qualquer investigação penal alusiva a infração penal de ação penal pública e ostentado a atividade de polícia judiciária natureza instrumental, obviamente, pode aquele, excepcionalmente, investigar diretamente sempre que a atuação desta se revele incapaz de satisfazer o interesse público consubstanciado na busca da verdade real, de molde a ensejar a escorreita apuração de uma infração penal e a responsabilização criminal do seu autor.

Tal certeza é reforçada pelo fato do inciso VI do art. 129 da CF, instrumentalizando a atuação do Ministério Público, lhe haver conferido expressamente o poder de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”.

Ora, a toda a evidência a expedição de notificações e a requisição de informações e documentos erigem-se em atos de coleta direta da prova pelo Ministério Público.

Por outro lado a expressão “nos procedimentos administrativos de sua competência”, ao contrário do que pretendem fazer crer alguns exegetas, não se restringe à atuação do Ministério Público na esfera cível, haja vista que no inciso III do art. 129 da CF o legislador constituinte fez menção expressa ao inquérito civil e a ação civil pública. Além do que, é regra elementar da hermenêutica jurídica ser “vedado ao intérprete empreender distinção onde o texto legal não distingue”.

Eventuais dúvidas ainda persistentes são dirimidas pela circunstância do inciso VII do art. 129 da CF haver erigido como função institucional do Ministério Público o controle externo da policial.

Evidentemente, o controle externo da atividade policial não importa em subordinar hierarquicamente a Polícia ao Ministério Público (controle interno), recaindo, ao revés, sobre o resultado da investigação criminal levada a cabo pela Polícia Judiciária, de modo que, em sendo constatadas falhas e omissões, deverá o *parquet* corrigi-las, encetando, se necessário, a investigação direta.

Ad argumentandum, ainda que o texto constitucional não autorizasse explicitamente a investigação direta pelo Ministério Público, outra não seria a solução encontrada em se invocando a Teoria dos Poderes Implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland* e que desfruta de ampla aceitação entre nossos constitucionalistas¹⁴, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários para alcançar seu objetivo.

Por derradeiro, o inciso IX do art. 129 da CF, contempla verdadeira “norma de encerramento”, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

As funções institucionais atribuídas ao Ministério Público nos diversos incisos, acima elencados, do art. 129 da CF, por si só, autorizam a investigação direta, razão pela qual revela-se inteiramente desnecessário o exame das normas infraconstitucionais que reproduzem os poderes conferidos em matéria criminal ao *parquet* pela Carta Magna ou lhe conferem, com amparo no permissivo consubstanciado na norma de encerramento contida no inciso IX do art. 129 da CF, outras funções compatíveis com sua finalidade constitucional.

Referimo-nos, especificamente, à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625, de 12.02.93), mais precisamente ao disposto no art. 26, *caput* e seus incisos, e à Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75, de 20.05.93), em especial o art. 8.º, incisos V e VII, sendo certo que esta, por força do disposto no art. 80 daquela, se aplica supletivamente aos Ministérios Públicos dos Estados.

Em abono da tese aqui sustentada, é de se registrar que o próprio STJ já enunciou através da Súmula n.º 234 que: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

¹⁴ Cf. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 7, p. 132.

Trata-se de um reconhecimento implícito do poder investigatório direto por parte do Ministério Público.

Sustenta Geraldo Prado¹⁵ que:

as possibilidades de o Ministério Público investigar diretamente dependem de previsão legal de disposições regulando a investigação, de tal sorte que as lesões decorrentes de abuso na investigação possam ser objeto de reclamação perante o Judiciário.

Já Luis Roberto Barroso, em parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), concluiu, em síntese:

O sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público. A atuação do Parquet nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional.

(...)

Desse modo, e de *lege ferenda*, é de todo conveniente disciplinar, por meio de ato legislativo próprio, as hipóteses e a forma em que será legítima essa atuação e excepcional do Ministério Público.

Endossamos este último posicionamento. Com efeito, a nosso sentir, conquanto a investigação direta pelo Ministério Público, em caráter excepcional, já tenha respaldo nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima referidos¹⁶, afigura-se relevante a especificação em lei das circunstâncias particulares que legitimam seu exercício, para que eventuais excessos possam ser podados pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função de guardião dos direitos fundamentais dos investigados, e sejam responsabilizados seus autores.

A nosso ver, tal orientação em nada lesiona os princípios do contraditório e da

¹⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório - a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 155.

¹⁶ Esposando tese diametralmente oposta, concluindo no sentido da “patente inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público”, vide editorial intitulado “Poderes Investigatórios do Ministério Público”, publicado no Boletim do IBCCRIM n.º 135 (ano 11, fevereiro de 2004).

ampla defesa, eis que a atuação ministerial permanece subordinada ao controle judicial quando envolver direitos fundamentais. Noutra giro, contudo, possibilita alcançar segmentos criminosos inatingíveis pela atuação policial (vinculada ao poder executivo) por conta de interferências políticas. É cediço que as organizações criminosas atingiram crescimento tão espantoso que suas ramificações já atingiram esferas públicas, havendo verdadeiros representantes de tais interesses escusos infiltrados no Poder Público. Nesse sentido, as garantias constitucionais concedidas aos membros do *parquet*, os quais integram órgão constitucional autônomo, não se subordinando a nenhum poder, tem papel fundamental, uma vez que garantem a estabilidade necessária para a concreta atuação.

Vislumbramos como uma alternativa que possibilitaria o combate a essas organizações, independente de investigação por parte do Ministério Público, a extensão das garantia de inamovibilidade aos Delegados de Polícia, como pretende a proposta de emenda à Constituição Federal nº 221/2003, em trâmite no Congresso Nacional, e a proposta de emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro nº 26/2008.

5 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Comumente se busca vincular a origem do processo acusatório aos juízos criminais da primitiva República Romana, mas seguramente ele é anterior, remontando às antigas Repúblicas da Grécia¹⁷.

Originariamente, enquanto se focalizou o delito pela ótica de ofensa a um interesse privado, o método acusatório consistia em se possibilitar ao ofendido e a seus parentes o direito de formularem junto às autoridades competentes uma acusação contra o autor do crime, sob o pressuposto de que “ninguém pode ser levado a juízo sem acusação”¹⁸.

Posteriormente, passando o delito a ser enxergado como ofensa social, reconheceu-se a qualquer do povo, salvo raras exceções, na condição de cidadão, a faculdade de exercitar a acusação. Daí se evoluiu para a distinção entre delitos ofensivos aos interesses coletivos, cuja responsabilidade da acusação se atribuiu a um oficial público, na condição de representante da sociedade, e crimes que por lesarem, tão somente, interesses individuais, a acusação passou a ser desenvolvida exclusivamente pelos titulares dos bens ofendidos ou por seus parentes¹⁹.

Nas palavras de Francesco Pagano²⁰: “as nações bárbaras desconhecem completamente o processo. (...) A passagem à civilidade (...) se mede pela maneira de julgar “.

