

GRACIMERI VIEIRA SOEIRO DE CASTRO GAVIORNO

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO NO
INQUÉRITO POLICIAL: CONTROVÉRSIAS HISTÓRICAS E
CONTEMPORÂNEAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Faculdades Integradas de Vitória, como exigência para a
obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias
Constitucionais, sob a orientação da Prof^ª Dr^ª Eneá de
Stutz e Almeida.

VITÓRIA
2006

GRACIMERI VIEIRA SOEIRO DE CASTRO GAVIORNO

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO NO
INQUÉRITO POLICIAL: CONTROVÉRSIAS HISTÓRICAS E
CONTEMPORÂNEAS**

VITÓRIA
2006

GRACIMERI VIEIRA SOEIRO DE CASTRO GAVIORNO

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO NO
INQUÉRITO POLICIAL: CONTROVÉRSIAS HISTÓRICAS E
CONTEMPORÂNEAS**

BANCA EXAMINADORA

Vitória, / / .

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e aos meus irmãos, ao meu filho Marcelo e ao meu esposo Adivalto pela compreensão e pelo carinho, fundamentais para a realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao Mestre José Barreto de Mendonça, ao amigo Alexandre Moreto da Silva e a todos aqueles que, de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a esta conquista.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DF – Distrito Federal

DJ – Diário de Justiça

FAC – Folha de Antecedentes Criminal

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

RESUMO

Busca-se conhecer como devem ser interpretadas as normas constitucionais especificamente relacionadas a direitos fundamentais, com o objetivo de verificar a possibilidade de incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Utiliza-se o método descritivo-dedutivo, histórico e comparado, com o apoio de pesquisa bibliográfica, com levantamento de publicações avulsas, artigos, revistas, livros, monografias e dissertações sobre o tema, e na pesquisa documental, com consultas às jurisprudências e aos relatórios de decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Militar. O estudo está estruturado em sete capítulos: o primeiro aborda a questão dos direitos fundamentais e a interpretação constitucional; o segundo, trata especificamente do princípio do devido processo legal e dos seus subprincípios corolários, o contraditório e a ampla defesa; o terceiro capítulo, a partir de uma abordagem histórica, estabelece como se estruturaram os sistemas processuais, no mundo e no Brasil; o quarto capítulo aborda os princípios inquisitivo e dispositivo, buscando o que significa cada expressão e, ainda, compreender que o processo deve se desenvolver numa atuação conjunta de todos os sujeitos do processo, sem prejuízo da imparcialidade do juiz decorrente de uma atuação mais ativa; o quinto capítulo aborda especificamente o inquérito, como instrumento do instrumento-processo, o qual consiste numa garantia para o sujeito passivo da imputação criminal, contra apressados juízos e também numa garantia para a justiça penal, prevenindo o alto custo e dispêndio do processo; no sexto capítulo aborda-se a questão da necessidade de participação do indiciado no inquérito policial, identificando-se disposições legislativas, constitucionais e infraconstitucionais, que permitem identificar a possibilidade dessa participação; e, por fim, encerra-se com o sétimo capítulo, concluindo pela incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa já na fase administrativa da persecução penal, como reflexo na ordem democrática instituída pela Nova Constituição, que impõe o reconhecimento da participação daquelas pessoas diretamente interessadas em um provimento estatal como fator legitimador de poder.

ABSTRACT

It is looked for to know how should be interpreted the constitutional norms specifically related to fundamental rights, with the objective of verifying the possibility of incidence of the contradictory principles and of the wide defense in the policial inquiry. The method used is the descriptive–deductive, historical and compared, with the support of bibliographical research, with rising of detached publications, articles, magazines, books , monographs and dissertations on the theme, and in the documental research, with consultations to the jurisprudences and the reports of decisions of Federal Supreme Court, of the Superior Court of Justice and of the Superior Military Court. The study is structured in seven chapters: the first approaches the subject of the fundamental rights and the constitutional interpretation; the second, specifically treats of the principle of the legal process and its sub corollary principles, the contradictory and the wide defense; the third chapter, starting from a historical approach, establishes as the procedural systems are structured, in the world and in Brazil; the fourth chapter approaches the inquisitive and dispositive principles, looking for the meaning of each expression and, still, to understand that the process has to be developed in an united performance of all the subject of the process, without prejudice of the judge's impartiality due to a more active performance; the fifth chapter specifically approaches the inquiry, as instrument of the instrument- process, which consists in a warranty for the subject passive of the criminal imputation, against sped up judgments and also in a warranty for the penal justice, preventing the high cost and expenditure of the process; the sixth chapter, approaches the subject of the need of the accused's participation in the policial inquiry, identifying legislative dispositions, constitutional and infraconstitutional, that allow to identify the possibility of that participation; and finally, closes up with the seventh chapter, concluding for the incidence of the principles of the contradictory and of the wide defense already in the administrative phase of the criminal persecution, as reflection in the democratic order instituted by the New Constitution, that imposes the recognition of the participation of those directly interested people in a state provisions as factor legislator of power.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT	11
1 INTRODUÇÃO.....	22
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	30
3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL	44
3.1 DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA	54
4 SISTEMAS PROCESSUAIS.....	64
5 PRINCÍPIOS INQUISITIVO E DISPOSITIVO.....	69
6 INQUÉRITO POLICIAL.....	80
6.1 NATUREZA JURÍDICA	89
6.2 PROVISORIEDADE E DEFINITIVIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL	97
6.3 PROCEDIMENTOS	100
6.3.1 <i>O indiciamento</i>	102
7 NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL	109
7.1 REVISITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	110
7.2 ASPECTOS QUE JUSTIFICAM A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL	114
7.2.1 <i>Formação da Prova</i>	116
7.2.2 <i>Medidas cautelares restritivas de direitos</i>	128
7.3 AS RAZÕES POLÍTICAS E DEMOCRÁTICAS	139
7.4 ASPECTOS QUE LEGITIMAM A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL	143
7.4.1 <i>Aspectos Constitucionais</i>	144
7.4.2 <i>O Estatuto da OAB</i>	149
7.4.3 <i>O Código de Processo Penal</i>	152
7.4.4 <i>Ainda algumas considerações relevantes</i>	162
8 CONCLUSÃO	164

9	REFERÊNCIAS.....	172
---	------------------	-----

1 INTRODUÇÃO

Objeto do presente estudo é o reconhecimento da constitucionalidade da participação do indiciado no inquérito policial. Afirma-se necessária a incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 nessa fase da persecução penal, bem como seus reflexos na lei infraconstitucional, especialmente no Direito Processual Penal brasileiro. Procura-se responder a seguinte questão: Devem ser observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial?

Fixado o problema a ser enfrentado, é preciso esclarecer que toda organização política de um povo se estrutura em um conjunto de princípios orgânicos que lhe caracterizam e que vão orientar toda a atividade estatal: legislativa, executiva e jurisdicional.

O Estado constitucional contemporâneo tem por fundamentos a distribuição do poder e a realização da dignidade humana. Relacionada ao constitucionalismo tem-se a existência de uma sociedade pluralista, sustentada pelo Estado Democrático de Direito. A existência de um documento que organiza formalmente o Estado de Direito não é, contudo, suficiente para caracterizá-lo também como Estado Democrático.

O advento do constitucionalismo teve, inicialmente, por objetivo impor uma limitação ao Estado para que este respeitasse e garantisse o exercício dos direitos de igualdade e de liberdade.¹ As primeiras constituições, que se apresentaram com um conceito filosófico e político, tomaram uma forma jurídica, refletindo-se no Estado de Direito, na superação do absolutismo e na hegemonia da ideologia burguesa. Mas as constituições liberais, de textos muito breves, preocupadas em garantir os direitos individuais e carregadas do profundo sentimento de desconfiança do poder, se mostravam indiferentes às relações sociais.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 225-231.

Nessa fase, o constitucionalismo sustentava-se em uma consciência anti-coletivista, concebendo uma sociedade de indivíduos e não de grupos. O indivíduo era considerado em sua potencialidade máxima, desprezando-se as fragilidades que pudessem surgir em decorrência de suas relações sociais. Por esse motivo, as constituições liberais que surgiram no século XIX disciplinavam somente o poder do Estado e os direitos individuais, assim considerados os direitos civis e políticos.

As constituições sociais, que surgiram no século seguinte, concebendo o indivíduo inserido em seu contexto social, promoveram uma reaproximação entre o Estado e a sociedade. Passaram a ter incidência mais ampla, regulando o poder estatal, a sociedade e o indivíduo. Essa mudança transformou a condição frágil do indivíduo, considerado individualmente, em participante das decisões do Estado, agora como integrante da sociedade. As decisões do poder estatal devem, nesse modelo, passar a representar a vontade da sociedade.

A transformação do Estado Liberal em Estado Social, produz reflexos em toda a estrutura jurídica. O indivíduo adquire forças para participar das decisões do Estado e o Estado Social passa a representar o Estado Democrático de Direito. No entanto,

O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta [...] na dificuldade senão impossibilidade de passar da enunciação de princípios a disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas.²

Diferente não é a situação no Brasil, que tem na sua Constituição a orientação de todo o sistema jurídico do país. Os preceitos ali contidos formam um conjunto de ordens que deve ser incondicionalmente observado por todos. Mas esses preceitos, normalmente, possuem um grau de abstração elevado. Por isso, as normas infraconstitucionais se apresentam para promover a concretização dos preceitos contidos na Constituição.

² BONAVIDES, Paulo. Op. Cit, p. 232. nota 1.

É na Carta Magna que essas normas jurídicas buscam seu fundamento de validade. Por outro lado, os direitos garantidos constitucionalmente exigem uma efetivação que encontra apoio processo, devido e previsto em lei. Assim, todo o processo, para ser legítimo, tem que caminhar dentro do *due process of law* (devido processo legal).

O princípio do devido processo legal contém outros princípios de valores igualmente importantes: o direito de acesso à jurisdição, o direito de recorrer em liberdade, o duplo grau de jurisdição, o contraditório, a ampla defesa, dentre outros. Esses princípios exercem no processo penal uma função de alicerce e colocam no centro de todos os procedimentos o acusado, que mantém sua integridade.

Nesse contexto, destaca-se o inquérito policial com a função preservadora de direitos e garantias fundamentais e também com a função preparatória do próprio processo.

O estabelecimento de governos autoritários no Brasil retardou o reconhecimento dessa natureza assecuratória do inquérito policial, proclamada desde a sua criação pela Lei 2.033, em 20 de dezembro de 1871 e reafirmada na exposição de motivos do Código de Processo Penal vigente.

Em 1988, a investigação realizada pela polícia judiciária passou a integrar o Texto Constitucional, numa clara demonstração do constituinte em reconhecer a importância dessa atividade como assecuratória da promoção da participação dos cidadãos em todas as funções do Estado. Mas, apesar do intenso esforço constituinte em declarar direitos e de criar mecanismos para sua efetivação, observa-se uma tendência à interpretação restritiva dos direitos fundamentais, cujo reflexo na legislação infraconstitucional importa em prejuízo ao anseio limitar o autoritarismo estatal, justificativa do advento do constitucionalismo.

É o que aconteceu com os princípios contidos no inciso LV, do artigo 5º do Texto Constitucional. A proclamação de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” não foi suficiente para se compreender a intenção do legislador constituinte quando utilizou uma expressão

indicativa de um resultado interpretativo extensivo, “em geral”. A interpretação que se faz do preceito é que sua incidência ocorre apenas na fase judicial do sistema processual brasileiro.

A produção científica sobre o assunto era praticamente nula, pois se sedimentava no valor de uma natureza inquisitiva, vinculada a governos autoritários. Com o advento da Carta de 1988 surgiram poucas contribuições, principalmente depois do Supremo Tribunal Federal rejeitar a incidência desses princípios no inquérito policial. Felizmente, a inquietação científica põe em questionamento alguns dogmas e o tema desperta a atenção da comunidade jurídica para a reflexão sobre a utilização e potencialidades desse velho instituto que pode ser interpretado sob um novo fundamento de validade constitucional.³

Reconhece-se que ainda é muito tímida a discussão a respeito do tema, justificando a tarefa de compreender o inquérito policial como um instrumento, procurando-se interpretar os preceitos a ele relacionados de forma a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais, expressos a partir da Constituição de 1988.

O estudo não objetiva a apresentação de qualquer proposta de alteração legislativa que tenha por objeto o instituto do inquérito policial, mas procura identificar na legislação existente a possibilidade de conformá-lo ao regime constitucional do processo acusatório. No intuito de alcançar tal propósito, o trabalho foi estruturado, a partir da introdução, em mais sete capítulos, que passam a ser apresentados.

No capítulo segundo, procura-se estabelecer o que se deve entender por direitos fundamentais. Partindo da constitucionalização desses direitos na Carta de 1988,

³ Destacam-se as obras de: CAMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997; LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001; MORAES, Bismael Batista. (Coord.). **O papel da polícia no regime democrático**. São Paulo: Mageart, 1996; ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. 1. ed. Campinas: Bookseller. 2005; SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

evidencia-se a importância do intérprete. Recuperam-se os elementos clássicos de interpretação: gramatical, histórico, sistemático e teleológico para depois reconhecer a necessidade de uma interpretação mais ampla possível e vencer o problema contemporâneo de efetivação e de eficácia dos direitos fundamentais.⁴

No terceiro capítulo, destaca-se o princípio do devido processo legal, com ênfase no processo penal, como instrumento garantístico, destinado a preservar, simultaneamente o *jus puniendi* e o *jus libertatis* do indivíduo. Passa-se, depois à identificação de dois dos princípios que o integram essencialmente: o princípio do contraditório e da ampla defesa, procurando-se compreender cada um deles para revelar seus traços diferenciadores.⁵

⁴ Apóiam o capítulo primeiro as obras de: ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v.1; BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 1997; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. e ampl e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001; COELHO, Martins Inocêncio. **Interpretação constitucional**. 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris, 2003; DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Curitiba: Juruá, 2003. v.1; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del galantismo penal**. Tradução para o Español de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madri: Trotta, 2000; MORAES, Guilherme Braga Peña. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral**. São Paulo: LTr, 1997; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder judiciário e a efetividade na nova Constituição. **Revista Forense**: Rio de Janeiro. N. 304, 1988; PASSOS, J.J. Calmon. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. **Revista Forense**. n. 351. Jul./Set./2000; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed.rev. São Paulo: Malheiros, 1995; SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. Rio Grande do Sul. **Revista da AJURIS**. Ano XXXI n. 94. p. 107-110. Junho de 2004.

⁵ Marco teórico: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. v.1; CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. tradução do Espanhol para Português de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Peritas, 2001, v.1; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986; GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2.ed. rev. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. 1. ed. Campinas: Bookseller. 2005.