Efetivamente, o que distingue o método de justiça sumária dos bárbaros do processo penal, é que este objetiva conciliar dois objetivos aparentemente díspares: punir os culpados e paralelamente tutelar os inocentes. Há muito que o direito deixou de amparar a simples vingança, sintetizada na máxima “olho por olho, dente por dente”. Na sociedade moderna, o direito criminal tem uma função muito mais ampla,

¹⁷ Cf. THONISSEN, *apud* CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral*, vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 313.

¹⁸ CARRARA, Francesco. Obra citada, p. 313.

¹⁹ *Ibidem*, p. 313-314.

²⁰ *Apud* FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 483.

visando não apenas a vítima, mas toda a sociedade e o próprio infrator. Eis a razão pela qual, a reinserção social dos condenados tem gerado tantos debates na sociedade moderna.

Outro não é o motivo pelo qual, referindo-se ao sistema acusatório, Carrara²¹ asseverou:

Este sistema apresenta, em máximo grau, as garantias da liberdade civil aos acusados; mas deixa em sério perigo a tutela do direito dos associados, e não é possível senão em um povo eminentemente educado nas virtudes cívicas.

Louvados nos ensinamentos de Ferrajoli²², podemos asseverar que, ao contrário do método inquisitório que preconiza uma relação processual vertical inquisidor-inquirido, do método acusatório resulta uma estrutura trigonal ou triangular com divisão dos papéis entre os três sujeitos do processo:

a) É da essência do método acusatório o afastamento entre acusação e juiz. Preconiza-se, portanto, um juiz natural (definição prévia das regras do jogo) e imparcial (não impedido, nem suspeito), equidistante das partes, com a função precípua de conduzir o processo rumo à decisão da lide, ato final, no qual, em regra, opta por uma das propostas de solução apresentadas pela acusação e pela defesa. Obviamente que, objetivando resguardar a imparcialidade do juiz no desenrolar do processo criminal, a intervenção deste na pendência das investigações criminais deve restringir-se à solução dos procedimentos cautelares, resguardando o devido processo legal e os direitos fundamentais do investigado.

b) Acusação (*nemo iudex sine actore*), a quem incumbe:

b1) instaurar o contraditório mediante formulação da acusação prévia (deve anteceder qualquer ato instrutório), completa (a indeterminação é característica do processo inquisitivo), tempestiva (ao imputado deve ser concedido tempo suficiente para organizar sua defesa), apoiada em indícios suficientes de culpabilidade, delimitadora do objeto da sentença; e

²¹ CARRARA, Francesco. Obra citada, p. 315.

²² FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, pp. 482-498.

b2) o ônus da prova (*nullum iudicium sine accusatione* e *nulla accusatio sine probatione*). Como corolário do princípio da presunção da inocência do imputado e da rígida separação dos papéis protagonizados pelos sujeitos do processo penal no sistema acusatório, incumbe à acusação o ônus da prova, vedando-se a transferência do mesmo ao imputado (papéis: contestar a acusação) ou ao juiz (papéis: livre valoração das provas produzidas pela acusação e pela defesa);

c) Defesa, a quem assiste o direito à contestação (*nulla probatione sine defensione*), desdobrando-se em:

c1) Autodefesa: no sistema acusatório, o interrogatório é o principal meio de defesa colocado à disposição do imputado para contestar a acusação e apresentar seus argumentos justificativos. Em consequência: c1.1) é vedado o juramento do imputado, sendo-lhe assegurado o direito ao silêncio, bem como a responder falsamente; c1.2) são proibidas perguntas tendenciosas ou capciosas (princípio da lealdade processual); c1.3) é assegurado ao imputado contar com a assistência de um defensor técnico durante o interrogatório e c1.4) a confissão perdeu o caráter de prova absoluta, devendo ser cotejada com as demais provas e alegações produzidas no processo;

c2) Defesa técnica, a ser examinada sob três ângulos: c2.1) verdade relativa ou formal: ao contrário do sistema inquisitório em que se busca extorquir por qualquer meio uma verdade absoluta, única, insuscetível, portanto, de abrigar, pontos de vista contrastantes, no método acusatório, se concebe uma verdade relativa ou formal, resultante do “procedimento por prova e erro” livremente desenvolvido pelas partes que representam os interesses opostos no processo (“é livre a valoração, mas é vinculado o método de aquisição das provas”); c2.2) paridade de armas: o sistema acusatório pressupõe a equiparação da defesa à acusação e a participação de ambas em todos os atos instrutórios, estabelecendo-se verdadeiro contraditório entre “hipótese de acusação e hipótese de defesa e as respectivas provas e contraprovas” (processo de investigação baseado no conflito) e c2.3) defesa técnica obrigatória: é dever do Estado assegurar aos hipossuficientes o direito de contar com a assistência gratuita de um advogado.

Objetivando assegurar a observância das três garantias processuais primárias acima enunciadas, podemos elencar, calcados, ainda, nos ensinamentos de Ferrajoli²³, quatro outras garantias processuais de segundo grau:

a) Oralidade, que compreende a imediação do juiz e a concentração da instrução probatória numa audiência, na qual o juiz trava contato direto e imediato com as partes, advogados e testemunhas. Para uma melhor compreensão deste princípio, devem ser feitas as seguintes considerações adicionais: a1) tanto nos países que adotam o sistema da *civil law* como naqueles que encampam o sistema da *common law*, a audiência oral é precedida de uma fase preparatória²⁴ em que as partes, por escrito (razões e contra-razões), traçam os limites objetivos (fáticos e jurídicos) da lide; a2) o sistema oral implica num reforço dos poderes formais do juiz na direção e controle do processo²⁵, principalmente na condução da audiência oral. Contudo, não se admite qualquer interferência do magistrado na fixação do objeto material do processo (lide), cuja configuração continua a cargo das partes (princípio dispositivo) e a3) a adoção do princípio da oralidade não dispensa a documentação por escrito dos atos praticados na audiência, nem, tampouco, exige que a sentença seja prolatada verbalmente nesta. Ao revés, é da essência do princípio que o juiz fundamente sua decisão (livre convencimento) calcado nas provas com as quais travou contato direto na audiência²⁶. Em síntese, a forma falada implica automaticamente em publicidade, sendo própria dos sistemas que contemplam o contraditório das partes e o livre convencimento do juiz;

b) Publicidade: todos os atos instrutórios se devem desenvolver em público, de molde a possibilitar tanto o controle interno (imputado, seu advogado e órgão acusador), quanto o controle externo (opinião pública) da atividade judiciária;

c) Legalidade dos procedimentos (devido processo legal): todos os atos processuais devem observar os procedimentos (ritos) e as formas previamente traçados pela lei, sob pena de nulidade, mormente aquelas que compõem o método legal da

²³ *Ibidem*, pp. 482-498.

²⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 46.

²⁵ *Ibidem*, p. 51.

²⁶ Cf. PRADO, Geraldo. *Obra citada*, p. 172.

formação das provas (no sistema acusatório é livre a valoração, mas é vinculado o método de aquisição das provas). Visa-se ilidir a denominada “ciência privada” dos fatos pelo juiz para fins de formação de seu convencimento em torno da culpabilidade do imputado;

d) Motivação: as decisões judiciais devem ser arrimadas em “asserções” passíveis de verificação e impugnação tanto pelas partes como pela sociedade, possibilitando um controle seja de direito (violação ou errônea interpretação das disposições normativas), seja de fato (defeito ou insuficiência das provas).

Controvertiam²⁷ os juristas a respeito da circunstância do nosso ordenamento jurídico contemplar ou não o sistema acusatório.

Rogério L. Tucci²⁸ encampa a tese do sistema misto, resultante da mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório. Com efeito, enquanto nosso sistema investigatório (fase pré-processual ou preliminar) ostentaria feição inquisitória, a fase processual seria estruturada em torno do princípio acusatório.

Todavia, cabe asseverar ser pacífico o entendimento de que apesar de ser característica do inquérito policial a inquisitorialidade, provas produzidas nesse momento que não podem ser reproduzidas na fase processual, como por exemplo as provas periciais, não deixam de se atender ao princípio do contraditório. É o que se chama de contraditório postergado ou diferido, eis que o mesmo ocorrerá, contudo em momento posterior, já na fase processual, sendo aberta a possibilidade do réu questionar a prova.

Nesse sentido, entendemos que com o advento da Constituição Federal de 1988 e conseqüentemente, com os princípios e garantias emanados desta Carta Magna, destacando-se obviamente o contraditório e a ampla defesa, podemos asseverar que o Brasil adota o Sistema Acusatório. Esta é a orientação que tem predominado na doutrina atual.

²⁷ Fazendo alusão à “estrutura acusatória do nosso processo penal”: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1. Campinas: *Bookseller*, 1997, pp. 73.

²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 79-80.

Confirmando a indissociável relação entre o princípio do contraditório, consagrado no brocardo latino *audiatur est altera pars*²⁹, e o sistema acusatório, configurando aquele alicerce necessário deste, destaca-se a lição de Tourinho³⁰:

Em todo processo do tipo acusatório, como o nosso, vigora tal princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se propõe a ação penal, goza do direito primário e absoluto da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido.

Evidentemente, apesar da reforma de determinados setores de nosso Código de Processo Penal realizada pelas leis 11 690/08 e 11 689/90, por ser ele da década de 40, permanecem uma série de resquícios daquela época que se tornou notória pelo autoritarismo.

Importante se torna, portando, reler as normas processuais à luz dos princípios consagrados pela Lei Maior, em especial observando-se a exigência dos princípios que inspiraram esse estudo, ou seja, realizando o processo que a doutrina convencionou chamar de “*filtragem constitucional*.”

Outra não é a conclusão de Marcellus Polastri³¹:

Assim, se é verdade que não existe dúvida de que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório puro, também é verdade que devemos adequar a legislação infraconstitucional, dela retirando todos os resquícios e incoerências de normas advindas de outros sistemas incompatíveis com a Constituição Federal, que podem, inclusive, gerar dúvidas quanto à inconstitucionalidade ou não recebimento pela Carta Magna, como é o caso do recurso de ofício, a requisição de inquérito policial pelo Juiz e a decretação de ofício, pelo Juiz, da prisão preventiva.

Isto posto, observa-se que a busca pelo purismo do sistema acusatório não ocorreu de maneira imediata, mas vem lentamente se estabelecendo entre nós, seja

²⁹ Sobre qualquer alegação de uma parte, a parte contrária deve ser ouvida.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 49

³¹ POLASTRI, Marcellus. Obra citada. pp.36

através de novas leis como as que vêm reformando o Código de Processo Penal, seja através das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, observa-se que a instituição dos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais constituem alicerces do sistema acusatório, há 20 anos atrás (Promulgação de nossa atual Carta Magna), vem gerando reflexos e mudança gradual de paradigmas até os dias de hoje.

Nesse sentido, é imperioso transcrever a magistral exposição de Geraldo Prado³²:

(...) de fato a Constituição da República optou pelo sistema acusatório, mas o ordenamento jurídico processual ainda está distante da máxima acusatoriedade, razão pela qual recomenda-se que, propondo-se a reforma do processo penal, como consequência da transformação constitucional operada em 1988, coloque-se de lado a aparência acusatória e efetive-se a estrutura que, democraticamente, divide tarefas, funções e responsabilidades.

³²Prado, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp.207

6 BREVE HISTÓRICO E BASE LEGAL DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO BRASIL

Conforme sublinhado acima, o contraditório e a ampla defesa são pilares de sustentação do sistema acusatório.

Neste ponto, ainda que muito sucintamente, traçamos alguns registros³³ da síntese evolutiva do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Na idade média a defesa era desprovida de real significância, o que ensejou a reação dos filósofos iluministas.

A Declaração de Direitos de Virginia, de 12 de junho de 1776, em seu art. 10, assegurou a todos os réus que viessem a ser processados criminalmente o elementar direito de defesa.

A Emenda Constitucional n.º VI, de 25 de setembro de 1789, inseriu na Constituição Americana de 1787 o direito de defesa.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789, conquanto tenha contemplado o princípio da presunção da inocência em sua cláusula IX, não fez qualquer referência direta ao direito de defesa, o qual só veio a ser proclamado expressamente em 1973, na nova Declaração dos Direitos do Homem encampada pela Convenção Nacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu art. 11, assegurou o direito de defesa a todo o homem acusado da prática de ato delituoso.

Todas as Constituições Brasileiras, a começar pela de 1824, incorporaram em seu corpo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No nosso sistema jurídico atual, os princípios do contraditório e da ampla defesa, duas faces da mesma moeda, possuem raiz constitucional, eis que contemplados no art. 5.º, LV da Carta Magna, nos seguintes termos: “aos litigantes, em proces-

³³ Cf. ALMEIDA, Gevan. *Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 58-62.

so judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes“.

A Constituição Federal de 1988, registre-se, inovou em relação à nossa Lei Fundamental anterior ao estender o contraditório aos procedimentos administrativos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22/11/1969 na cidade de São José da Costa Rica, teve seu texto no Brasil aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 26/05/1992, sendo incorporada ao nosso direito interno através do Decreto n.º 678, de 06/11/92.

O art. 8.º da referida Convenção contempla diversas garantias judiciais, algumas delas em termos mais amplos que aqueles empregados na nossa Constituição Federal de 1988.

Acontece que o art. 5.º, § 2.º da Lei Fundamental dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Logo, por força deste dispositivo, todas as garantias processuais penais previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ostentam a mesma hierarquia daquelas consubstanciadas na nossa Carta Magna, interagindo entre si e prevalecendo sempre aquela que assegure de forma mais abrangente os direitos fundamentais³⁴.

³⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

7 A NATUREZA JURÍDICA E A AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A ampla defesa, à semelhança do direito de ação, erige-se em direito público subjetivo³⁵ do réu à prestação da tutela jurisdicional estatal, desdobrando-se em:

a) defesa técnica³⁶, direito de contar com a assistência de profissional legalmente habilitado de sua livre escolha ou nomeado pelo juiz, a quem incumbe a prática dos atos processuais que exigem capacidade postulatória.

b) autodefesa, que é exercitada pelo próprio réu, abrangendo o denominado direito de audiência, compreendendo o direito de ser ouvido pelo juiz e entrevistar-se com seu advogado, sugerindo a este perguntas para serem formuladas pelas testemunhas, e o direito de presença, que consiste na possibilidade do réu acompanhar pessoalmente o desenrolar do processo, ou seja, de estar presente aos atos processuais instrutórios.