Reconhecendo que parte da doutrina brasileira⁶ identifica a primeira fase do processo penal por sua natureza inquisitória, onde não comportaria a incidência do contraditório, passa-se ao capítulo quarto abordando os sistemas processuais a fim de compreender a forma pela qual se chegou ao modelo atual do processo penal brasileiro.⁷

Esclarecida a base em que se assenta o sistema processual penal brasileiro, inicia-se o quinto capítulo com a atenção voltada para a atuação das partes e do juiz dentro do processo, desde a sua iniciação, passando pela instrução probatória. Para tanto, procura-se compreender a diferença entre os princípios inquisitivo e dispositivo em matéria processual, independentemente da matéria discutida ser de natureza cível ou penal. O tema desperta a atenção de um grande número de autores, proporcionando publicações exaustivas de obras e artigos em revistas científicas, firmando-se posições com ênfase na importância de uma maior participação do juiz no desenvolvimento do processo.⁸

Chega-se ao sexto capítulo com o desafio de compreender o inquérito como instrumento que deve representar uma garantia na defesa dos interesses individuais, sem excluir, por isso, o interesse social. Passa-se, então ao estudo de sua natureza

⁶ Cf. MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva 1980. 395 p.v. 1; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed.rev. e atual. Saraiva, 2004, 665 p. v.1.

⁷ Sustentado pelas seguintes bases teóricas: ALMEIDA JUNIOR; João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v.1; ECHANDIA, Hermande Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía editor, 1981. v.1; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del galantismo penal**. Tradução para o Espanhol de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madri: Trotta, 2000; PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães. A polícia e os sistemas processuais. In: MORAES, Bismael Batista. (Coord.). **A policia à luz do direito: um seminário da Faculdade de direito da USP**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁸ Destacadas as doutrinas de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed.rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. v.1; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986; MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; NAVES, Cândido. **Impulso processual e poderes do juiz**. Belo Horizonte: [s.n.], 1949; PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

jurídica, que se afirma complexa por consistir num procedimento que encerra atos de naturezas diversas⁹.

O sétimo capítulo trata da necessidade de se reconhecer o direito à participação do indiciado no inquérito policial. Propõe-se uma revisitação desse instrumento no sistema jurídico brasileiro, revisando seus fundamentos e contextualizando-o dentro de uma ordem democrática e garantística. Essa mudança de paradigma experimentada pela nova Ordem Constitucional permite uma visão diferenciada de como o inquérito se apresentou ao longo da história política e constitucional brasileira, passando de instrumento de afirmação do autoritarismo estatal a instrumento de garantia de direitos fundamentais.

Fixado, então, o novo fundamento em que se assenta o inquérito policial, passa-se à análise de alguns aspectos que justificam a necessidade de participação do sujeito passivo da investigação criminal, com destaques para o direito à formação da prova e para a decretação das medidas cautelares restritivas de direito.¹⁰

Por fim, a partir da proposta de uma releitura das normas relacionadas ao inquérito policial para conformá-lo à nova ordem democrática consagrada pela Constituição Federal de 1988, o capítulo final encerra o trabalho reconhecendo a conveniência de se estender os princípios do contraditório e da ampla defesa desde a fase

⁹ Marco Teórico: ALMEIDA, Gevan Almeida. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del galantismo penal**. Tradução para o Espanhol de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madri: Trotta, 2000; LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001; SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2.ed. rev. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977.

¹⁰ Com base na doutrina de: ARANHA, Adalberto José Q.P. de Camargo. **Prova no processo penal**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 1997; CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. tradução do Espanhol para Português de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Peritas, 2001, v.1; DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

administrativa, ainda que possam ser diferidos no tempo em razão da urgência e eficácia de algumas medidas.

Evidencia-se a pertinência e a importância dos métodos descritivo-dedutivo e da abordagem histórico-comparativa utilizados no presente estudo, com o apoio da pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica consistiu no levantamento de publicações avulsas, artigos, revistas, livros, monografias e dissertações de mestrado existentes em relação ao tema. Já a pesquisa documental deu-se por consulta às jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Militar extraídas das decisões monocráticas e colegiadas.

Ressalta-se, por fim, que o método e o referencial teórico adotados não se sobrepõem qualitativamente sobre outros igualmente merecedores de respeito. Pelo contrário, a exposição da metodologia utilizada tem por objetivo tão somente a exposição das diretrizes sobre as quais será erigida a presente pesquisa, procurando evitar possíveis incompreensões hermenêuticas e conferindo espaço para os questionamentos que contribuirão para o enriquecimento do presente trabalho científico.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A abordagem aqui feita dos direitos e garantias fundamentais tem como ponto de partida a constitucionalização efetuada na Carta Brasileira de 1988, que dedicou o título II aos direitos e garantias fundamentais para tratar dos direitos individuais e políticos, dos direitos sociais, e dos direitos coletivos.

Tratando-se de uma Constituição extensa seria inviável discorrer sobre todos os direitos e garantias fundamentais previstos. Assim, a análise será restrita ao necessário para a compreensão do tema proposto, que consiste em verificar se é possível reconhecer o direito à participação do indivíduo nas investigações policiais materializadas no inquérito policial que o apontem como sujeito ativo, ou seja, como suposto autor do delito tipificado na norma penal violada.

Para tanto, procurar-se-á esclarecer o que se entende por direitos fundamentais e como deve se orientar o intérprete das normas referentes a esses direitos a fim de conferir-lhes maior efetividade e eficácia.

Conceituar direitos fundamentais não é tarefa fácil, inclusive por serem empregadas várias expressões para designá-los, tais como direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais e direitos subjetivos.

Para José Afonso da Silva, por 'fundamentais' deve-se entender as "...situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive".¹¹

Canotilho, citando Cruz Villalon, afirma que "os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed.rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 177.

deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas”.¹² Então, só se pode falar em direitos fundamentais se estiverem constitucionalizados.

Moraes defende serem fundamentais aqueles “direitos ou as posições subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, consagradas na Constituição”.¹³

Nesse sentido, direitos do homem e direitos fundamentais seriam expressões distintas. Os primeiros são válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto os “direitos fundamentais’ são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.¹⁴

Os direitos humanos são inerentes ao homem, independentemente de qualquer sistema jurídico. Tais direitos, quando constitucionalizados, são erigidos à categoria de normas fundamentais. A expressão ‘direitos fundamentais’, assim, exprime a inserção dos direitos humanos em um determinado sistema constitucional.¹⁵ O Estado apenas reconhece esses direitos chamados fundamentais e não os confere. Esses direitos erigidos à categoria de normas fundamentais servirão de orientação nas escolhas, nas decisões e nas ações governamentais, em todas as funções: legislativas, executivas e jurisdicionais.¹⁶

Registra-se uma preferência na utilização do termo ‘direitos e garantias fundamentais’, adotado na Constituição Pátria, e uma inclinação à conceituação de Canotilho, para quem:

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 497.

¹³ MORAES, Guilherme Braga Pena. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997, p.23-24.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit, p. 517. Nota 12.

¹⁵ DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**: introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v.1, p. 36.

¹⁶ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 79-80.

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o ‘caráter instrumental’ de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.¹⁷

Choukr concebe “garantia” como instrumento que permite reintegrar um direito concretamente violado e constitucionalmente garantido. Nesse sentido, o valor a ser instrumentalizado tem como fundo a promoção da dignidade da pessoa humana que legitima a atividade estatal - em sua atuação judiciária, legislativa, ou administrativa – e marca o respeito à presença do outro na relação, abrindo o processo para o modelo acusatório. Nesse ponto se assenta uma mudança de paradigma no processo penal, que passou a representar também uma garantia constitucional, proclamando que “o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado”.¹⁸

A constitucionalização dos direitos fundamentais, nas palavras de Canotilho, consiste na “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”.¹⁹

Essa limitação legislativa alcança os aspectos negativo e positivo. O aspecto negativo consiste na proibição de atos legislativos de edição de leis contrárias às normas e aos princípios constitucionais. O aspecto positivo, por outro lado, indica o dever do legislativo em criar normas “procedimentais” e “organizatórias” que possam viabilizar o exercício desses direitos fundamentais.

O ato do legislativo, aqui referido, não está restrito à função legislativa propriamente dita, mas a qualquer ato normativo, independente do órgão que o realiza. Mas é preciso ir além dessa limitação legislativa, para incluir uma limitação à atividade administrativa e também à atividade jurisdicional.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit, p. 520. Nota 12.

¹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed.rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 10-11.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit, p. 498. Nota 12.

Toda norma, inclusive a Constituição, se sujeita à interpretação. Barroso anota que inúmeras questões envolvendo a Constituição não chegam ao Judiciário, sendo resolvidas no plano da informalidade, pelo consenso ou pela renúncia. Citando Häberli, indica que “a interpretação constitucional é um ‘processo aberto’ no qual estão envolvidos não apenas os poderes estatais, mas também os cidadãos e os grupos sociais”,²⁰ limitados pelo pronunciamento final do Judiciário, se houver.

A compreensão das normas constitucionais deve ser a mais ampla possível, em virtude do caráter popular que assume a Carta Magna. Obviamente, por ser também um instrumento jurídico, deve-se cuidar para não afastar o conteúdo técnico que encerra. A tarefa do intérprete constitucional deve considerar, portanto, esses dois aspectos: o político e o científico.

Da mesma maneira, todos os agentes estatais interpretam a Constituição: o Executivo, para pautar os atos em sua conformidade e o Legislativo, para orientação do processo legislativo. Todavia, a interpretação do Judiciário é determinante na orientação dos demais, ou seja, uma vez declarada a interpretação realizada pelo Judiciário, não podem os outros Poderes determinar-se em desconformidade com essa interpretação.

São elementos clássicos da interpretação: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Não há qualquer hierarquia ou supremacia de um sobre outro. Antes, devem-se integrar mutuamente. Sendo a Constituição espécie de lei, ainda que apresente princípios e especificidades que lhe são próprios, a aplicação da metodologia clássica não deve ser excluída, pois continuam a desempenhar um papel fundamental na revelação do sentido das normas²¹.

A construção gramatical é a primeira a ser considerada, desempenhando a função de revelar e limitar o conteúdo semântico das palavras. Assim, a palavra lâmpada dá

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 345. Nota 20.

uma idéia do que se pretende enunciar. Uma lâmpada pode ter vários formatos e sofrer variações de tensão. Mas seu conteúdo limita-se ao conceito do objeto, jamais podendo ser interpretado, por exemplo, como se fosse um cavalo. Não pode o aplicador do direito criar ou atribuir significados arbitrários ou ir além do sentido lingüístico dos enunciados normativos.²²

Barroso, calcado no ensinamento de Quintana, afirma que as palavras empregadas na Constituição devem ser interpretadas no sentido comum, a não ser quando o texto demonstrar claramente a intenção de empregar o termo técnico-jurídico. Defende que essa é a orientação mais prudente, por ser a Carta Fundamental um instrumento político, fruto de um amplo debate e que não apresenta uma uniformização de linguagem técnico-jurídica. Reconhece, contudo, que esta não tem sido a interpretação do Supremo Tribunal Federal, tendo o Ministro Marco Aurélio afirmado que por ser o direito uma ciência, acredita-se que o legislador constituinte tenha agido com a técnica dele esperada.²³

Com o devido respeito ao pensamento do Ministro da Suprema Corte, não parece que essa premissa mostre-se sempre verdadeira. Exigir esse rigor científico pode levar ao cometimento de grandes injustiças, principalmente quando se restringe direitos fundamentais. A elaboração de uma carta constitucional, “nem sempre obedece na medida desejável aos ditames da boa técnica legislativa”.²⁴

A Constituição Brasileira representa o resultado de um tormentoso processo de resistência democrática. Não se pode desprezar seu caráter político e nem se pode pretender uma objetividade plena ou um total distanciamento das paixões, pois “...a

²² COELHO, Mártires Inocência. **Interpretação constitucional**. 2. ed.rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003. p. 67.

²³ BARROSO, Luiz Roberto. Op. Cit, p. 128. Nota 20.

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro. n. 304. p. 152, 1988.

jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política...”²⁵

Nas palavras de Vieito, "não se trata de predomínio de uma outra linguagem, mas sim da escolha de um sentido que mais se adapte ao espírito da Constituição e aos seus fins".²⁶

Adverte-se, na lição de Coelho, que:

Em qualquer caso, porém, não se deve perder de vista que pertence às cortes constitucionais – e não os seus críticos externos – a última palavra sobre o que é ou não compatível com a constituição, uma prerrogativa tão excepcional que nos impõe avaliar os diferentes modelos de jurisdição constitucional, para saber até que ponto e em que medida eles estimulam ou inibem as sempre necessárias releituras da constituição.²⁷

À interpretação gramatical, que representa um limite à subjetividade do intérprete, segue-se a interpretação histórica, resultante da investigação dos trabalhos que antecederam o processo legislativo.

Para Barroso, o elemento histórico destaca-se mais na interpretação constitucional que na interpretação das leis infraconstitucionais. Isso porque uma norma constitucional carrega valores históricos, políticos e ideológicos, os quais formam a vontade social normatizada nos princípios constitucionais e que não podem ser desprezados.²⁸

Considerando que o direito não é um conjunto de regras que convivem isoladamente, mas que formam uma unidade harmônica, constituída de preceitos coordenados, tem-se o método sistemático. A atenção sobre esse método interpretativo, largamente utilizado no direito brasileiro, possibilitará a identificação, no decorrer do estudo, de aspectos na Constituição que, sistematicamente

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 111. Nota 20.

²⁶ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 96.

²⁷ COELHO, Mártires Inocência, Op. Cit, p. 44. Nota 22.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 133. Nota 20.

considerados, possibilitam afirmar a constitucionalidade do direito à participação do indiciado na investigação preliminar ao processo criminal, ainda que possa sofrer uma limitação.

A interpretação teleológica vai buscar o fundamento da lei, ou seja, a finalidade da norma, que não cessa ainda que modificada as circunstâncias históricas que tenham determinado a criação da norma. A interpretação histórica, por sua vez, busca a finalidade imediata da lei, ou seja, aquele fim que orientou o legislador no momento da criação da lei.

Extraí-se da história que o processo que culminou na promulgação da Constituição de 1988, representou uma reunião de esforços para banir o totalitarismo do sistema jurídico e das práticas estatais. No Brasil foram notoriamente reconhecidas práticas de torturas e de mortes sumárias sofridas por todos que se aventurassem a contrariar o regime político, principalmente no período de Ditadura Militar. Considerando exatamente esse contexto, apresenta-se valiosa a contribuição histórica para a adoção e para a leitura do modelo constitucional adotado. Evidencia-se uma preocupação com a preservação da liberdade e da integridade física do indivíduo. Ainda que cessadas as circunstâncias históricas que determinaram a adoção desse modelo, permanece a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos: individuais, políticos e sociais. Mas essa finalidade abstrata, de incidência muito ampla, requer uma especificação nos casos concretos que surgem diante do intérprete.

Ocorre que nem sempre é possível desempenhar a tarefa de revelar a finalidade da norma com facilidade. Deve, então, o intérprete voltar-se para as funções mais elevadas do Estado que, na orientação de Marcelo Caetano *apud* Barroso, são a segurança, a justiça e o bem-estar social,²⁹ objetivos fundamentais da República Brasileira, os quais podem ser extraídos do inciso I, do artigo 3º da Carta Magna.

²⁹ BARROSO. Luís Roberto. Op. Cit, p 140. Nota 20.