Tais garantias já se consagraram há muito em nosso ordenamento, estando expressamente previstas em nosso Código de Processo Penal. A necessidade de defesa técnica se encontra positivada no art. 261 do Código de Processo Penal: “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

Por sua vez, o direito de autodefesa encontra abrigo no art. 185:

³⁵ Jellinek concebe o direito subjetivo público como o poder oriundo da própria condição de pessoa (personalidade) oponível ao Estado, capaz de determinar o agir deste. Já o direito subjetivo privado, a seu sentir, ancora-se na liberdade humana, consistindo no conjunto de faculdades de cunho privado originadas pela simples manifestação de vontade (JELLINEK, Georg, obra citada). Como leitura complementar sobre direito público subjetivo recomenda-se: LAVIÉ, Quiroga. *Los Derechos Públicos Subjetivos y la Participación Social*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

³⁶ Para José Frederico Marques a defesa técnica “é uma representação *sui generis*, porque o defensor vela pelos interesses do representado, mesmo contra a vontade deste” (obra citada, vol. II, pp. 74). A nosso sentir, complementamos, ao assistido restará, tão somente, a alternativa de substituí-lo por outro de sua livre nomeação.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

A ampla defesa, que transcende os meros interesses privados do acusado e se erige em garantia de processo justo que legitima a própria jurisdição estatal, nos termos ventilados na Lei Fundamental, não é ilimitada, e sim ampla, razão pela qual deve ser exercitada dentro dos prazos e moldes previstos em lei, pressupondo que o réu tenha prévio conhecimento da acusação contra si formulada (citação) e que ele e seu defensor sejam notificados de todos os atos processuais a se realizarem, bem como intimados de todas as decisões, sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, o).

O contraditório é uma técnica processual, elevada também ao *status* de garantia constitucional, que viabiliza na prática a ampla defesa, impondo aos atos instrutórios em sentido amplo do processo a bilateralidade, de modo que tanto a acusação quanto a defesa, em condições de igualdade (paridade de armas), possam efetivar as provas que entenderem convenientes, acompanhar aquelas produzidas a requerimento da parte adversa, produzir suas alegações e contra-argumentos, tudo de modo a influir no livre convencimento do julgador, bem como recorrer das decisões que lhes forem desfavoráveis.

A autodefesa, que na sua essência compreende o direito do réu ser interrogado pelo juiz (direito de audiência) e de estar presente a todos os atos processuais, em especial os de cunho instrutório (direito de presença), erige-se em exigência legal suprível, ressalvada as hipóteses legais previstas nos arts. 366³⁷ e 414³⁸, ambos do CPP, tanto assim que o art. 367 do mesmo diploma legal determina que:

o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justifica-

³⁷ Prevê o art. 366 do CPP: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do art. 312”.

³⁸ O art. 414 do CPP dispõe: “A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for afiançável, será feita sempre ao réu pessoalmente”.

do, ou, no caso, de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo

Já a defesa técnica, como condição da paridade de armas, é injunção legal que não pode resultar desatendida³⁹ (indisponível ou irrenunciável), sob pena de nulidade, nos termos do art. 564, III, c do CPP, devendo, em conseqüência, o juiz nomear defensor ao réu que não o tiver ou cujo desempenho seja insatisfatório, a ponto de deixar o réu indefeso. Neste particular, é de se consignar que, não obstante a regra prevista no art. 497, V do CPP se direcione ao procedimento do júri, a mesma é perfeitamente aplicável aos demais procedimentos criminais.

Em matéria de direito de defesa em processo criminal, funciona como bússola a Súmula n.º 523 do STF: “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Em conseqüência, restou firmado o entendimento da necessidade de uma defesa efetiva (substancial), não sendo suficiente uma defesa meramente formal para satisfazer as exigências decorrentes do princípio da ampla defesa.

³⁹ Razão pela qual o advogado foi tratado pela Constituição Federal como indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133).

8 QUESTÕES RELACIONADAS

8.1 Contraditório e Ampla Defesa x Inquérito Policial

É cediço que o inquérito policial é um procedimento administrativo investigatório e sigiloso, destinado a apurar a autoria de uma infração penal, a comprovar a sua materialidade e a coletar elementos de convicção passíveis de ensejar ao Ministério Público a forma adequada de sua *opinio delicti*, isto é, a deliberar sobre o exercício ou não do *jus perseguendi in juditio*.

Neste ponto, emerge a seguinte indagação: permanece o inquérito policial ostentando cunho inquisitivo ou deverá submeter-se ao crivo do contraditório?

A despeito da existência de corrente doutrinária minoritária que sustenta a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa na pendência do inquérito policial⁴⁰, a nosso sentir, este não está sujeito ao crivo do contraditório e da ampla defesa, haja vista a impossibilidade de redundar na aplicação de uma “pena”. Note-se, aliás, que o art. 5.º, LV da Constituição Federal ao aludir a “litigantes”, “processo administrativo” e “acusados”, restringiu o contraditório aos processos administrativos instaurados para apurar infrações administrativas ou aos processos administrativos fiscais⁴¹, os quais contemplam imputação e instrução em sentido estrito, sendo passíveis de ensejarem a imposição de sanções.

Em tais circunstâncias, resta inaplicável o contraditório em sede de inquérito policial, cingindo-se a assistência do advogado por ocasião da lavratura do auto de

⁴⁰ Neste sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. *Principais Instituições do Processo Penal Brasileiro e Elaboração Legislativa de Novo Código de Processo Penal: inquérito policial*, RT 697, pp. 269-279.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 47.

prisão em flagrante, conforme previsão do art. 5-º, LXIII da Constituição Federal, a resguardar a regularidade dos atos.

Na pendência de inquérito policial, contudo, a nosso sentir, deverá assegurar-se à defesa técnica, participação efetiva na realização das perícias técnicas e na denominada prova *ad perpetuam rei memoriam*, atos estes de “cunho instrutório”, já que sua renovação na fase processual geralmente se mostra inviável. Este é o conteúdo normativo da regra insculpida no art. 14 do CPP, a qual viabiliza, igualmente, tanto ao ofendido quanto ao indiciado o requerimento de diligências úteis, cujo exame dependerá de deferimento prévio da autoridade policial.

A ausência de contraditório durante a tramitação do inquérito policial não significa, contudo, que o sujeito investigado esteja desprovido de meios jurídicos passíveis de frear eventuais abusos, restaurando suas garantias individuais, podendo, inclusive, valer-se do remédio heróico do *habeas corpus* sempre que sua liberdade de locomoção sofrer violência ou coação.

Todavia, é imperioso salientar que o Supremo Tribunal Federal, em oposição ao posicionamento doutrinário consolidado, vem proferindo decisões que, se não chegam a assegurar a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa ao inquérito, certamente inauguram uma nova ótica acerca de tal procedimento administrativo, ignorando princípios próprios do inquérito.

Nesse sentido, registro a decisão proferida pela 1ª turma no HC 90232/AM, onde se concedeu a ordem de ofício, para assegurar aos causídicos do paciente a faculdade de consultar os elementos de informação já introduzidos nos autos, bem como de obter as cópias pertinentes. 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 impõe ao procedimento.

Salientando a inexistência de conflito de interesses contrapostos, asseverou-se que a Lei 8.906/94 prestigia a prerrogativa do defensor contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado no inquérito. No ponto, ressaltou-se que o inciso XIV do seu art. 7º não faz nenhuma distinção entre inquéritos sigilosos e não sigilosos. Além disso, afirmou-se que tal oponibilidade esvaziaria a garantia prevista no inciso LXIII do art. 5º da CF (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de

permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”), que se estende ao indiciado solto (Precedentes citados: HC 82354/PR; HC 87827/RJ).

Merece friso também, a decisão monocrática de Gilmar Mendes no HC 92.599, onde ficou expressamente consignado que o réu tem direito de defesa mesmo na fase do Inquérito. No caso em tela, o ministro aceitou o pedido de liminar de Ivo Almeida Costa, assessor do ex-ministro de Minas e Energia Silas Rondeau através do qual objetivava garantir o direito de juntar laudo pericial, em sua defesa, no inquérito policial que a Polícia Federal movia contra ele (Operação Navalha). In casu, foi atacado acórdão, relatado pela ministra Eliana Calmon, no qual se asseverava que o *“inquérito policial é um procedimento investigatório e inquisitorial, não envolto pelo contraditório, não tendo o indiciado direito de se envolver na colheita da prova”*. Era ressaltado ainda, que a juntada de documentos na fase do inquérito pode ser indeferida pelo juiz, quando causar tumulto processual.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes relacionou uma série de precedentes da Corte em relação a pedidos semelhantes e no sentido de deferir o pedido da defesa. *“Tais julgados respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais mencionados (CF, art. 5o, LIV e LV)”*, concluiu.

Eis excertos da decisão:

Com relação à argumentação expendida pelo acórdão recorrido no sentido de que o inquérito policial seria procedimento investigatório e inquisitorial não envolto pelo contraditório, é pertinente traçar algumas considerações.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (STF) tem assegurado a amplitude do direito de defesa mesmo que em sede de inquéritos policiais e/ou originários.

Nesse particular, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais, destaco os seguintes julgados:

EMENTA: ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5o, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7o, XIV, da Lei no 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei no 6.368/76 Precedentes. É

direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte” - (HC no 88.190/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, DJ 6.10.2006).

EMENTA: I. Habeas corpus prejudicado dado o superveniente julgamento do mérito do mandado de segurança cuja decisão liminar era objeto da impetração ao Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, deste. II. Habeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 (‘Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de impetrado contra decisão do Relator que, em requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar’). III. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

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

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7o, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

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

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

5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas” — (HC no 87.827/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, DJ 23.6.2006).

Se tal orientação se confirmar, nos depararemos com a queda de dogmas processuais penais, cabendo salientar que a atividade policial, ao menos da forma como é desenvolvida hoje, restará sobremaneira dificultada.

Assim sendo, é imperioso asseverarmos a necessidade de se revolucionar para além das normas, conferindo a polícia estrutura e subsídios para atuar de acordo não só com a vanguardista interpretação de nossa Suprema Corte, como também com os arroubos de nossos legisladores.

O que nos parece inviável é coadunarmos a atual estrutura física e de pessoal de nossos quadros policiais com a estrutura normativa que tem sido moldada pelo poder Judiciário e Legislativo, sob pena de enveredarmos de vez pelo caminho de uma guerra civil, em que a marginalidade age de maneira desinibida, respaldada por uma exacerbada proteção legal, e os agentes policiais não atuam, por estarem despreparados ou temerosos de incorrerem em ilegalidades e consequentes punições, ou atuam da maneira antiga, ou seja, em total descompasso com a realidade jurídica vigente.

Exemplo recente que traduz essa complexa situação é a súmula vinculante editada pelo Superior Tribunal Federal relativa ao uso de algemas. Cabe transcrevê-la :

Súmula Vinculante Nº 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.

A referida súmula, a despeito da polêmica suscitada por ter sido baseada em um único caso concreto e não em reiteradas decisões, causa alvoroço por não estabelecer nenhum critério objetivo que norteasse a atuação policial. Evidencia-se a dificuldade que ocasionará aferir se o agente policial agiu corretamente ou não ao algemar determinado indivíduo, isto porque, se em juízo já é por demais tormentoso averiguar a real periculosidade do envolvido, quanto mais para o agente policial no calor da ação.

É cediço que ao ver ameaçado o seu bem mais precioso depois da vida, qual seja, a liberdade, o ser humano é capaz de proezas inimagináveis em condições normais. Mesmo cidadãos pacatos são capazes de ato de selvageria contra o restante da sociedade quando se sentem ameaçados.

Houve quem se insurgisse contra a referida súmula alegando constituir uma tentativa de diminuir o ímpeto da polícia federal, contudo, a questão parece se espalhar para todas as polícias e para o próprio poder Judiciário.

Nesse sentido, foi amplamente noticiado recentemente o ataque perpetrado por réu à promotora e à juíza de determinada comarca do interior do Estado do Rio de Janeiro ao se ver livre das algemas.

Os defensores da súmula, se baseiam no próprio princípio do contraditório e da ampla defesa, sustentando no tocante ao uso das algemas no Júri por exemplo, que sua utilização diminuiria em muito as chances da defesa, eis que as algemas maculariam a imagem do réu, gerando uma presunção não só de periculosidade, mas também de culpabilidade na mente dos jurados.

Alegam, portanto, que o uso das algemas, salvo em casos teratológicos, constituiria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e à presunção de inocência.

A questão é complexa, sendo inegável a força e veracidade dos argumentos acima expostos. Contudo, enfrentando o tema posto, não devemos nos esquecer que o uso das algemas possui duas óticas. Se de um lado está o indivíduo investigado ou acusado, de outro se encontram também seres humanos constitucionalmente protegidos, desempenhando o seu trabalho.

É fundamental termos em conta, que o Estado-Juiz, assim como o Estado Policial, é integrado por pessoas e não uma máquina. Assim sendo, mais uma vez deve ocorrer a ponderação de interesses entre os direitos fundamentais do réu e os daqueles que estiverem desempenhando sua missão constitucional, de forma que deve preponderar o zelo pela segurança e vida dos agentes públicos, cujos atos gozam da presunção de legalidade e legitimidade, sob a imagem do acusado.

Cabe salientar, que o raciocínio acima esposado não almeja desprezar o valor da imagem ou da honra individual, apenas busca temperar o rigor da súmula amoldando-a as dificuldades existentes na realidade fática. Assim, a súmula deve sim ser aplicada, contudo apenas a casos teratológicos, em que a desproporcionalidade da medida fique patente ao bom senso comum. Merecem registro situações divulgadas por toda a mídia, em que idosos trajando pijamas, cercados por dezenas de polici-

ais, foram algemados, nas quais, por óbvio, se repetidas, ensejarão a aplicação da súmula vinculante nº 11 .

8.2 Contraditório e Ampla Defesa x Interrogatório do Réu

A aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa no interrogatório do réu suscitou importantes mudanças, não só na interpretação jurisprudencial como alterações inclusive na letra da lei.