E para a descoberta da fórmula política consagrada no texto constitucional, pode-se recorrer ao preâmbulo, onde segundo Vieito se registra, sem deixar dúvidas, “que houve uma opção pela ideologia do Estado Social de Direito, em que os valores individuais e sociais se harmonizam”.³⁰ Como parte do texto constitucional essa fórmula tem força normativa.

Almeida Junior menciona que:

O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Estes dois interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formais: o interesse da sociedade, que quer a justa e pronta repressão dos delitos; o interesse dos acusados, que é também um interesse social e que exige a plenitude de defesa.³¹

Ao Estado cabe conciliar o interesse individual sem se descuidar do interesse coletivo. É do passado a idéia de que o interesse coletivo exercia supremacia sobre o individual ou vice-versa. Aliás, tais orientações são extremistas e não atendem a exigência de conciliação dos dois interesses, fim essencial do Estado e que deve ser considerados no momento da interpretação das normas. As aparentes antinomias deverão ser solucionadas com base na unidade da Constituição, a fim de verificar na sua totalidade, a harmonização das partes.³²

Em se tratando de interpretação constitucional, sendo insuficientes os métodos tradicionais, apóiam e condicionam a atividade do intérprete alguns princípios especificamente constitucionais. Não obstante as variações doutrinárias,³³ pode-se enumerar: (a) o princípio da supremacia da Constituição, indicada pela superioridade jurídica sobre as demais normas do sistema; (b) o princípio da interpretação conforme a constituição, sustentando que a inconstitucionalidade da norma não

³⁰ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. Op. Cit, p. 123. Nota 26.

³¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, 477 p.v. 1, p. 12.

³² VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. Op. Cit, p. 99. Nota 26.

³³ COELHO, Mártires Inocência. Op. Cit, p.126. Nota 22.

deve ser declarada se a invalidade não for inequívoca ou se entre as alternativas existentes, permitir a escolha de uma interpretação compatível com a Constituição; (c) o princípio da unidade da Constituição, fundado na afirmação de que as normas constitucionais devem ser vistas como integrantes de um sistema e não isoladamente, condicionando e unindo as demais normas; (d) o princípio da máxima efetividade, defendendo a otimização da eficácia da norma sem afetação de seu conteúdo.

Destacam-se aqui dois princípios, cuja compreensão será fundamental para as conclusões a que se pretende chegar ao final desse trabalho. São eles: o de interpretação conforme a constituição e o da máxima efetividade.

Na reflexão sobre o princípio da interpretação conforme a Constituição, assume importância a máxima de presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Trata-se, assim, de um princípio dirigido ao intérprete constitucional, principalmente ao Poder Judiciário com o fito de evitar sua ingerência nas típicas atividades legislativas e executivas.³⁴ Determina a preferência em se buscar um resultado interpretativo que melhor se adapte ao preceito constitucional, com vistas a afastar a declaração de inconstitucionalidade. Não se trata de forçar uma interpretação que não comporte o preceito legal, mas de procurar um resultado mais harmonizado com a Constituição. Todavia, se a operação não for possível, “não resta alternativa que não a de declarar a inconstitucionalidade”.³⁵

A interpretação constitucional deve conferir maior efetividade à norma constitucional. Embora seja uma direção condicionante da interpretação da lei constitucional em geral, apresenta-se com maior relevância em matéria constitucional, pois a Carta Magna regula os pressupostos básicos da organização social. Invocado, assim, no

³⁴ O problema de ingerência jurisdicional na atividade legislativa foi enfrentado recentemente no direito italiano, quando o Parlamento acusou a Corte Constitucional de ter legislado em matéria de competência do Poder Legislativo. Esse fato culminou na reforma no artigo 111 da Constituição Italiana, que trata do princípio do “justo processo”. Cf. TONINI, Paolo. **A prova penal no processo italiano**. Tradução de Alexandra Martins & Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20-21.

³⁵ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. Op. Cit, p. 108-112. Nota 26.

âmbito dos direitos fundamentais, o princípio da máxima efetividade, “também designado por ‘princípio da eficiência’ ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.³⁶

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade se apresenta como auxiliar em um juízo de ponderação na verificação de um aparente conflito entre os princípios constitucionais. Diz-se aparente porque não há entre eles hierarquia, cabendo ao intérprete desvendar o âmbito da incidência de cada um, baseando-se na idéia de justiça, equidade e justa medida.³⁷ Afastou-se, portanto, as teorias que admitem hierarquização de normas constitucionais e que admitem a existência de uma antinomia real. Adverte-se que, não obstante ser o tema apaixonante, ele foge ao objetivo desse estudo, servindo o esclarecimento apenas para fixar as linhas guias de raciocínio desenvolvido nesse trabalho.

Para Vieito a interpretação deve obedecer à razão, proporcionando um equilíbrio. Deve operar-se de modo que os meios permitam atingir os fins e que estes tenham relação com os motivos. Tudo isso sem desprezar a relação custo-benefício, ou seja, a “aplicação de uma lei deve levar a priorizar menores desvantagens e maiores vantagens”.³⁸

No processo interpretativo pode se chegar: a um resultado declarativo, com a conformação da lógica e da gramática; a um resultado extensivo, concluindo-se que o legislador disse menos do que queria realmente; ou, ainda, a um resultado restritivo, quando se percebe que a intenção do legislador não era tão ampla quanto aparentou.

Para Barroso, a doutrina tem sido casuística, considerando que as normas instituidoras de regras gerais, instituidoras de benefícios, as punitivas e as de

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit, p. 227. Nota 12.

³⁷ COELHO, Mártires Inocência. Op. Cit, p. 139. Nota 22.

³⁸ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. Op. Cit, p. 114. Nota 26.

natureza fiscal comportam interpretação restritiva; enquanto as normas que asseguram direitos, as que estabelecem garantias e as que fixam prazos comportam interpretação extensiva. Admite, contudo, que a jurisprudência tem sido oscilante, não guardando uma sistematização quanto ao assunto.³⁹

Dezessete anos se passaram desde a promulgação da chamada Constituição Cidadã, que têm como característica mais marcante o fato de declarar de forma extensa os direitos e garantias individuais e sociais. Contrariamente a postura ideológica adotada pelo constituinte, percebe-se uma tendência em se interpretar restritivamente os direitos e garantias que declara.

Tal atitude, além de incoerente, gera um grande prejuízo na tutela dos direitos fundamentais, que deve ter uma interpretação mais ampla possível.. Mostra-se ainda, em perfeita desarmonia com o contexto histórico que encerrou a Nova Ordem, que para José Carlos Barbosa Moreira, "...representou, ou quando nada quis representar, gesto nítido de ruptura com recente passado político e institucional do País".⁴⁰ O Brasil saía de uma ditadura militar, em que reconhecidamente foram violados muitos direitos e liberdades individuais, motivando, inclusive, a previsão de reparação de natureza econômica a determinadas vítimas do regime de exceção, conforme preceito contido no artigo 8º, §3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Embora o intérprete imprima em sua atividade uma parcela de subjetividade, deve, a partir dos usos e contextos lingüísticos, iniciar a interpretação pelo sentido literal. Onde for possível constatar o uso de linguagem especial ou técnica, deve-se por ela optar a fim de se alcançar o objetivo do legislador. Entretanto, sendo o direito um interesse geral, não se pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade, daí porque essa mesma linguagem técnica, para ser acessível, encontra apoio na linguagem comum, a qual se deve apelar sempre que se evidenciar um afastamento

³⁹ BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit, p. 122. Nota 20.

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit, p. 151. Nota 24.

da lei de seu uso lingüístico especial, sobretudo quando tender à diminuição do âmbito de atuação dos direitos fundamentais. No oportuno magistério de Coelho:

...que nenhuma interpretação ocorre no vazio. Trata-se de uma atividade 'contextualizada' que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica.⁴¹

À questão da legislação que restrinja direitos fundamentais, responde Câmara que:

Importa a adoção do Estado Democrático de Direito na densificação, também, dos direitos de liberdade; a lei deve circunscrever-se aos direitos fundamentais e não ao contrário; são inválidas as leis que restrinjam de qualquer forma direitos constitucionalmente previstos...⁴²

A invalidade, contudo, nem sempre se manifesta na legislação infraconstitucional, mas pode ser verificada também na postura do intérprete que insiste em tratar a norma como se estivesse numa ordem constitucional anterior, como se não representasse algo novo, recepcionada sob um novo fundamento de validade.

Nesse sentido, fixe-se que é imprescindível considerar o momento histórico em que se insere a ordem constitucional, a fim de indagar o sentido da norma. O conteúdo das normas processuais varia conforme a ideologia adotada na Constituição, a qual determina o sistema processual a que vincula. Essa relação, na visão de Dantas, não é apenas teórica, "mas se reflete na necessidade de que as normas processuais, além de serem produzidas de acordo com o determinado na Constituição, sejam interpretadas à luz desta, de forma irrenunciável".⁴³

O processo, como instrumento de tutela dos direitos, deve buscar seu fundamento na Constituição. A norma constitucional deve ser interpretada com a cientificidade exigida. Entretanto, não pode ser desvinculada de seu caráter político, uma vez que traz consigo os valores sociais, que lhe são incorporados após um intenso debate. É

⁴¹ COELHO, Mártires Inocência. Op. Cit, p. 66. Nota 22.

⁴² CAMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997, p. 45.

⁴³ DANTAS, Ivo. Op. Cit, p. 94. Nota 15.

preciso vencer a tendência a uma postura conservadora, a fim de se conferir maior efetividade ao Texto Constitucional. Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

Se há uma preocupação que deve estar presente, a cada momento, ao espírito dos intérpretes e aplicadores da nova Constituição da República, é sem dúvida a de interpretar-lhe e aplicar-lhe as disposições de tal modo que se lhes assegure, em toda a extensão do possível, o máximo de efetividade.⁴⁴

Um estudo de qualquer matéria processual deve considerar suas relações com outros ramos do direito, notadamente com o direito constitucional, que se manifesta como tronco comum a todos os demais ramos e representa o centro da unidade. As leis do processo, nas palavras de Almeida Junior, "... são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais".⁴⁵ Esse é o sentido da efetividade tão preconizado pela doutrina contemporânea, conformar as leis processuais ao direito material, em toda a sua plenitude.

As leis processuais representam uma regulamentação da garantia constitucional e representam a afirmação de que o exercício dos poderes estatais não lesionará direitos individuais e coletivos. Exatamente por esse motivo que, parafraseando Cappelletti, Zaneti Júnior afirma que "é preciso utilizar os direitos fundamentais como programa de reformas e métodos de pensamento"⁴⁶, reconhecendo o processo como um direito fundamental.

Seria inócua a constitucionalização de direitos se a respectiva declaração desses direitos não viesse acompanhada de instrumentos aptos a garanti-los. Nas palavras de Passos: "...O Estado apenas formalizando a lei, não faz tudo que é necessário

⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit, p. 151. Nota 24.

⁴⁵ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. Op. Cit, p. 13. Nota 31.

⁴⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. Rio Grande do Sul. **Revista da AJURIS**. Ano XXXI n. 94. p. 107-110. Junho de 2004.

para obter sua observância; pelo que se empenha em realizar algo mais, que é o que se faz no processo”.⁴⁷

Ao assumir a feição de garantia constitucional, o processo exige uma compreensão que vai além do formalismo para alcançar a efetividade, a especificidade e a eficácia que dele se espera como instrumento de atuação do direito material, consubstanciando-se no princípio do ‘devido processo legal’, extraído da cláusula expressa no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, espécie do processo justo

O devido processo legal é, assim, um instrumento de garantia eminentemente processual. Assumindo uma nova dimensão, com a constitucionalização de várias regras de direito processual, passa a ser considerado como o devido processo constitucional. Sua aplicação é expressiva na seara criminal e considerando a importância que assume como princípio máster, ou seja, que contempla outros princípios, será estudado em tópico distinto.

⁴⁷ PASSOS, J.J. Calmon. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. **Revista Forense**. n. 351. Jul./Set./2000 p. 111.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo, aqui tratado especialmente em matéria penal, representa uma garantia de limitação a um possível abuso do Poder Estatal que tem, diante da ocorrência de um fato criminoso, a dupla finalidade de exercer o *jus puniendi* e de garantir o *jus libertatis* do indivíduo.

Na lição de Lopes Junior:

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua **dupla função**: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como **efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais**, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais, constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc. (grifos do autor).⁴⁸

Praticada uma ação prevista na legislação como fato típico, o Estado deve empreender o esforço necessário para promover a persecução penal, que consiste no esclarecimento da infração e de suas circunstâncias, culminando com a imposição de uma sanção penal ao autor dessa infração por ato jurisdicional.

Adverte Suannes que, a rigor, o processo penal não existe para oportunizar ao Estado a prevalência de uma pretensão resistida. O processo penal existe por uma necessidade do suspeito da prática de crime, pois é o Estado quem está questionando e pondo em perigo sua pretensão à liberdade.⁴⁹

O sistema processual penal em vigor no Brasil, divide-se em duas fases. A primeira antecede a fase judicial, considerada, portanto, “administrativa na forma e na

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 20.

⁴⁹ SUANNES, Adauto. Op. Cit, p. 157-158. Nota 16.

substância, e judiciária no tocante à sua finalidade”.⁵⁰ Destina-se à apuração da infração e é dirigida, em regra, pela polícia judiciária.⁵¹

A segunda fase é denominada instrução criminal e destina-se à verificação da culpa, em sentido estrito, do acusado por meio de processo judicial. Encerra-se com a declaração de inocência do réu ou com a imposição de sanções penais que, constituindo verdadeiras limitações das liberdades individuais, só poderão ser aplicadas depois de um pronunciamento de caráter condenatório, verificado em um processo jurisdicional e consubstanciado pelo devido processo legal.

De fato, é impossível pensar, na atualidade, o processo dissociado do conceito do devido processo legal. O princípio que chegou expressamente ao Brasil na Constituição de 1988 teve sua origem histórica reconhecida na Magna Carta Inglesa de 1215. Surgiu de uma imposição feita pela nobreza inglesa ao rei João Sem Terra com a finalidade de limitar o poder da realeza. Registra-se, no entanto, sua incidência anterior nas cartas de franquia concedidas para conter rebeliões, em reinados de Henrique I e Henrique II⁵² e ainda nos editos de Conrad III, em 1037.⁵³

A cláusula do devido processo legal, contida no artigo 39 da Magna Carta Inglesa apresenta-se como uma ressalva ao poder real,⁵⁴ mas sua abrangência era limitada. A expressão *free man*, não alcançava todos os homens livres, mas apenas a aristocracia inglesa.

⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

⁵¹ Classificação diversa considera a finalidade e divide o processo em três fases: instrução preliminar, fase processual e execução da sentença. Cf. Lopes Junior, Aury. Op. Cit, p. 262. Nota 48.

⁵² SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2.ed. rev. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 21.

⁵³ DANTAS, Ivo. Op. Cit, p. 163. Nota 15.

⁵⁴ A versão inglesa do texto, originalmente escrito em latim, assim se revelava: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”.

A fórmula *law of the land*, usada para determinar que o julgamento devesse ocorrer segundo as leis do país, também não era clara e foi substituída em 1354, quando o rei Henrique III, atendendo a uma petição que lhe fora apresentada, utilizou a expressão *due process of law*. Esse termo, também carregado de imprecisão, não dava a dimensão do que seria processo devido.