A própria natureza jurídica do interrogatório era controvertida na doutrina. Seria meio de prova ou meio de defesa ou, ainda, meio de defesa e de prova ?

Com a edição da Lei 10 792/03, valorizando o contraditório e a ampla defesa nesse momento do processo, se tornou insustentável a defesa do interrogatório como meio de prova apenas.

Capitaneando a corrente que sustenta ser o instituto meio exclusivo de defesa, Tourinho Filho⁴² prega que apesar de ser fonte de prova, o interrogatório não seria meio de prova, uma vez que a Constituição Federal assegura o direito ao silêncio, de forma que só caberia ao réu se pronunciar durante o interrogatório, se tal conduta fosse benéfica sua defesa.

Noutro giro, defendendo a posição que entendemos correta, Polastri:⁴³

O fato de o art. 5º, LXIII, da CF reconhecer ao réu o direito ao silêncio não retira do interrogatório o caráter de meio de prova, pois apenas faculta ao réu o direito de não se auto-incriminar. Vale dizer, se o réu calar-se, o interrogatório como meio de prova não terá utilização em seu favor no processo, mas, se confessar ou der outra versão aos fatos, poderá constituir-se em meio de prova.

⁴²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2001. p.263

⁴³ POLASTRI, Marcellus. *curso de Processo Penal. Volume 11. 2. ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.119.

Ademais, a própria localização topográfica do instituto corrobora essa posição, uma vez que está inserido como um dos capítulos do título denominado : “DA PROVA”. Resulta daí, lógica conclusão.

À despeito de tal inovação legal, os Tribunais, em especial a Suprema Corte, tem encontrado fértil campo para dar efetiva aplicação à observância do contraditório e da ampla defesa no instituto do interrogatório, quebrando antigos paradigmas.

Nesse sentido, analisando o RE 459518/RS⁴⁴, a 1ª Turma do STF, reafirmou a importância do defensor no interrogatório para assegurar o respeito à ampla defesa .

In casu, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para declarar a nulidade de processo penal a partir da realização do interrogatório, que ocorreu sem a presença do defensor do condenado. Reformou-se acórdão do TJ/RS, que considerara dispensável a presença de defensor no interrogatório, ao fundamento de que o interrogatório não estaria sujeito ao princípio do contraditório por se tratar de ato privativo do magistrado.

Considerando que o interrogatório é fase do próprio processo, e densificando a cláusula da ampla defesa (art. 5º, LV/CF), a Corte enfatizou que ninguém pode ser processado sem assistência técnica, havendo de se assegurar a garantia, conferida a qualquer pessoa, de ter assistência de advogado, a teor do art. 5º, LXIII/CF.

Aqui cabe destacar o entendimento segundo o qual a ampla defesa há de ser considerada defesa técnica, que é aquela feita por quem tem conhecimento técnico da matéria, ou seja, por advogado, legalmente habilitado ao exercício da profissão.

Com essa mesma orientação, a Corte declarou no HC 89222/RJ⁴⁵ a nulidade de processo penal no qual a defesa do Réu tinha sido promovida por um estagiário, configurando a ausência de defesa técnica, e no HC 88797/RJ⁴⁶, invalidou-se transação penal firmada em audiência preliminar no Juizado Especial Criminal na qual o Réu não contou com defesa técnica, sob o fundamento de que a presença de defesa técnica na audiência preliminar em Juizado Especial Criminal é indispensável à transação penal.

⁴⁴ Informativo 485 do STF, disponível em www.stf.jus.br.

⁴⁵ Informativo 478 do STF, disponível em www.stf.jus.br

⁴⁶ Informativo 437 do STF, disponível em www.stf.jus.br

Da mesma forma, a importância do advogado para a caracterização da ampla defesa também foi consagrada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que sumulou a seguinte orientação: “*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar*” (Súmula 343).

Além da defesa técnica, o princípio da ampla defesa é constituído pela denominada autodefesa, que na sua essência compreende o direito do réu ser interrogado pelo juiz (direito de audiência) e de estar presente a todos os atos processuais, em especial os de cunho instrutório (direito de presença).

Assegurando o valor deste elemento, a 2ª turma do Pretório Excelso, analisando o HC 86634/RJ⁴⁷, deferiu, de ofício, *habeas corpus* para assegurar ao paciente, que se encontrava preso, o direito de presença em todos os atos de instrução a serem realizados no âmbito do processo-crime contra ele instaurado, sob pena de nulidade absoluta daqueles aos quais se negasse o comparecimento pessoal.

Tendo em conta a natureza dialógica do processo penal acusatório, considerou-se que o acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução processual e ainda, que as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência da remoção de acusados presos a locais diversos daqueles em que custodiados não têm precedência sobre as determinações constitucionais.

No ponto, asseverou-se que o direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do acusado, do outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas que derivam da garantia constitucional do devido processo legal, consubstanciando o estatuto constitucional do direito de autodefesa, que encontra suporte legitimador também em convenções internacionais.

Por fim, invalidou-se, por absolutamente nula, qualquer audiência de instrução que tivesse sido realizada sem a presença pessoal do paciente, o qual deverá ser requisitado para tal fim.

⁴⁷Informativo 453 do STF, disponível em www.stf.jus.br

Questão controversa correlacionada ao tema, consiste na possibilidade de interrogatório por videoconferência, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 88914/SP⁴⁸.

O *habeas corpus* impetrado em favor de paciente cujo interrogatório fora realizado por videoconferência, no estabelecimento prisional em que recolhido, sem que o magistrado declinasse as razões para a escolha desse sistema, foi deferido.

Entendeu-se que o interrogatório do paciente, realizado — ainda na vigência da redação original do art. 185 do CPP — por tele-audiência, estaria eivado de nulidade, porque violado o seu direito de estar, no ato, perante o juiz.

Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, consubstanciando-se esta, nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa.

Entendeu-se, no referido julgamento, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão “perante” não contemplaria a possibilidade de que esse ato fosse realizado “*on-line*”.

Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema.

Foi considerado, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência violaria a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível.

Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando se impedisse o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restaria restringida a defesa penal.

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça recentemente, ao julgar o HC 108.457-SP⁴⁹, unificando a posição dos Tribunais Superiores acerca da questão. Entendeu-se que o interrogatório judicial realizado por meio de

⁴⁸ Informativo 476, disponível em www.stf.jus.br.

⁴⁹ Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18/9/2008.

videoconferência constitui causa de nulidade absoluta processual, pois afronta o princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários (art. 5º, LV, da CF/1988).

Solidificando sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal proferiu, através de 2ª turma, outro julgado, decidindo o HC 94016, reiterando a importância da observância do Contraditório e da Ampla Defesa em sede de interrogatório.

Considerou-se que a negativa de juiz aos defensores dos co-réus em um processo penal de formularem reperguntas (perguntas após inquirição feita pelo juiz ou pela outra parte), durante um interrogatório judicial, é motivo de anulação do processo desde a fase dos interrogatórios.

No processo, o réu era acusado de lavagem de dinheiro no curso de contrato de financiamento mantido entre o clube de futebol Corinthians Paulista e a empresa MSI, da qual era dono.

A Turma determinou a realização de novos interrogatórios, assegurando ao réu, mediante regular e prévia intimação de seu advogado, a oportunidade de participar dos interrogatórios dos demais co-réus. A Turma decidiu estender também, igualmente de ofício e nos mesmos termos, o HC aos demais co-réus no processo que tiveram negado o direito de formular reperguntas nos interrogatórios no mesmo processo.

Em seu voto, Celso de Mello lembrou que a Lei nº 10.792/2003 deu nova redação a diversos artigos do Código de Processo Penal (CPP) que tratam do interrogatório judicial, sobretudo os de números 185, 186, 188 e 189. Segundo essa nova concepção, ao lado de servir como meio de prova da acusação, o interrogatório passou a ser, também, com destaque, elemento de defesa do réu, que deve dispor de todos os meios de ampla defesa durante o seu transcurso. E este direito inclui o de participar dos interrogatórios dos demais co-réus, com pleno direito a seus defensores de não só estarem presentes às audiências, mas também de formular reperguntas aos demais co-réus.

O ministro asseverou ainda, ao formular seu voto, que *“se impõe assegurar, com fundamento na garantia constitucional do due process (devido processo legal com direito de ampla defesa) a qualquer litisconsorte penal passivo que assim o*

requeira, o direito de formular perguntas aos co-réus, quando do respectivo interrogatório judicial”.

O ministro Celso de Mello citou como principal precedente para apoiar seu voto uma decisão do Plenário do STF, proposta pelo ministro-relator da Ação Penal 470 (mensalão), Joaquim Barbosa. A decisão não só assegurou o direito dos co-réus de participarem, juntamente com seus defensores, dos interrogatórios dos demais co-réus, como ainda incluiu determinação no sentido de que não se marcassem interrogatórios simultâneos e se guardassem intervalos de pelo menos 24 horas entre uns e outros, para permitir aos co-réus se locomoverem, em tempo, até as respectivas jurisdições.

Cabe destacar que durante o referido julgamento, o ministro Joaquim Barbosa chegou a sugerir que a Turma levasse a questão ao Plenário e propusesse a edição de uma Súmula Vinculante para uniformizar o comportamento dos juízes nos interrogatórios. Prevaleceu, entretanto, a decisão de aguardar o julgamento, pelo Plenário, de um caso semelhante para, então, adotar-se, eventualmente, esse procedimento.

Diante do exposto, conclui-se que os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório deixaram de ser meramente observados para se tornarem parte da própria essência do instituto do interrogatório, acarretando a mudança de dispositivos legais do Código de Processo Penal, de forma que o mesmo se coadunasse com o disposto na Constituição Federal, influenciando de maneira decisiva na controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, que passou a ser visto como meio de defesa.

Todas essas evoluções na busca por um sistema acusatório puro, ocorreram respaldadas por jurisprudência que vem tornando firme o correto respeito ao Contraditório e à Ampla Defesa, sob pena de nulidade processual.

8.3 Contraditório e Ampla Defesa x Defesa Prévia

Inicialmente, cabe analisar a defesa prévia concernente aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

Consubstanciava entendimento consolidado nos Tribunais Superiores que a defesa prévia prevista no art. 514 do Código de Processo Penal, relativa ao procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, só devia ser necessariamente observada quando a denúncia não se encontrasse lastreada em inquérito policial. Confirmamos o dispositivo:

Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a resposta preliminar.

Contudo, o que até outrora configurava porto pacífico, passou a ser questionado em seguidos julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal.

Durante a análise do HC 85779/RJ⁵⁰, asseverou-se, pela primeira vez, a relevância de se revisar a jurisprudência consolidada da Corte no sentido de que eventual nulidade decorrente da não-observância do art. 514 do CPP tem caráter relativo e de que a defesa prévia é dispensável quando a denúncia é lastreada em inquérito policial.

Salientou-se que o art. 514 do CPP tem por objetivo evitar o processo como pena, ou seja, impedir a instauração de processo temerário, com base em acusação que a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada.

Considerou-se, entretanto, que, no caso sob análise, em razão de já ter havido sentença condenatória transitada em julgado, tendo sido devidamente

⁵⁰ Informativo 457, disponível em www.stf.jus.br.

prestada a jurisdição e exercido o direito à ampla defesa, não mais se poderia reabrir a discussão sobre a viabilidade da denúncia

Posteriormente, o Pretório Excelso, através de sua 1ª Turma, ao julgar o HC 89686/SP⁵¹, aplicou a nova orientação firmada pela Corte, em *obiter dictum* no HC 85779/RJ, no sentido de que a notificação prévia não é dispensada quando a denúncia se apóie em inquérito policial. No ponto, afirmou-se que, havendo inquérito, apenas ficam dispensados os elementos de informação mencionados no art. 513 do CPP.

Desta forma, mais um entendimento considerado sólido, caiu diante da nova abrangência e alcance dados ao princípio do contraditório e da ampla defesa, criando nova concepção da norma emanada do art. 514 do Código de Processo Penal.

Merece ser lembrada, a questão da defesa prévia instituída pela lei 10 409/02, apesar da mesma já ter sido superada pelo advento da lei 11 343/03. Durante a vigência da referida lei, houve muita controvérsia acerca das consequências advindas da inobservância dessa resposta preliminar pelo magistrado.

Não havia dúvidas quanto a nulidade do processo caso ficasse provada que a falta de defesa prévia acarretou prejuízos a defesa, consoante clássico brocardo latino. Contudo, não sendo comprovado tal dano, havia divergência jurisprudencial, havendo inúmeros julgados sustentando que nesses casos nenhuma nulidade deveria ser decretada e alguns, em recente tendência, defendendo a nulidade absoluta do processo a partir do momento em que a exigência legal de resposta preliminar fosse ignorada.

Foi essa a conclusão esposada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o HC 69743. Entendeu-se, *in casu*, que a inobservância do contraditório prévio nos delitos previstos na antiga Lei de Tóxicos, por parte do juízo monocrático, gera a nulidade absoluta do processo. Isto posto, concedeu-se a ordem para para anular o processo, ab initio, determinando a observância do

⁵¹ Informativo 471, disponível em www.stf.jus.br.

procedimento previsto na Lei nº 11.343/2006, que revogou a Lei nº 10.409/2002, e ainda, para ordenar a soltura dos pacientes.

No âmbito dos crimes falimentares, vem prevalecendo a mesma orientação. Entende que há constrangimento ilegal, se a denúncia pela prática de crime falimentar, for recebida sem que antes se proporcione ao falido a oportunidade de apresentar defesa, tal como prelecionava o art. 106 do DL n. 7.661/1945. Ocorre, *in casu*, raciocínio analógico ao entendimento do Superior Tribunal quando declara a nulidade, por falta da defesa prévia, nos processos de tráfico de entorpecentes (Lei nº 10.409/2002), afastando a necessidade de prova do prejuízo. Nesse ponto, podemos citar alguns precedentes do STF, como a decisões proferida no HC 82.222-SP, DJ 6/8/2004; e do STJ, no RHC 16.181-RJ, DJ 9/5/2005; HC 41.859-SP, DJ 2/10/2006; RHC 10.219-SP, DJ 6/5/2002, e RHC 15.723-RJ, DJ 11/9/2006. RHC 20.880-RJ.