A histórica cláusula foi traduzida para o português com o mandamento de que:

Nenhum homem livre será detido, preso ou sofrerá confisco, ou posto fora da lei, ou exilado, ou de outro modo destruído, nem nós (o rei) iremos sobre ele, nem enviaremos alguém contra ele, senão por força de um julgamento legal por seus pares ou pela lei do local.⁵⁵

Passa depois a significar, em palavras mais atuais adotadas pela Constituição Brasileira de 1988 no inciso LIV de seu artigo 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse devido processo consiste na garantia do acesso à justiça por meio de um julgamento regular, de acordo com leis previamente existentes, em que os atos sejam públicos e as decisões motivadas, respeitando-se a paridade de armas.

No direito americano, contudo, o princípio deixou esse sentido estritamente formal para incidir sobre as leis que, embora elaboradas formalmente em conformidade com a Constituição, poderiam apresentar-se desprovidas de razoabilidade. O devido processo passa então a ser considerado também em seu aspecto material, recebendo o nome de *substantive process* em oposição ao *procedure process* ou devido processo legal em sentido formal. O Judiciário americano passa a exercer uma função de controle, avaliando a razoabilidade a racionalidade e a proporcionalidade dos atos administrativos e legislativos.⁵⁶

O devido processo legal, como garantia constitucional, espalhou-se pelos ordenamentos constitucionais do mundo, apresentando-se como um conjunto de

⁵⁵ SUANNES, Adauto. Op. Cit, p.100-101. Nota 16.

⁵⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op. Cit, p. 177-184. Nota 52.

elementos mínimos destinados “a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado, num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários, e num prazo razoável”.⁵⁷

Das reflexões sobre a efetividade e a eficácia do processo, como instrumento de realização do direito substancial, inferiu-se no conteúdo de devido processo legal, o adjetivo “justo” trazido da Constituição Italiana, em especial pelo artigo 111, em preceito afirma que a jurisdição se atua por meio de justo processo regulado em lei.⁵⁸

O adjetivo ‘justo’ aparece para dar uma nova conotação ao processo, que ganha mais força com uma reforma que introduziu cinco novos incisos ligados ao artigo 111 da Constituição Napolitana, consagrando princípios informadores de todos os processos, “que consistem, entre outros, na reserva de lei em matéria processual, na imparcialidade do juiz, na paridade de armas e na razoável duração do processo”.⁵⁹

Tavares chama a atenção para o significado de cada palavra contida na expressão “devido processo legal” a fim de declarar o sentido de devido como tipificado; de processo como procedimento, trâmite ou garantia. Afirma também que a expressão legal deve ser interpretada com uma conotação ampla para incluir não apenas a constituição, mas toda a legislação. Consistiria, assim, em “garantias previstas juridicamente”.⁶⁰

Tucci depois de considerar própria e técnica o termo “devido processo legal penal”, passa a especificá-lo nas garantias de acesso à Justiça penal; do juiz natural em matéria penal; do tratamento igualitário dos sujeitos parciais do processo penal; da

⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

⁵⁸ Tradução nossa, do original: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

⁵⁹ TONINI, Paolo. Op. Cit, p. 21. Nota 34.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2003. P.507.

plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; da publicidade dos atos processuais penais; da motivação dos atos decisórios penais; da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; da legalidade da execução penal.⁶¹

Acrescenta que as garantias constitucionais ligadas ao devido processo legal podem assim ser consideradas: (a) referentes ao acesso à justiça criminal, esculpidas nos incisos LXXIV e LXXVII, as quais consideram não apenas o aspecto técnico, mas também o econômico; (b) referentes ao juiz natural em matéria criminal, constantes do inciso XXXVII, XXXVIII e LIII, vedando-se o tribunal de exceção, reconhecendo a soberania do Júri e estabelecendo o princípio da autoridade, garantindo que ninguém será processado ou sentenciado por autoridade que não seja competente; (c) referentes ao tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, disposição constante do *caput* do artigo 5º, identificado como princípio da isonomia processual; (d) relacionadas à plenitude de defesa, constantes dos incisos LV e LVI, garantido o contraditório e a ampla defesa, bem como a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito; (e) relativas à motivação e à publicidade dos atos processuais penais, constante no inciso LX, do artigo 5º e no inciso IX, do artigo 93; (f) determinante do prazo razoável de duração do processo, reconhecida até pouco tempo pela cláusula aberta do parágrafo 2º. do artigo 5º. e, inserida na Carta Constitucional, de forma expressa no inciso LXXVIII pela Emenda 45/2004; e (g) referentes à execução penal, relacionadas nos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, e XXV, estabelecendo que nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado; garantindo a individualização da pena; vedando o estabelecimento de determinadas penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis e outros preceitos estabelecendo garantias à integridade e dignidade dos presos.⁶²

O artigo 5º da Constituição Federal é ainda mais generoso e contém vários outros preceitos relacionados a direitos individuais, dos quais se pode citar: princípio da

⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 207-208. Nota 57.

⁶² TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 218-223. Nota 57.

reserva legal (inciso XXXIX); princípio da irretroatividade da lei penal como regra (inciso XL); intocabilidade da coisa julgada penal (inciso XXXVI); preservação da vida e da integridade física do indiciado, do acusado ou do condenado, (incisos III e LXV); inviolabilidade de domicílio (inciso XI); assecuração do sigilo das correspondências (inciso XII); não-culpabilidade (inciso LVII); não submissão à identificação criminal, exceto em situações excepcionais estabelecidas pela lei, (inciso LVIII); inadmissibilidade de prisão, excetuadas as situações explicitadas pelo inciso LXI; imediata comunicação da prisão (inciso LXII); garantia da não-incriminação e direito ao silêncio, à assistência da família e do advogado; direito à liberdade provisória (inciso LXVI).

Acrescenta-se a esse rol, o direito à determinação de um prazo razoável para finalização do processo, agora não mais reconhecido na Constituição Brasileira pela cláusula aberta do parágrafo 2º do artigo 5º, mas de forma expressa, conforme instituído pela Emenda Constitucional nº 45.

A atuação da jurisdição, na estrita observância do devido processo penal, deve inclinar-se na busca da preservação dos direitos fundamentais. Dessa assertiva, conclui-se, tranqüilamente, que o agente do fato típico penal não é apenas objeto de investigação, conforme tem afirmado a doutrina tradicional⁶³, mas ocupa, como integrante da sociedade, a posição de sujeito de direitos constitucionalmente garantidos.

Reflexo importante dessa posição é o a possibilidade de participação na formação da convicção do julgador. Entretanto, para que esse direito seja efetivo e eficaz, é necessário vencer a timidez que se adota na interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional em matérias relacionadas ao processo, notadamente ao processo penal, em sentido lato.⁶⁴

⁶³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed.rev. e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004, p.82.

⁶⁴ Por sentido lato, entende-se o processo penal brasileiro considerado em suas duas fases: a pré-judicial ou administrativa e a fase judicial, que, juntas, compõe a persecução penal brasileira.

É preciso compreender o processo em seu sentido amplo, contemplando inclusive sua fase preparatória, que em matéria penal é, em regra, materializada no inquérito policial. Não obstante a discussão a respeito de sua natureza, esse procedimento integra o sistema processual brasileiro.

Para Tornaghi não há erro em incluir o inquérito no processo, palavra esta que para ele não é usada para significar relação processual, mas para indicar uma atividade ou o encaminhamento em determinada direção. Lembra, ainda, que a relação processual pode, eventualmente, se instaurar ainda na fase de inquérito, pela decretação da prisão preventiva.⁶⁵

Evidentemente, não é o fato de ter suas regras constantes do Código de Processo Penal caracteriza o inquérito policial como integrante do processo. Mas é inegável que são em regras processuais que se busca seu fundamento e sua forma. Além disso, nele são realizados alguns atos, que por sua própria natureza, não podem ser repetidos na fase processual, mas que são aptos a influenciar na convicção do julgador.

O inquérito policial, enquanto materialização das investigações realizadas pela polícia judiciária, a fim de elucidar a autoria e a ocorrência de crime considerada em todas as suas circunstâncias, existe para o processo, mesmo que possa ser dispensado e, ainda que, dele não decorra o processo, por seu arquivamento.

As regras que orientam a polícia judiciária na elaboração do inquérito são de natureza processual. O que não significa dizer que seus agentes exerçam atividades judiciais ou jurisdicionais. Mas que, embora a polícia judiciária no Brasil seja instituição pertencente à estrutura administrativa do Estado, inclina-se como órgão de auxílio à administração da justiça⁶⁶. Seu caráter não é o de pura prevenção.

⁶⁵ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo penal**: art. 1º a 23. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 15.

⁶⁶ Em Costa Rica, a Polícia judiciária faz parte do Poder Judiciário. Cf. MALARINO, Ezequiel. A polícia nos Estados de direito Latino-Americanos: um resumo comparativo. In: CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord); AMBOS, Kai. (Coord.) **Polícia e estado de direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 134.

Antes, atua formando o sistema repressivo do Estado. E isso tanto se faz verdade que suas atividades são traçadas no Código de Processo Penal, integrando no Brasil, o sistema processual penal *lato sensu*.

Lopes Junior destaca que a instrumentalidade qualificada é uma característica da investigação preliminar, que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da justiça, pela possibilidade de produção antecipada de provas e de prisão cautelar e por consistir-se em um filtro processual, como fase que permite um juízo de pré-adminissibilidade da imputação. Isso faz com que a investigação preliminar se apresente como um instrumento a serviço do instrumento-processo.⁶⁷

A instrumentalidade é, assim, a nota predominante do inquérito policial, uma vez que constitui fase prévia do processo penal. Embora não tenha como fundamento a aplicação da pena nem a satisfação de uma pretensão jurídica, o objetivo imediato do inquérito policial é assegurar a eficácia do processo penal. Além de instrumentalizar a pretensão acusatória, sobre os elementos colhidos e registrados no inquérito é que será exercido um juízo de admissibilidade para a decretação de algumas medidas cautelares e para a admissão ou rejeição da peça acusatória que nele se funda. Essa instrumentalidade qualificada é também eventual, no sentido de não ser obrigatória, mas facultativa, com a ressalva de que a regra geral é a da instrução preliminar.

Mas a investigação preliminar traz, ao lado da instrumentalidade, o caráter garantístico, que consiste na preservação dos interesses do imputado, indiciado, acusado ou réu, evitando-se que sobre ele recaia um juízo infundado.

Abre-se aqui um parêntese para referenciar Ferrajoli⁶⁸, que apresenta três acepções para a palavra “garantismo”, as quais constituem, ao mesmo tempo, os três elementos que delineiam a sua teoria do garantismo.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit, p. 38-39. Nota 48.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del galantismo penal. Tradução para o Español de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madri: Trotta, 2000, p 851-855.

A primeira acepção liga-se ao modelo normativo de direito, que subordina o sistema penal à estrita legalidade e se desenvolve em um plano epistemológico, caracterizado por um sistema cognoscitivo de poder mínimo; um plano político, como técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade; e um plano jurídico de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado para a garantia dos direitos dos cidadãos.

Em uma segunda acepção, “garantismo” designa uma teoria de validez e de efetividade, expressando uma aproximação teórica que mantém separado o “ser” e o “dever ser”. A questão central que se apresenta é a divergência existente entre os ordenamentos complexos com tendências garantísticas e práticas operativas com tendências anti-garantísticas, contribuindo para a construção de uma teoria que evidencia a divergência entre normatividade e realidade e entre direito válido e direito efetivo.

Por fim, numa terceira acepção, o vocábulo “garantismo” designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado uma justificação externa conforme os bens e os interesses cuja tutela representa a finalidade de ambos, ou seja, uma legitimação ético-política do direito e do Estado, sustentada por valores fundamentais consistentes na tutela dos interesses e nas necessidades individuais e coletivas.

Ligada à idéia de garantismo, Gonçalves evidencia o valor da segurança jurídica. Registra que de nenhum valor terá a jurisdição, instrumentalizada pelo processo, que não se apresentar específica e eficaz. E nessa abordagem relata a diferença existente entre jurisdição efetiva e jurisdição específica e eficaz. Efetiva é a jurisdição traduzida nos autos do processo quando sai da sua fase genérica e abstrata. Diz-se específica, a jurisdição que se particulariza na situação fática que a provocou e, por fim, eficaz é a jurisdição que produz o efeito desejado, dando “bom

resultado”. A jurisdição efetiva, específica e eficaz resulta, assim, na segurança jurídica no sentido de garantir os direitos dos cidadãos, por meio do processo justo.⁶⁹

Com apoio na teoria do garantismo de Ferrajoli, com a contribuição de Gonçalves sobre o processo justo, e considerando que a utilização do inquérito policial tem demonstrado uma realidade contrária ao caráter garantístico aqui preconizado, é preciso reconduzir esse instrumento de investigação à sua finalidade primeira, para conformá-lo ao modelo constitucional adotado pelo Brasil a partir de 1988.

O processo penal será considerado, então, em sentido amplo para incluir também o direito a um procedimento legalmente previsto destinado à investigação, garantindo-se à assistência técnica já nessa primeira fase da *persecutio criminis*. Essa possibilidade de atuação ativa do defensor já na primeira fase, ainda que encontre muita resistência na doutrina e na jurisprudência brasileira, tem sido defendida por Tucci, em devida conformidade constitucional, reconhecendo-se ao indiciado o exercício do direito à ampla defesa com todos os recursos que lhe são inerentes⁷⁰.

Assim, evidenciando o caráter garantístico da Carta Constitucional, conclama-se uma postura menos tímida de seus intérpretes, especialmente no tocante à incidência do contraditório que, segundo Câmara, é o princípio mais relevante entre os corolários do devido processo legal, não concebendo um processo justo que não se realize em contraditório⁷¹, razão pela qual merece a análise em destaque dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que se fará a seguir.

⁶⁹ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 67-68.

⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit. p. 104. Nota 50.

⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. v.1, p. 49.

3.1 DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

O direito ao contraditório e à ampla defesa nem sempre esteve presente no direito brasileiro. Lançando o olhar sobre a história constitucional do País, verifica-se que a Carta Imperial de 1824 não fazia menção ao princípio do contraditório e apenas superficialmente trazia uma indicação do direito à defesa no art. 179, VIII, ao declarar que “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto aos casos declarados na lei”.

Foi a partir da Carta Republicana de 1891 que o direito à defesa ampla chegou, expressamente, ao direito constitucional afirmando-se, no art. 72, § 16, que:

Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade, com os nomes do acusador e das testemunhas.

O preceito mostrava-se mais democrático que o atual, garantindo-se textualmente o direito à ampla defesa já na fase de investigação, embora restrita ao momento da prisão, por ocasião da entrega da nota de culpa.⁷²

O Texto de 1934 não foi tão amplo e limitou-se a consagrar, em uma expressão muito assemelhada ao preceito trazido pela Carta de 1988, que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a esta”, conforme disposição do art. 113, § 24.