Cabe salientar, que a defesa prévia era hipótese exclusiva dos procedimentos dos crimes de responsabilidade do funcionário público e de alguns crimes previstos em leis penais especiais, todavia, com a reforma implantada pelas Leis 11 689/08 e 11 690/08, passou de exceção para regra. Merece transcrição o disposto no art. 406, em sua nova redação:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Diante do exposto, evidencia-se que o legislador ao ampliar o instituto da defesa prévia o fez objetivando dar maior abrangência ao Contraditório e a ampla defesa. Assim, a referida peça processual passou a fazer parte do procedimento ordinário, de forma que, antes mesmo do juiz receber a denúncia haverá uma oportunidade para o acusado se defender da imputação, podendo evitar o próprio início da ação penal.

Tal evolução se coaduna não só com os princípios que instigaram o presente estudo, mas com inúmeros outros constitucionalmente previstos, como o princípio do devido processo legal, cabendo transcrever magistral lição proferida pelo Ministro Celso de Mello ao julgar o MS 26358 MC/DF⁵²:

O exame da garantia constitucional do “due process of law” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); e (l) direito à prova.

⁵² Informativo 457, disponível em www.stf.jus.br.

9 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, pudemos analisar profundamente o princípio do contraditório, que consiste, em apertada síntese, no direito público subjetivo do réu à prestação da tutela jurisdicional estatal, desdobrando-se em defesa técnica e possibilidade de autodefesa, e o princípio da ampla defesa, que nada mais é do que uma garantia constitucional processual, intimamente relacionada com a ampla defesa, eis que é responsável por possibilitar o seu exercício, desde seu surgimento até os dias atuais.

Incorporados a nosso ordenamento desde a Constituição de 1824, os referidos princípios ganharam gradativa importância ao longo dos anos, para se tornar, com o advento da Constituição Federal de 1988, a nortear nosso sistema criminal, tendo inclusive, tido sua abrangência estendida para além de tal ramo, alcançando os procedimentos administrativos. Até uma sanção administrativa exige o devido respeito ao contraditório e à ampla defesa para ser legalmente imposta.

Evidenciou-se, ainda, a íntima relação existente entre o sistema acusatório e os referidos princípios, configurando estes verdadeiros alicerces daquele.

Contudo, apesar da significativa revolução que a referida Carta Magna causou ao ser promulgada, os contornos definitivos da relevância de tais princípios ainda vem sendo desenhados, seja através de construções doutrinárias seja através de mudanças na orientação jurisprudencial, emcampada pelos Tribunais Superiores, isto quando não deflagradas pelos mesmos.

Dessa forma, observamos inúmeras aplicações dos princípios do contraditório e da ampla defesa em casos concretos, tornando os mesmos verdadeiras necessidades do processo e não mais meras diretrizes. Assim sendo, se inobservados, imperiosa se torna a decretação de nulidade. Nesse sentido, restou firmado, por exemplo, o entendimento de que não basta uma defesa meramente

formal para satisfazer as exigências decorrentes do princípio da ampla defesa, exigindo-se uma defesa efetiva (substancial).

A análise da influência do contraditório em sede de inquérito policial demonstrou que o mesmo deve permanecer fora da esfera de influência do princípio do contraditório e da ampla defesa, apesar de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, uma vez não há compatibilidade entre os princípios e as características próprias desse tipo de procedimento administrativo. Ressalva-se, contudo, sua admissão no tocante às provas irrepetíveis, já que estas não poderão ser renovadas durante a fase processual. Ademais, sempre permanece cabível o manejo do Habeas Corpus, como forma de tutelar os interesses do investigado.

Destaca-se ainda, a decisiva influência dos referidos princípios no interrogatório do réu, passando de meras referências para se tornarem essenciais ao instituto, mediante não apenas construções doutrinárias e jurisprudenciais, mas através da própria mudança dos dispositivos legais pela Lei 10792/03, harmonizando nosso Código de Processo Penal com as previsões e o espírito de nossa Constituição Federal, acarretando discussões acerca da própria natureza jurídica do interrogatório, agora visto também como meio de defesa.

O instituto da defesa prévia, concebido inicialmente de maneira exclusiva para os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, posteriormente estendido para alguns procedimentos previstos em leis extravagantes e por fim, incorporado ao rito ordinário pela lei 11 689/08, também reforça a idéia do contraditório e da ampla defesa como norte de nossa persecução criminal, abrindo mais uma possibilidade de defesa para o acusado.

Mereceu destaque, no ponto, que com a maximização da importância de tais princípios, entendimentos consolidados no âmbito dos Tribunais Superiores caíram por terra, como o que pregava a dispensabilidade de defesa prévia nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos quando a denúncia estivesse lastreada em inquérito policial.

Diante do exposto, em sede de conclusão, verificamos que a partir do advento da Constituição Federal de 1988, estabelecendo a fiel observância aos princípios do Contraditório e Ampla Defesa e adotando o sistema acusatório, houve acelerada evolução não só em nosso Código de Processo Penal mas em nosso próprio sistema criminal.

De início, impôs-se uma releitura das normas existentes à luz do disposto na Carta Magna, acarretando verdadeira revolução e a quebra de diversos dogmas processuais existentes. Contudo, passados 20 anos da promulgação da lei maior, permanece nossa legislação processual penal em acelerada evolução, tendo os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa assumido papel de destaque, passando de meras diretrizes para verdadeiros norteadores da persecução criminal.

Corroborando o entendimento aqui esposado, tem sido não só as mais recentes construções doutrinárias, como também a tendência jurisprudencial, no sentido de serem revistos entendimentos consolidados, de maneira a privilegiar a observância dos referidos princípios, culminando com a incorporação dos mesmos no espírito das novas leis processuais penais editadas.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1971.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTINHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal - parte geral**, vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Processo Penal e (em face da) Constituição - Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CERNICCHIARO, Luz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

DAVID, René. **Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo pena**. Tradutores: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Christiano. **O advogado no interrogatório**. Boletim do IBCCRIM n.º 132 (ano 11, novembro de 2003).

GIL, Fernando. **Provas**. Lisboa: Imprensa Nacional (Casa da Moeda), 1986.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **A Lei Formal como Fonte Única do Direito Penal (incriminador)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 656 (ano 79, junho de 1990).

_____. **Direito de Apelar em Liberdade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, v. 1. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. 3 ed. Barcelona: Bosch, Barcelona, 1978.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. 1. Campinas: *Bookseller*, 1997.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, t. 1. Tradução de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil - evolução histórica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório - a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Principais Instituições do Processo Penal Brasileiro e Elaboração Legislativa de Novo Código de Processo Penal: inquérito policial.** Revista dos Tribunais, vol. 697.

ROXIN, Claus. **Iniciación al Derecho Penal de Hoy.** Tradução de Munõz Conde e Luzón Pena. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português - parte geral, introdução e teoria da lei penal,** vol. 1. Lisboa: Verbo, 1997.

TAVARES, Juarez. **Inovações Constitucionais no Direito Penal.** Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro n.º 4, 1990.

_____. **Teoria do Injusto Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal,** vol. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1980.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán - parte general.** Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yañes Pérez. 4 ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal: parte geral.** Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.