Tal qual a Constituição de 1891, a Carta de 1937, contudo, apresentava uma maior abrangência em relação à defesa, que era garantida antes e depois da formação da culpa. Não deixou, portanto, dúvidas sobre a aplicação do princípio já na fase investigatória, reservando o contraditório à instrução criminal. Dispunha o item 11, do artigo 122, sob o título de garantias e direitos individuais que:

⁷² A nota de culpa é o documento que informa àquele que sofre restrição de liberdade, o nome da autoridade responsável por sua prisão e os motivos desta. A nota de culpa hoje, no direito brasileiro, é entregue ao preso por ocasião da prisão em flagrante delito, num prazo máximo de 24 horas contadas da data da prisão.

à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;

Todavia, considerando o momento político em que foram encerradas as Constituições de 1934 e de 1937 (com a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder depois da Revolução de 1930), conclui-se que o preceito não passou de uma garantia formal. Conforme ilustração de Silveira,

A Constituição de 1934 teve existência efêmera, já que em 1937 foi outorgada ao País nova ordem constitucional, por força da ditadura decorrente do Estado Novo. Por óbvio, não há que se cogitar de liberdades civis durante a vigência dessas duas cartas políticas.⁷³

A Constituição de 1946, também reconhecida pelo caráter democrático, em seu artigo 141, parágrafo 25, consolidou a garantia de defesa na fase investigatória, por ocasião da expedição da nota de culpa, reservando o contraditório à fase de instrução:

É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentre vinte e quatro horas. A instrução será contraditória.

A Constituição de 1967, em seu art. 150, § 15, afirmava que “a lei garantirá aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunal de exceção”.

Por óbvio, em razão do Golpe Militar, ocorrido em 1964 só se pode falar em garantias individuais em sua acepção formal. Embora positivadas na Carta Constitucional à época vigente, não foram respeitadas. Pouco tempo depois, com a publicação do histórico Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968, essas garantias foram suspensas e o Judiciário perdeu o poder de apreciar questões ligadas a atos revolucionários, enfraquecendo o Poder Jurisdicional.

⁷³ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op. Cit, p. 32. Nota 52.

A democracia foi, por fim, restabelecida em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã que reconheceu expressamente a garantia do devido processo legal, complementada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Rovégno observa que a ampla defesa e o contraditório se apresentam como princípios especificadores da cláusula que constitui a garantia das garantias do indivíduo, ou seja, do devido processo legal.⁷⁴

Nesse mesmo sentido Moraes afirma que o devido processo legal consiste em:

um conjunto de garantias constitucionais correlativas ao direito ao processo, determinante do procedimento adequado, isto é, aquele realizado com a observância do contraditório e adaptado à realidade social e à relação jurídica de direito material discutida no processo.⁷⁵

Suannes relembra caso célebre ocorrido em 1616 quando o Tribunal Real declarou que a decisão de perda de cargo público sem a devida observância das garantias previstas na Magna Carta não poderia prevalecer, ainda que fundada em lei local. Afirmava-se que uma decisão sem que se tenha conferido à parte oportunidade de ciência e de participação seria contrária ao direito e ao senso de justiça. Foi então que surgiu como complementação do devido processo legal o princípio do contraditório, representado pelo binômio ciência-participação.⁷⁶

Greco Filho defende que o contraditório constitui um meio de efetivação da ampla defesa, e esta se apresenta como uma oportunidade que confere ao réu o poder de 'contraditar' a acusação.⁷⁷

Para Alexandre de Moraes, a garantia de ampla defesa dá ao réu "condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a

⁷⁴ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. 1. ed. Campinas: Bookseller. 2005, p. 244-245.

⁷⁵ MORAES, Guilherme Braga Peña. Op. Cit, p. 111. Nota 13.

⁷⁶ SUANNES, Adauto. Op. Cit, p. 104. Nota 16.

⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1, p. 56.

verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa”.⁷⁸

Bastos & Martins assinalam que o contraditório “se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória”.⁷⁹

Interessante classificação de princípios é apresentada por Portanova que considera o princípio da ampla defesa contido no princípio de acesso à justiça e o princípio do contraditório, no princípio do devido processo legal.⁸⁰

Mesquita defende que a ampla defesa dirige-se somente ao réu, sendo correlato ao direito de ação conferido ao autor. Consiste no direito de produzir provas, buscando um provimento jurisdicional que lhe seja favorável. A informação e a reação apresentam-se como elementos do contraditório, mas a forma, a qualidade com que se verificará a reação, é regulada pela ampla defesa.⁸¹

Para Rovégno, o legislador constitucional agiu com uma imprecisão técnica, o que não impede uma leitura que chama de conciliadora no sentido de sustentar que os dois princípios, do contraditório e da ampla defesa, estariam assegurados a ambos os litigantes, enquanto a ampla defesa seria assegurada somente à parte passiva da relação processual e que o direito da acusação em manifestar-se a favor de suas teses decorreria do direito de ação, contemplado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. Vistos dessa maneira, como princípios distintos, pode-se concluir que a ampla defesa tem lugar em vários momentos e sob vários títulos, ou seja, “em expedientes jurídicos que não sejam caracterizados como processo judicial ou

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 125.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2, p. 267.

⁸⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípio do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 14 .

⁸¹ MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 177.

administrativo, mas onde se denote qualquer risco ou iminência de surgimento de um quadro desfavorável a um indivíduo”.⁸²

Defende-se, aqui, que tais conceitos não são integrantes um do outro, mas complementares. É a atuação conjunta tanto do contraditório quanto da ampla defesa que reflete o princípio maior do devido processo legal.

Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o contraditório comporta duas fases: a primeira representada pelo direito à informação; e a segunda pela possibilidade de participação.⁸³

Dinamarco mais tarde também traduziria o contraditório pelo binômio ciência-participação, afirmando que o princípio garante às partes o direito de serem cientificadas dos atos realizados no processo, podendo contra eles opor resistência ou reagir e contribuir na formação da convicção do julgador.⁸⁴

O direito à defesa, que não se confunde com o direito ao contraditório, liga-se à idéia de reação a uma imputação sofrida, podendo-se demonstrar as razões dessa impugnação, a fim de influir na decisão do juiz. Em todos os dois princípios verifica-se a incidência de um elemento imprescindível: a ciência. Isso porque não é possível falar-se em contraditório ou em defesa sem que se conheçam os fatos a que se deve pedir ou reagir. Mas também na defesa se verifica o direito à participação, mas a forma dessa participação é a impugnação, decorre do direito de defesa e não do direito de ação.

Somada à ciência e à possibilidade de participação ou reação deve-se acrescentar o elemento oportunidade, ligado à idéia de prazo. Consoante o pensamento de Rovégno, “garantir a informação e a possibilidade de reação, em circunstâncias e

⁸² ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 277. Nota 74.

⁸³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.109.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 94.

ocasiões absolutamente libertas de regras disciplinadoras, significaria instalar o caos no processo”.⁸⁵ Esse prazo deve seguir parâmetros que possibilitem o efetivo direito à participação. Não apenas relacionado ao termo final, mas também ao termo inicial em que é assinalado pelo sistema processual.

Anota-se que o preceito constitucional não menciona o tempo em que deva realizar-se o contraditório. Assim, é perfeitamente admitido o contraditório diferido no tempo, em razão de alguma excepcionalidade, decorrente da própria natureza do ato realizado, ou porque no momento de sua realização, tratando-se de inquérito policial, não se teria certa a identificação do autor do crime, ou ainda porque, se realizado concomitante ao ato poderia a parte frustrar sua realização.

Tomando como exemplo a realização das medidas de busca e apreensão e de prisão preventiva, é muito provável que o sujeito passivo dessas medidas tenha interesse em frustrar as diligências capazes de prejudicá-lo. E exatamente por essa real possibilidade, não lhe é dado conhecimento prévio de sua execução. É possível, no entanto, que a parte possa ser cientificada do ato após a sua realização, podendo contra ele opor as impugnações que julgar serem pertinentes e pedir, ainda, outras providências que puderem afastar algumas conclusões que lhe prejudiciais.

Nota-se que não se trata de característica própria do processo penal. Também no processo civil é possível a adoção de algumas medidas cautelares *inaudita altera pars*, verificando-se a ocorrência do contraditório diferido, consoante preceito contido no artigo 804, do Código de Processo Civil:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir danos que o requerido possa vir a sofrer.

⁸⁵ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 253. Nota 74.

O fator do tempo também comporta um termo final. É que as questões levantadas no processo, com raríssimas exceções, não podem ficar indefinidamente abertas. Por isso é assinalado um prazo para que a parte possa se manifestar.

O contraditório, que pode ser diferido no tempo, apresenta-se como fundamento jurídico e também ético do processo, conferindo à parte a possibilidade de participar em um determinado prazo.

A possibilidade de reação não representa uma obrigação e a parte pode optar por não participar. Essa opção, contudo, não impede o desenvolvimento do processo. Todavia, sua participação permite, em regra, um melhor desenvolvimento do processo, pois com apenas uma parte participando, o processo funciona mal, e corre maior risco de chegar a uma decisão injusta.⁸⁶

A defesa é considerada também um princípio, que informando o processo em todos os seus momentos, liga-se à concepção de garantismo processual e de segurança jurídica. Essa idéia de que a defesa constitui igualmente um direito, uma garantia e um princípio é defendida por Giannella, para quem:

o direito a defender-se das acusações aparece como elemento essencial em um Estado Democrático de direito, sendo este direito levado a cabo por meio de vários instrumentos, dentre eles o de assistência de defensor, imprescindível por servir melhor à realização de outros instrumentos como o direito à prova e o servir à obtenção de maior eficácia nos pressupostos necessários para a defesa, como o direito de audiência bilateral e o direito de ser informado da acusação.⁸⁷

Para a plena incidência do direito de defesa, dois outros princípios que compõem o devido processo legal se evidenciam: o direito à prova e o direito de igualdade das partes.

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. Tradução do Espanhol para Português de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Peritas, 2001, v.1, p. 138.

⁸⁷ GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115-116.

O direito à prova permite que o “acusado” possa trazer ao processo todos os elementos que aptos a esclarecer a verdade, a verificar a existência ou não de um fato delituoso e, ainda, a afastar a sua culpa ou diminuí-la.

A defesa técnica é imprescindível para que se realize substancialmente a paridade de armas. Isso porque a acusação é exercida por órgão tecnicamente habilitado e, normalmente, com experiência forense. Por outro lado, o acusado encontra-se, pessoalmente debilitado pelo processo, ou pela possibilidade do processo – no caso das investigações policiais. O apoio da defesa técnica, esclarecendo seus direitos, inclusive a oportunidade de exercê-los dará mais segurança ao acusado.. Essas duas faces se complementam mutuamente. O acusado, por conhecer os fatos e a defensor técnico, por dispor da técnica, permitindo o estabelecimento da igualdade substancial do imputado frente ao acusador.⁸⁸

A defesa técnica representa, dessa maneira, uma garantia que visa suprir a limitação técnica da autodefesa e que tem seu fundamento no interesse público de desenvolvimento regular do processo. Não um processo qualquer, mas um processo justo, que somente satisfaz com o efetivo contraditório e a substancial paridade de armas.

Questão controversa é a posição do Ministério Público na ação penal pública. Costuma-se afirmar que se trata de um órgão imparcial, o que lhe impõe uma condição de não-parte, por não ter qualquer pretensão relacionada a um direito material.

A questão é enfrentada por Tucci, que evidencia os dois sentidos que pode ter o vocábulo “parte”. Um ligado ao sentido material, advindo das lições de Carnelutti, supondo-se uma relação jurídica, em que cada um dos sujeitos – o do interesse protegido e o do interesse subordinado - recebe a denominação de “parte”, por representar parcialmente um todo que é a relação jurídica. Por outro lado, tem-se “parte” em sentido processual, visão consubstanciada no pensamento de Chiovenda

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 614. Nota 68.

e ligada à representação processual, ou seja, ao exercício do direito de ação. Assim, fala-se em sujeitos processuais. Tem-se, portanto, estabelecida a distinção de “parte” em sentido material e em sentido processual, representando respectivamente o sujeito da lide e o sujeito do processo. Feita a distinção, passa o mestre a esclarecer que o Ministério Público assume no processo penal de caráter condenatório a posição de parte em sentido processual.⁸⁹

Considerando então essa condição de parte em sentido processual, pode-se reconhecer numa fase anterior ao processo judicial a possibilidade de exercício de alguns direitos constitucionalmente reconhecidos. Isso porque à inteligência da abrangência do devido processo legal, pode-se incluir outro princípio que garante a paridade de armas, conferindo às partes isonomia processual.

Ainda que não se tome o processo penal brasileiro em sua acepção mais ampla, pode-se chegar à conclusão, junto com a doutrina italiana, de que conferir a possibilidade de participação à pessoa sujeita à investigação criminal é uma forma de garantir-se a paridade de armas, princípio que, embora não se confunda com o contraditório, melhor se realiza com sua incidência. Essa é a conclusão a que chega Tonini, depois de verificar a contraposição entre os sistemas inquisitório e acusatório adotados respectivamente pelos códigos de processo penal italiano de 1930 e o de 1988. Lembra que no modelo inquisitivo a verdade era perseguida com amplos poderes coercitivos aptos a diminuir o controle das partes, pois era encerrada nos autos formados sob base sigilosa. A jurisprudência exaltava esse modelo autoritário considerando que o princípio do livre convencimento incidia somente no momento de valoração da prova e não no momento de sua investigação e de sua produção.⁹⁰

Chama-se a atenção para o preceito constitucional, contido no inciso LXIII do artigo 5º, garantindo ao indiciado preso, ainda que em flagrante delito, portanto antes mesmo da apreciação e homologação dessa prisão por autoridade judiciária, à assistência de advogado.

⁸⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 146-153. Nota 50.

⁹⁰ TONINI, Paolo. Op. Cit, p. 17-23. Nota 34.

É sedimentado na jurisprudência o entendimento da não-obrigatoriedade da presença de defensor por ocasião da lavratura de auto de prisão em flagrante delito. O Superior Tribunal Militar assim se manifestou:

EMENTA: I - Questão administrativa. Prisão em Flagrante. Pretendida assistência de Advogado-de-Ofício na lavratura de auto de prisão nas OMs. Inaplicabilidade -Exegese do art. 5º, LXIII da Constituição Federal. II - A Constituição assegura ao preso, o direito de ser informado de seus direitos, bem como a assistência familiar e de advogado, não significando com isso, que a presença do Defensor seja requisito essencial para a lavratura do auto de prisão em flagrante, salvo se houver Defensor indicado pelo autuado ou constituído pela família. Pretensão indeferida, em decisão majoritária.⁹¹

Essa postura decorre do pensamento que defende ter a primeira fase do sistema processual penal brasileiro tem natureza inquisitória e, portanto, não comporta a incidência dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Para compreender melhor como se firmou esse entendimento, é importante verificar como se desenvolveu os sistemas processuais e como se chegou ao modelo atual, o que se fará no capítulo seguinte.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Acórdão n. 1992.01.000250-0/RJ. Julgamento de questão administrativa em 05/05/1992. Ministro Antonio Carlos de Nogueira. Publicado no DJ em 01/07/1992.

4 SISTEMAS PROCESSUAIS

Para que o juiz possa aplicar as normas do direito penal objetivo, serve-se das regras de processo penal com a finalidade de descobrir a verdade, que no sentido dado por Marques consiste “no meio e modo de comprovação da exata situação concreta em que deve incidir a norma penal a ser jurisdicionalmente aplicada”.⁹²

Por sistema processual deve-se entender “a forma, o modelo, o tipo pelo qual o processo, na sua acepção mais ampla, se estrutura, relativamente à relação jurídica que o permeia; ao procedimento que o revela; e à documentação que o registra”.⁹³ Citando Vélez Mariconde, Pereira considera que o estabelecimento das formas de processo sempre se revelou numa luta, entre o Estado e o indivíduo, entre os interesses coletivo e individual, entre os princípios da autoridade e da liberdade individual.

A forma com que o processo penal se apresentou e se desenvolveu ao longo da história da humanidade permite agrupá-los em dois grandes sistemas classificados como acusatório e inquisitório. Da inadequação desses dois sistemas, surge um terceiro, denominado misto, que pretende reunir características de um e de outro.

O sistema acusatório, mais antigo que o inquisitório, consubstancia-se em um processo em que as partes se apresentam em condições de igualdade perante a um juiz imparcial. Tem por fundamento o princípio dialético, com as funções processuais distribuídas entre os sujeitos do processo. A verdade é alcançada por meio do contraditório. Essa distribuição de responsabilidades entre os sujeitos é semelhante

⁹² MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. ver e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas. Millennium: 2000, v.1. p. 64.

⁹³ PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães. A polícia e os sistemas processuais. In: MORAES, Bismael Batista. (Coord.). **A polícia à luz do direito**: um seminário da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 88.

ao princípio de separação dos poderes e tem por finalidade evitar o abuso do poder.⁹⁴

O sistema inquisitivo, reunindo em um só órgão as funções de acusação, de defesa e de julgamento, tem suas bases fixadas pelo direito canônico, por iniciativa do Papa Inocêncio III. Ganhou maior força com o prestígio e a expansão da jurisdição eclesiástica. Nesse sistema inexistente o princípio da ação, podendo o juiz iniciar o processo de ofício. O acusado não é tratado como sujeito, mas como objeto, não dispondo das mínimas garantias para proteger-se do arbítrio do julgador. O método utilizado nesse sistema sustenta-se pelo fim perseguido, numa demonstração clara de que o valor segurança social prevalece sobre o valor liberdade individual.⁹⁵

Esse sistema inquisitorial que se desenvolveu no direito canônico em nada se compara a *inquisitio* da República Romana, considerada o berço do sistema acusatório. Enquanto aquele tinha por características o procedimento escrito e secreto, prestigiando a confissão e o testemunho, muitas vezes arrancados em sessões de torturas e tormentos, este consistia na pesquisa da verdade pelo acusador que poderia ser qualquer do povo, podendo o acusado acompanhar todas as diligências, inclusive a colheita de depoimentos dos testemunhos.

Para Tornaghi, é errado identificar o processo inquisitório como escrito e sigiloso, por não serem essas as suas características essenciais, mas apenas secundárias. Assevera que o processo acusatório também conheceu a escrita e o sigilo. Da mesma forma que é perfeitamente possível admitir um processo inquisitório público e oral.⁹⁶

Para Ferrajoli a distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório tem caráter teórico ou histórico, não necessariamente coincidentes. A seleção dos elementos

⁹⁴ TONINI, Paolo. Op. Cit, p. 15. Nota 34. Cf também MORAES, Bismael Batista (Coord). **Artigos de polícia e de direito**. São Paulo: IBRASA, 1990, p. 22.

⁹⁵ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 230-234. Nota 74.

⁹⁶ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2.ed. ver. e atual. Saraiva: São Paulo: 1977. p. 2.

essenciais para identificá-los está relacionada a juízos de valor, que acabaram por estabelecer o nexos existente entre sistema acusatório e modelo garantista, e, por outro lado, entre sistema inquisitivo, modelo autoritário e eficácia repressiva. Assevera que a prática demonstra que nenhum dos dois sistemas se apresentaram num estado puro, mas sempre combinando alguns elementos que não são lógica ou axiologicamente necessários.⁹⁷

Essas matrizes contrapostas, ou seja, inquisitória e acusatória, se distinguem basicamente pelos sujeitos envolvidos no processo, pois enquanto no processo inquisitório se sobressai apenas um sujeito atuante que é o juiz encarregado de perquirir a verdade e decidir, o processo acusatório distribui o encargo de descoberta da verdade entre todos os sujeitos do processo, ou seja, juiz, acusador e acusado.

Em um primeiro momento, o sistema inquisitivo representou uma garantia contra as arbitrariedades e a opressão dos mais fracos pelos mais fortes, pois até então, o processo se desenvolvia por duelos e combates judiciais, e somente os mais fortes, ou quem tinha posse para pagar pelos duelos, teriam a perspectiva da vitória na batalha judicial. No entanto, conforme assinala Almeida Junior:

*A inquisitio, conforme era indicada por Inocêncio III, não teria a extensão e não produziria os abusos depois ocorridos se os Papas posteriores e os Reis, na luta contra os Mouros, Judeus e outros hereges, se contivessem nos limites dos cânones daquele grande pontífice. Bonifácio VIII, que no fim do século XIII, deu maior desenvolvimento aos juízes e tribunais eclesiásticos, também deu maior desenvolvimento ao processo inquisitório; pois, a princípio, os bispos serviam-se do meio da *inquisitio* nas pesquisas dirigidas contra os clérigos, nos casos que pediam o segredo da instrução, porém publicando depois os nomes e os ditos das testemunhas; só mais tarde, por acharem este processo mais cômodo e mais rápido, estenderam-lhe a aplicação e ampliaram o segredo até a ocultação dos nomes.*⁹⁸

Dos inconvenientes da atuação da jurisdição eclesiástica e suas práticas denominadas inquisitivas, surgiu o sistema misto, também conhecido como sistema francês. Combina o caráter secreto da investigação em uma fase preliminar do

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 563-564. Nota 68.

⁹⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. Op. Cit, p. 80. Nota 31.

processo - a qual pode ser dirigida pela Polícia, pelo Ministério Público ou pelo Juiz de Instrução, conforme o regime do país que a adota - com a publicidade e o contraditório em uma segunda fase, onde se verificaria a instrução definitiva e o julgamento. É o sistema ainda hoje aceito pela maioria dos países, “sempre, porém, com a tendência de abolir completamente o segrêdo dos interrogatórios e dos depoimentos das testemunhas”.⁹⁹

Diverge a doutrina quanto ao sistema adotado pelo Brasil na atualidade. Há quem entenda que a Constituição de 1988 assegura o sistema acusatório.¹⁰⁰ A essa conclusão pode-se chegar pela leitura do artigo 5º, inciso LV, que encerra as garantias do contraditório e da ampla defesa no processo penal, e pela leitura do artigo 129, que confere exclusividade ao Ministério Público para iniciativa e promoção da ação penal pública, acabando-se com o procedimento judicial por iniciativa do juiz ou do delegado de polícia, previsto no artigo 26 do Código de Processo Penal, vigente antes do advento da Carta de 1988.

Entretanto, os que defendem ser o processo brasileiro puramente acusatório, tomam como referência apenas o processo judicial, por não considerar o inquérito como integrante do processo penal.¹⁰¹

De fato, ao considerar que o inquérito policial não integra o processo penal brasileiro não se pode falar em sistema misto nem mesmo em características inquisitoriais nesse procedimento administrativo. Isso porque no inquérito não há acusação e não há julgamento. Sua função é procurar reconstruir historicamente um acontecimento, para determinar as circunstâncias e autoria de uma conduta criminosa, podendo-se, inclusive, chegar a uma conclusão contrária ao indiciamento. As conclusões a que chega a autoridade policial não comportam uma definitividade, podendo o Promotor de Justiça discordar do relatório final do inquérito policial, cabendo, ainda, valoração

⁹⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. Op. Cit, p. 230. Nota 31.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit, p. 44. Nota 63.

¹⁰¹ Cf. ROVEGNO, André. Op. Cit, p. 236. Nota 74. e CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12.ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40.

posterior do juiz criminal. Da mesma forma, não se admite, que se produzam provas sustentadas por torturas, que muito caracterizaram o procedimento inquisitivo medieval.

Pedroso defende a existência de um sistema misto na persecução penal pátria, como fundamento para afastar a incidência da defesa em seu momento primeiro, ou seja, no inquérito policial.¹⁰²

Tornaghi também defende ter-se adotado no Brasil o sistema misto, por ser a apuração do fato e da autoria realizada no inquérito policial, reservada a fase judicial para instrução e julgamento. Todavia, assevera que, conquanto o inquérito seja inquisitório e o processo judicial acusatório, a verdade é que um e outro têm brechas, exemplificando com a possibilidade de ofendido e indiciado requererem diligências na fase de inquérito e na possibilidade de se decretar o segredo na fase judicial.¹⁰³

O sistema processual brasileiro é acusatório em sua totalidade, mas comporta uma fase administrativa que em nada se compara, ou pelo menos assim não deve ser, no estrito cumprimento da legalidade, ao sistema inquisitivo típico da justiça eclesial que se conheceu na Idade Média.

Percebe-se que a problemática atual que gravita em torno do estabelecimento dos sistemas acusatório e inquisitório é muito semelhante à problemática que envolve os princípios inquisitivo e dispositivo, uma vez que para caracterizá-los são considerados, principalmente, dois aspectos do processo: a iniciativa da ação e a produção de provas.

Passa-se, então, à análise dos princípios inquisitivo e dispositivo e de suas características. Considerando, porém, a importância com que se apresentam para o processo, justifica-se o estudo em um novo tópico.

¹⁰² PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-59.

¹⁰³ TORNAGHI, Hélio. Op. Cit, p. 20. Nota 96.

5 PRINCÍPIOS INQUISITIVO E DISPOSITIVO

Para Rovégno as idéias de "...Estado Democrático de Direito, devido processo legal, processo acusatório e contraditório caminham unidas, interpenetrando-se e revigorando-se mutuamente, constituindo um notável patrimônio humanístico da sociedade".¹⁰⁴ A esse rol, liga-se, de forma estreita, a atuação do magistrado no desenvolvimento do processo, normalmente determinada pelo que se convencionou chamar de princípios inquisitivo e dispositivo.

Durante muito tempo defendeu-se que o processo penal era regido pelo princípio inquisitivo, devendo o juiz buscar a verdade real dos fatos, independentemente do comportamento das partes; e que o processo civil era delimitado pelo princípio dispositivo, devendo ficar exclusivamente a encargo das partes o debate probatório.

É preciso abrir um espaço para entender como se formou esse pensamento e compreender a mudança experimentada pelo processo.

Em uma visão privatística, o processo estava condicionado ao estrito interesse das partes. A atuação do juiz era semelhante a de um mediador, que assistia passivamente e limitava seu conhecimento e julgamento à atuação das partes no processo.

A expressão francesa *laissez faire, laissez passer*, traduzida por "deixem fazer, deixem passar" - ligada à filosofia econômica dominante no século XVIII que defendia a existência de um mercado livre em oposição ao protecionismo estatal – refletiu-se também no campo jurídico, propagando a ideologia de uma mínima intervenção do Estado também no campo processual. Dessa forma, do Estado-Juiz requeria-se um comportamento passivo, deixando a cargo das partes o embate judicial, o que ficou evidenciado de forma clara no processo civil e acabou por promover um grande atraso na defesa dos direitos metaindividuais.

¹⁰⁴ ROVÉGNO. André. Op. Cit, p. 246-247. Nota 74.

Enquanto aparentemente caminhava no sentido inverso, o processo penal mostrava-se também impregnado dessa ideologia. Embora tecnicamente não possa o Estado assumir a condição de parte por ser o titular, igualmente, do *jus puniendi* e do *jus libertatis* do réu em processo criminal, a verdade é que, na ação penal pública, o Ministério Público, representando o Estado-administração, assume a condição de titular da ação penal e se serve do inquérito policial para evidenciar essa polarização acusado-acusador, recepcionando a ideologia do *laissez faire, laissez passer* e indicando que cada qual deve buscar a solução que vai ao encontro de seu interesse. Essa situação, a exemplo do que aconteceu no modelo econômico liberal, trouxe um desequilíbrio muito grande nas relações entre indivíduo-Estado.

Enquanto o Estado, na fase que antecede o processo judicial, possui todo o aparato estatal para auxiliá-lo e instrumentá-lo na propositura e desenvolvimento da ação penal, o acusado encontra-se fragilizado, não apenas psicologicamente, mas também econômica e tecnicamente.

Senão, veja-se: bastaria uma visita pelas delegacias de polícia, carceragens e fóruns criminais para se chegar à conclusão de que a maioria dos crimes alcançados pelo sistema criminal é praticada por integrantes das classes sócio-econômicas menos privilegiadas. É possível verificar que crime será apenas um pequeno número de delitos praticados, em locais públicos, por pessoas marginalizadas socialmente, e por isso também chamada de perigosas. É o que se convencionou chamar de criminalidade tradicional, compreensiva das ações de violência física ou contrária ao patrimônio. Outros delitos: econômicos, ecológicos e de corrupção, não fazem parte da segurança pública ou da política criminal. As situações de risco a que ficam expostas pessoas limitadas econômica e socialmente não entram no cálculo de segurança pública, ou seja, a criminalidade em que as classes economicamente e socialmente discriminadas estão mais propensas a incidir é a única criminalidade existente.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Sobre o tema sugere-se a leitura de BISSOLI FILHO; Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência Criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

Tecnicamente o inquérito policial, evidencia-se a fragilidade técnica do investigado, não apenas porque parcela significativamente expressiva dos indiciados não tem condições financeiras de arcar com o custo do advogado, mas porque sua atuação na fase administrativa da persecução penal é tem sido limitada.

Com o advento do constitucionalismo social, o processo passa por uma transformação e começa a ser visualizado sob um prisma publicista. Assume um caráter público na medida em que protege um interesse coletivo defendido pela atuação do magistrado e que consiste na pacificação social e na atuação do direito objetivo.

Esse interesse social não surge, todavia, com a violação do direito, mas com a reação à violação desse direito. É nesse momento de quebra da harmonia social, que o Estado é chamado a atuar, a fim de buscar a pacificação. No processo civil tradicional isso pode ser facilmente constatado. É apenas a partir da reação do titular do interesse violado e da provocação que o Estado-juiz é chamado a atuar. Isso também ocorre na ação civil pública, em que o Ministério Público ou outros legitimados acionam o Estado-juiz com fins à pacificação.

Diferença não há no processo penal, quer a ação seja pública quer seja privada. Muitos crimes ocorrem sem que o Estado ou mesmo a vítima tomem conhecimento de sua ocorrência. E quando se fala em indisponibilidade da ação penal pública, deve-se considerar que é o conhecimento torna obrigatória atuação do Estado-administração. E, somente a partir desse momento pode agir o Estado-juiz, condicionando sua atuação ao interesse social que se encerra em todo o processo, independente da matéria discutida.

A visão publicista, por ser mais ampla e por não excluir a visão privatística, torna-se mais adequada aos escopos do processo. Isso porque, buscando a atuação do direito objetivo, defendido pela sociedade e materializado na ação legislativa, fatalmente o processo servirá à defesa do direito subjetivo.

Nessa nova ordem, em que o Estado deixa de ser mero expectador dos interesses das partes, urge a necessidade de uma participação menos tímida do juiz na busca

da verdade. Verifica-se, portanto, que essa mudança no eixo no processo exige uma releitura de todas as suas regras e princípios orientadores.

É assim que, na atualidade, enquanto no processo civil o trabalho tem sido no sentido de afirmar uma maior participação do juiz na instrução probatória, no processo penal precisa-se trilhar um caminho inverso para reconhecer o direito à participação do “acusado em geral”, como expressão constitucional.

Nesse novo contexto, assume importância o aspecto político do contraditório, que pode ser extraído do modelo constitucional democrático adotado.

O poder do Estado é tri-partido em funções e a participação popular é garantida, de forma representativa ou direta. Atualmente não se fala mais em democracia puramente representativa, mas em democracia participativa. Não obstante essa participação seja mais perceptível no plano dos poderes legislativo e executivo, em virtude da possibilidade de controle dos atos dos representantes, pelo voto ou por ação popular, ela também ocorre no poder jurisdicional, em que as partes atuam no processo, por meio do contraditório, legitimando o provimento estatal que nele se forma. É nesse sentido que deve ser entendida a lição de Câmara, para quem:

... só poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁶

O contraditório deve, assim, ser considerado como elemento identificador dos processos estatais destinados à elaboração dos provimentos jurisdicionais. Diante de sua importância na atividade processual, é impossível pensar em processo sem que o princípio o integre como conceito.

¹⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit, p. 53. Nota 71.

Em virtude do caráter público assumido pelo processo e da mudança em seu aspecto político, passa-se a afirmar que o juiz tem o poder-dever de participar mais ativamente no desenvolvimento do processo, buscando uma decisão conforme a vontade da lei. O juiz deixa de ser mero expectador dos interesses das partes para direcionar seus atos e decisões para realização dos escopos do processo. Nessa atividade ele recebe a colaboração das partes que têm interesses contrapostos.

Mas com essa possibilidade de atuação mais ativa, surge a necessidade de se determinar os limites de atuação do julgador no desenvolvimento do processo. O problema gravita em torno do que se convencionou chamar princípios inquisitivo e dispositivo.

O princípio inquisitivo é normalmente apresentado ligando-se ao processo penal e o princípio dispositivo ligando-se ao processo civil. Essa premissa felizmente já não encontra hegemonia no pensamento jurídico.

É de José Carlos Barbosa Moreira a afirmação que tem sido repetida pela doutrina brasileira de ser equívoco o termo dispositivo, normalmente utilizado para designar a ausência de poderes processuais do juiz. Já na doutrina alemã do começo século XIX surge a expressão *verhandlungsmaxime* para designar o limite material do julgador, estabelecido nos estreitos limites da demanda que lhe é proposta. Mais tarde, preferiu-se a expressão *dispositiosmaxime* para indicar a disposição das partes em submeter seus interesses à apreciação judicial e o vocábulo *verhandlungsmaxime* teve sua significação limitada à estrutura interna do processo.¹⁰⁷

O termo inquisitivo tem por origem a pesquisa realizada pelo julgador. A partir da expansão da jurisdição eclesiástica, passou a representar a iniciativa do juiz no processo criminal. Contudo, não se pode esquecer que a *inquisitio* romana era

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**. São Paulo: n. 41, 1986. p. 9.

realizada pelo acusador, podendo ser acompanhada pelo acusado, em instrução contraditória.¹⁰⁸

Para melhor compreender o tema, imprescindível analisar os dois momentos de incidência desses princípios: o momento da propositura da ação e o momento da instrução probatória.

Em relação à iniciativa do juiz para a propositura da demanda, é falsa a premissa de que incide o princípio inquisitivo no processo penal.¹⁰⁹ Isso porque a partir da Constituição de 1988, estabeleceu-se que a iniciativa da ação penal pública cabe exclusivamente ao Ministério Público, e nas ações penais de natureza privada, cabe à parte ou aos representantes legalmente considerados para o ato. Aliás, a exceção a essa regra vem exatamente do Código de Processo Civil, no artigo 989, onde se confere ao juiz o poder de iniciar a abertura de inventário, em razão da inércia dos legitimados.

Sobre a possibilidade de participação na instrução do processo, especialmente em matéria afeta à produção de prova, cada dia é mais freqüente a adesão dos defensores de uma atuação mais ativa do magistrado, quer no processo penal quer no processo civil.

Dinamarco defende ser “do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”.¹¹⁰ No entanto, surgiram movimentos no sentido de negar essa participação, sendo mais comuns os argumentos de ofensa aos princípios da igualdade da parte, da imparcialidade do juiz e da liberdade de defesa dos direitos disponíveis.

Convém considerar que contraditório não é sinônimo de igualdade, sendo possível que as partes tenham a devida ciência dos atos processuais e participem em

¹⁰⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. Cit, p. 33. Nota 31.

¹⁰⁹ termo empregado no sentido da possibilidade de atuação do juiz, sem a provocação das partes.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.

proporções desiguais. Da mesma forma, é perfeitamente possível que as partes tenham tratamento igualitário, sem, contudo, que se verifique a observância do contraditório. Por outro lado, a igualdade é princípio que deve ser efetivo, apresentando-se não apenas formalmente. Por vezes, uma participação mais ativa do juiz, pode restabelecer a igualdade substancial. Não é possível que os formalismos privilegiem a técnica de forma deturpada, como se ela tivesse um fim em si mesma.

Para Echandia, “A democracia política, e, mais concretamente, o princípio da igualdade das partes no processo, são garantidos e efetivados, outorgando-se ao juiz faculdades para que se triunfe a verdade e a justiça, em vez da habilidade e do poder econômico”.¹¹¹

Quanto ao argumento da atuação do magistrado ferir o princípio da imparcialidade, é preciso considerar que imparcialidade não se confunde com neutralidade. Admitir um juiz neutro é torná-lo descomprometido com sua função de buscar os fins da justiça e a atuação do direito objetivo. Sua neutralidade só pode ser concebida no sentido de não poder inclinar-se aos objetivos de quaisquer dos pólos do processo.

Para Tornaghi, o juiz, como representante do Estado, tem interesse no processo, pois por meio dele se evita a ação direta, ou seja, a justiça pelas próprias mãos, causadora de intranquilidade social.¹¹²

Nota-se que isso se verifica não apenas no processo penal, mas também no processo civil. Caso contrário, a parcialidade no juízo penal seria permitida, o que não coaduna com a verdade. Portanto, é falsa a idéia de que o juiz no processo penal busca a verdade real e no processo civil, a verdade formal.

¹¹¹ ECHANDIA, Hermande Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía editor, 1981. v.1 . p. 82. "... la democracia política, y, más concretamente, el principio de la igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad o el poder económico". (tradução nossa).

¹¹² TORNAGHI, Hélio. Op. Cit, p.29. Nota 65.

Já em 1949, quando praticamente dominava o pensamento de que o princípio dispositivo estava para o processo civil assim como o princípio inquisitivo estava para penal, Naves defendia que:

... cometer ao juiz o encargo de julgar, e ao mesmo tempo privá-lo de quaisquer movimentos em busca da verdade; estrangê-lo à inatividade da deslealdade ou da fraude daqueles cujos atos vai julgar; compeli-lo a tomar conhecimento de expedientes e manobras contra a justiça, e forçá-lo a calar-se, para afinal proferir sentença com fundamento nesse material fraudulento ou viciado, - é uma violência ao senso comum(...). A consciência repele um juiz fantoche.¹¹³

O juiz, independentemente da matéria discutida, não poderá se apresentar de forma passiva diante da atuação das partes no processo, que, consoante se verifica na prática forense, mostram-se menos comprometidas com o interesse social que com o seu próprio interesse particular, e em alguns momentos utilizam atos protelatórios para afastar o processo de sua finalidade precípua de pacificação social.

Sob outro aspecto, é correto afirmar que existem muitos direitos civis que, em decorrência da natureza disponível, se sujeitam à conveniência das partes, limitando a atuação do magistrado. Mas essa limitação é verificada apenas no plano de disponibilidade desses direitos, efetivada por atos processuais (renúncia, desistência e reconhecimento do pedido). Por isso Bedaque afirma que o princípio dispositivo trata-se “de um princípio relativo à relação material e à processual”.¹¹⁴

Ensina Puoli que:

...durante todo o desenrolar do processo, preconiza-se uma atuação mais interessada do juiz, que deve estar ciente de que sua atuação não estará somente predisposta à satisfação dos interesses privados das partes, mas também ao desempenho de papel fundamental para concretização dos escopos do processo.¹¹⁵

¹¹³ NAVES, Cândido. **Impulso processual e poderes do juiz**. Belo Horizonte: [s.n.], 1949, p. 22.

¹¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed.rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

¹¹⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 43.

Quando as partes buscam a jurisdição para a defesa de seus direitos, o juiz, na medida de que seu poder é um poder-dever destinado à prestação de uma efetiva tutela jurisdicional,¹¹⁶ deve assumir uma postura mais ativa na condução e na instrução do processo, buscando a verdade possível ou a maior probabilidade da certeza para julgar a matéria submetida a seu crivo. Não pode assistir passivo ao embate das partes, como se não representasse o Estado na defesa do interesse coletivo.

O magistrado é um representante do Estado no exercício da função ou do poder jurisdicional. Deve agir com autoridade, que não se confunde com arbitrariedade. Não pode ser conduzido apenas pela atuação das partes como se participasse de uma representação teatral, chancelando situações contrárias ao direito objetivo estabelecido pelo próprio Estado na sua função legislativa. Agindo dessa forma, perseguiria a “mentira formal”, promovendo a criação de normas que contrariam a ordem jurídica estabelecida.¹¹⁷

Para Goldschmidt, *apud* Marques, “a tese muitas vezes repetida, de que o processo criminal tem natureza inquisitiva, envolve confusão do fim essencial do processo, isto é, a averiguação da verdade e verificação da justiça, com um dos meios possíveis para lograr esse fim”.¹¹⁸

Parece inclinar-se o pensamento atual no sentido de inferir também ao processo civil o princípio inquisitivo, que em nada se confunde com o processo inquisitivo eclesial. Antes, representa uma atuação mais ativa do juiz para a descoberta da verdade que se consegue revelar. Dessa forma, conclui-se que é possível um processo acusatório em que incida o princípio inquisitivo, independente de ser nele discutido uma matéria civil, de interesse individual ou coletivo, ou de uma matéria penal.

¹¹⁶ LOPES, João Batista. **Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional.** Revista de Processo, São Paulo, n. 35. p. 24-67. Jul/set de 1984.

¹¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. Cit, p. 16. Nota 114.

¹¹⁸ MARQUES, Frederico. Op. Cit, p. 67. Nota 92.

Feito esse esclarecimento, toma-se um importante raciocínio, desenvolvido por Tucci a esse respeito. Ele defende que o processo penal em sua totalidade apresenta uma inquisitividade em substância e um esquema formal acusatório no tocante a segunda fase. A apuração da verdade material ou atingível, como escopo precípua do processo, deve nortear a *persecutio criminis*, considerada em toda a sua fase, inclinando-se tanto à preservação da liberdade do inocente quanto à imposição da sanção penal ao condenado, conferindo a todo o processo, e aqui se acrescenta mesmo todo o processo - o civil, o penal e o administrativo - um caráter inquisitório. Lança crítica à doutrina e à jurisprudência brasileira que confunde o poder inquisitivo com o procedimento *ex officio*.¹¹⁹ Afirma, ainda, que:

... firmada a 'inquisitoriedade' em toda de persecução penal, especialmente o poder 'inquisitivo' conferido ao órgão jurisdicional para a devida formação de seu convencimento, não deve ser confundida com o processo penal inquisitório, originado do Direito Penal romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, de triste memória¹²⁰

O aspecto formal evidenciado no modelo acusatório pode ser constatado quando se percebe que o mesmo Estado que tutela o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, por vezes acusando (representação que é feita pelo Ministério Público), e algumas vezes defendendo (na atuação da Defensoria Pública), e também administra a justiça (por intermédio de sua função jurisdicional).

O sistema processual brasileiro, incluindo as duas fases, administrativa e judicial, é constitucionalmente acusatório. Deve-se esclarecer, entretanto, que reconhecer o sistema brasileiro como acusatório não implica em colocar o juiz numa posição de mero espectador dos interesses das partes. Essa conformação formal não afasta a incidência do princípio inquisitivo, podendo o juiz atuar mais ativamente na instrução probatória a fim de formar seu convencimento a respeito dos fatos que lhe são apresentados. Essa atuação do juiz, não exclui o direito à participação dos interessados.

¹¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Polícia civil e o projeto de código de processo penal. In: MORAES, Bismael Batista. (Coord.). **A polícia à luz do direito**. São Paulo: 1991. p. 106.

¹²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p.44. Nota 50.

Contém o processo um interesse público de pacificação social. Além disso, o processo é também um instrumento de garantia da realização do direito material. O inquérito policial, como instrumento do instrumento-processo, também está ligado ao caráter público, procurando “evitar juízos apressados e acusações infundadas”. Já nessa primeira fase da persecução penal é possível reconhecer o outro, o acusado, na relação que se forma. Esse reconhecimento transforma a condição do “acusado” que deixa a exclusiva condição de objeto da investigação e passa a ser sujeito de direitos. Essa modificação promove uma melhor compreensão do caráter garantístico representado pelo inquérito policial. É o que se passa a analisar de forma mais minuciosa no capítulo seguinte.

6 INQUÉRITO POLICIAL

Nem sempre a edição de leis garante o seu cumprimento e o homem, mesmo reconhecendo que a prática de um ato possa ser considerada crime passível de repreensão social e jurídica, não se abstém de praticá-lo. O Estado é, então, suscitado a intervir a fim de restabelecer a paz social. E no exercício dessa atividade, deve conciliar o interesse individual e o interesse coletivo, assegurando os meios de investigação sem se descuidar dos meios de defesa, proporcionando ao ofendido a segurança e a reparação, e ao ofensor um anteparo às paixões do ofendido para que seja aplicada tão somente a justiça. Para isso, são necessárias instituições e fórmulas preexistentes e eficazes para garantir o direito social de punir e o direito individual de liberdade e ainda o direito à defesa dessa liberdade.

As sanções previstas nas leis penais não podem ser aplicadas sumária e arbitrariamente. É necessário o estabelecimento de regras fixando limites de atuação do Estado para que sejam respeitadas as garantias dos cidadãos. O conjunto dessas regras forma o direito processual do Estado.

Para que se instaure a relação processual-judicial, é necessário um mínimo de informações que autorizem a instauração de um processo criminal. Esse mínimo é, de regra, reunido em um procedimento prévio ao processo criminal, denominado inquérito policial, que “...exprime a verificação da existência de um fato delituoso com todas as circunstâncias e a quem cabe a sua autoria.”¹²¹

Etimologicamente o termo inquérito vem do latim *inquirere*, que significa inquirir, indagar, buscar, averiguar os fatos.

Nos termos do parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal e do artigo 4º do Código de Processo Penal brasileiro, o inquérito é de atribuição da polícia judiciária e, numa conceituação apressada, tem a finalidade de reunir elementos de convicção

¹²¹ REBELLO, Heribaldo. **Breves lições de direito judiciário penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, [19--]. p. 25.

relativos à existência de crime e à autoria, a fim de possibilitar a propositura da ação penal. Diz-se uma conceituação apressada por limitar-se a abordar apenas uma de suas finalidades.

Para uma visão mais completa do inquérito policial, não se deve descuidar de seu caráter instrumental. A recondução a esse caráter de instrumentalidade mostra-se oportuna, pois contribui para a restauração de sua fundamentação, sintetizada nas palavras de Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

No processo brasileiro, a instrução criminal, que está fundada em atos do inquérito policial e em atos do sumário de culpa, é também 'preservadora' (da inocência e da justiça) contra acusações infundadas e 'preparatórias' (dos meios de prova).¹²²

Esse caráter instrumental-garantístico é evidenciado por Luigi Ferrajoli, que considera o sistema de polícia judiciária um sub-sistema penal, ou sistema penal e processual administrativo, não menos relevante que o sistema penal e processual ordinário ou judicial, uma vez que incide sobre a liberdade pessoal do indivíduo.¹²³

As primeiras diretrizes relativas à ordem pública e à realização da justiça no País remontam ao ano de 1531, quando o rei de Portugal, D. João III, confiou a Martim Afonso de Souza competência para traçar normas de jurisdição civil e penal para todas as questões relativas à Colônia. O Brasil, dividido em Capitânicas, iniciava sua colonização confiando-se aos donatários as administrações da justiça e da polícia. O Alvará de 25 de junho de 1760 evidenciava a intenção de separar as funções policiais e judiciárias, idéia essa que remonta à invasão da península Luso-espanhola pelos Mouros. No entanto, o que se verificou no Brasil foi a reunião dessas duas funções de um modo diferente.¹²⁴

¹²² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 35. Nota 83.

¹²³ FERRAJOLI. Luigi. Op. Cit, p. 764. Nota 68.

¹²⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 62. Nota 83.

Somente com o Alvará de 10 de maio de 1808, a atividade policial até então concentrada nas mãos dos donatários passa à administração da Coroa com a criação do cargo de Intendente-geral de polícia da Corte e Estado do Brasil.¹²⁵

Outorgada a Primeira Constituição Brasileira, em 1824, traçando normas de organização do Poder Judicial, foi editada a lei de 13 de outubro de 1827 que criou os Juízes de Paz, responsáveis por formar o corpo de delito, diligenciar a fim de descobrir a autoria, interrogar o autor do crime e conduzi-lo ao juízo criminal competente. Os Juízes de Paz acumulavam funções judiciais e funções policiais, preventivas e repressivas. Houve uma inversão do regime anterior onde essas funções eram acumuladas pelos Intendentes Gerais de Polícia.

Esse sistema mantido pelo Código de Processo Criminal de 1832. Só foi alterado pela Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, que juntamente com o regulamento no. 120, de 31 de janeiro de 1842, restringiram as atribuições dos juízes de Paz, criando uma estrutura policial hierarquizada. Foi quando pela primeira vez na história brasileira apareceu a figura do delegado de polícia para proceder a formação do corpo de delito, passando a ser o responsável pela formação da culpa, embora a mesma tarefa, de forma paralela, também coubesse aos Juízes Municipais e aos Juízes de Direito, razão pela qual se têm afirmado ser esse o germe do inquérito policial.¹²⁶

Para Almeida Junior que a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 já determinava às autoridades policiais, ao tempo que julgarem convenientes, a remessa de dados, provas e esclarecimento afetos ao delito com a exposição do caso e das circunstâncias para os juízes competentes para a formação da culpa.¹²⁷

Lembra Kfoury Filho - em um seminário realizado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, cujas palestras foram reunidas em uma obra coletiva coordenada por

¹²⁵ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Op. Cit, p.140. Nota 31.

¹²⁶ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 79-81. Nota 74.

¹²⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.v. 2, p. 74.

Bismael Batista de Moraes - que nos tempos do império, até quase metade do século XIX, as atividades jurídico-policiais e político-administrativas eram exercidas pelas Câmaras.

Apenas em dezembro de 1841, com a edição da lei 261, criou-se no município da Corte e em cada província o cargo de um Chefe de Polícia, ocupado por um Desembargador, e cargos de delegados e sub-delegados exercidos por juizes e por cidadãos, com funções de polícia administrativa e de polícia judiciária e com competência para julgar alguns crimes de menor gravidade.¹²⁸

O regime estabelecido “tripartia o papel da polícia, que era autoridade judiciária [para o processo de formação da culpa], de polícia administrativa e de polícia judiciária”.¹²⁹ A polícia possuía poderes para restringir os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Não existia especificamente uma carreira de Chefe ou Delegado de Polícia. As funções não eram remuneradas e não se exigia formação jurídica. Esse aspecto muito contribuiu para que a atividade de polícia judiciária tivesse como fundamento em um regime inquisitorial, onde os meios encontram justificativa nos fins, e o fim não estava ligado à preservação dos direitos individuais, mas à descoberta da “verdade” a respeito de um fato criminoso. Verdade essa que deveria ser buscada a qualquer custo.

O uso abusivo das atribuições conferidas às autoridades policiais, que concentravam também função judicante para determinados delitos, e os inúmeros questionamentos sobre a constitucionalidade levou o legislador à modificação desse regime pela edição da Lei nº 2.033, em 20 de dezembro de 1871, que foi regulamentada pelo Decreto nº 4.824 do mesmo ano. As atividades policiais e judicantes foram separadas e criou-se, com esse nome afinal, o inquérito policial com uma conformação procedimental, ainda que não muito rígida, onde se deveriam registrar

¹²⁸ KFOURI FILHO, Abraão José. A Polícia Civil e sua institucionalização no direito brasileiro. In: MORAES, Bismael Batista. (Coord). **A polícia a luz do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.25-33.

¹²⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 64. Nota 83.

os resultados das diligências realizadas pela polícia judiciária destinadas à revelação da ocorrência e circunstâncias de um crime e sua autoria.¹³⁰

O Decreto 4.824/71, como se vê, em plena conformidade com a lei que o autorizou, regulamentou as diligências investigatórias, fixando-lhes prazo. Não criou algo novo, portanto. Apenas disciplinou um procedimento que já existia de fato.

Proclamada a República e promulgada a segunda Constituição Brasileira, em 1891, os Estados ganharam autonomia para elaborar legislação processual. Não obstante a maioria dos Estados não tenha se utilizado da prerrogativa, optando por aplicar a legislação existente ou, quando muito, editando leis que repetiam os procedimentos até então utilizados para a persecução penal, merece registro a legislação do então Distrito Federal que, num primeiro momento suprimiu o inquérito policial e o substituiu por investigação. Todavia, pouco tempo depois voltou o legislador estadual com o inquérito à legislação processual. Retomada a competência da União, pela Constituição de 1934, para legislar sobre assuntos processuais e, posteriormente, editando-se o segundo Código de Processo Penal Brasileiro, em 1941, manteve-se o inquérito policial, mesmo com um forte movimento no sentido de suprimi-lo.¹³¹

O Novo Código não trouxe um conceito de inquérito policial, mas a ele faz referências no título II, indicando algumas normas orientadoras e disciplinando alguns atos que nele se encerra, não guardando significativas divergências com a regulamentação do Decreto 2.033/1871. A opção por sua manutenção no sistema processual brasileiro tem por fundamento, nas palavras do Ministro Francisco Campos em exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, o fato de constituir “uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime, ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas circunstâncias objetivas e subjetivas”.

¹³⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de Almeida. Op. Cit. p, 195-211. Nota 31.

¹³¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58-71.

Além disso, a constante vigilância do Ministério Público e do Judiciário permite que seja controlado, prevenindo-se eventuais abusos.

Pouco mais de vinte anos da edição do Código de Processo Penal, o Brasil conheceu a Ditadura Militar. O regime autoritário trouxe grande prejuízo jurídico, tanto aos direitos individuais e políticos propriamente ditos quanto às suas garantias. O Poder Judiciário, por exemplo, perdia o direito de julgar os casos que eram considerados atentatórios ao regime estabelecido, chamados à época de subversivos. Criou-se nas estruturas das Polícias Judiciárias as Delegacias de Ordem Política e Social – DOPS, e todas as delegacias, de um modo geral, eram utilizadas como instrumento de reafirmação do regime autoritário estabelecido.

Com o advento da Nova Ordem Constitucional, muitas alterações ocorreram na legislação brasileira, especialmente no tocante ao processo penal. E o inquérito policial, como instituto do direito processual brasileiro, ainda que realizado em sede administrativa, não ficou imune a essa mudança introduzida pela Nova Ordem.

Barbosa acentua a importância dada ao inquérito policial a partir de 1988 quando as atribuições de polícia judiciária foram tratadas pela Carta Magna, numa “demonstração inequívoca da pertinência em se manter o inquérito policial no âmbito Processual e Constitucional”.¹³²

É possível que essa decisão do Constituinte esteja ligada menos aos apelos lobistas do que à necessidade de entendê-lo como instrumento garantidor das liberdades fundamentais. Elevada à categoria de norma constitucional, a atividade investigatória realizada pela polícia judiciária, cujos procedimentos são disciplinados em legislação ordinária, só pode ser considerada como recepcionada se estiver em consonância com o sistema constitucional vigente.

¹³² BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito Policial**. 4.ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2004. p. 30.

Percebe-se, também que desde sua criação, o inquérito teve natureza garantística, ainda que a prática o tivesse conduzido aos desvios e exatamente por esses desvios tenha sido regulamentado. Esse caráter garantístico, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, impõe uma revisitação ou uma releitura desse valioso instrumento a fim de reconduzi-lo à sua dupla finalidade: de servir ao interesse coletivo na revelação de um evento criminoso e na reunião de elementos que melhor sustentem o exercício da ação e também da defesa; e de servir ao interesse individual, preservando a liberdade do suspeito ou indiciado da prática de crime.

A única definição legal de inquérito policial foi dada pelo artigo 42 do Decreto nº 4.824, no ano de 1871, que, regulamentando a Lei nº 2.033/71, assim dispunha: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias ao descobrimento de fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices...”. Além disso, enunciava medidas que deveriam ser tomadas pela autoridade policial, determinando que tudo fosse reduzido a escrito, autuadas todas as peças, e, após despacho da autoridade em relatório circunstanciado, fosse remetido por intermédio do juiz municipal, ao promotor público. Aranha adverte que pouca modificação se verificou em relação à situação atual do inquérito policial.¹³³

Para Rovégno, essa definição é mais vantajosa em relação às definições apresentadas pela doutrina, que equivocadamente acrescenta-lhe a finalidade de fornecer elementos à acusação para serem utilizados contra o autor de crime. Defende que o fato de servir de embasamento à acusação é apenas uma de suas conseqüências. Isso porque nem sempre os elementos colhidos no curso do inquérito autorizam a deflagração da ação penal. Sua finalidade é, basicamente, reconstruir a verdade histórica de uma ocorrência criminal, cujas conclusões podem ou não deflagrar o processo penal.¹³⁴

¹³³ ARANHA, Adalberto José Q.P. de Camargo. **Prova no processo penal**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 259.

¹³⁴ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 89. Nota 74.

Não se nega que uma das funções mais importantes do inquérito policial é demonstrar a legitimidade do agente que deve sofrer o processo criminal e, para cumprir essa função deve reunir elementos que permitam indicar um grau de probabilidade de ter, a pessoa, ocupado a posição ativa na relação substantiva, ou seja, de ser indicada como autora ou partícipe do delito, ocupando também a relação jurídico-processual.¹³⁵

Nada impede, todavia, que instaurado o inquérito e realizadas todas as diligências necessárias para esclarecer, por exemplo, uma morte suspeita, se possa concluir pela não ocorrência de crime algum, mas tão somente suicídio, por decisão e atos exclusivos do suicida.

Da mesma forma, os elementos materializados e carreados aos autos do inquérito não servirão apenas à acusação, mas também à defesa. Do inquérito também se servirá o magistrado para admitir ou afastar a peça acusatória; para decidir sobre a necessidade de medidas cautelares e, até mesmo como fundamento da sentença se apresentar em coerência com as demais provas produzidas em juízo, conforme se verifica no acórdão do Tribunal Superior Militar, que teve como relator o Ministro Antônio Carlos Nogueira:

EMENTA: Apelação: Atentado violento ao pudor. Preliminar de nulidade antes rejeitada. Confissão feita no ipm diante de testemunhas e retratada em juízo. As declarações prestadas no inquérito policial perante as autoridades investigantes, embora retratadas em juízo, têm valia, desde que não elididas por quaisquer indícios ponderáveis, ao revers, se apresentam harmonicamente ajustadas a outros elementos dos autos. elenco probatório válido e suficiente para o convencimento. Sentença de primeiro grau mantida. Decisão unânime.¹³⁶

Não obstante as práticas relativas ao inquérito tenham sido pouco alteradas desde a sua criação, deve-se reconhecer que o advento da Constituição de 1988 provocou profundas alterações na legislação infraconstitucional, especialmente no tocante ao processo penal. Muitas dessas alterações refletiram-se também no inquérito policial,

¹³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit, p. 268. Nota 48.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Julgamento de Apelação 46964-8/MG. José Maria Goulart de Oliveira e Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 4ª. CJM. Relator: Ministro Antônio Carlos Nogueira. Julgado em 29/09/1993. Publicado no DJ 25/11/1993.

que agora deve ser estudado sob a ótica do art. 144, *caput*, parágrafos 1º e 4º, da Constituição Federal, associado aos artigos 4º e seguintes do Código de Processo Penal e às leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001, que regulamentaram os juizados especiais instituídos pelo artigo 98 da Constituição Federal. Isso sem esquecer dos direitos e garantias constantes do artigo 5º, da Constituição Federal.

A doutrina tradicional tem concebido o inquérito policial como uma peça administrativa, preparatória da ação penal. Tomando-se a definição de Fernando da Costa Tourinho Filho, o inquérito policial constitui “o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para apuração de uma infração Penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.¹³⁷ Na mesma linha, José Frederico Marques define o inquérito como “...um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”.¹³⁸

Reunindo esses conceitos, Júlio Fabbrini Mirabete declara que:

...inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária...¹³⁹

Percebe-se que, de uma forma geral, procura-se definir inquérito policial levando-se em conta sua finalidade, destinação, características, natureza jurídica e o órgão responsável pela elaboração. Esses aspectos, entretanto, em maior ou menor grau, são citados, muitas vezes, desprovidos de uma análise mais aprofundada e sem o cuidado científico adequado.

O inquérito policial destina-se à apuração de crimes, pois as contravenções estão sujeitas ao rito dos juizados especiais, dispensando, em regra, a abertura de inquérito policial. Embora a Lei nº 9.099/95 refira-se a crimes cuja pena máxima não

¹³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit, p. 192. Nota 6.

¹³⁸ MARQUES, José Frederico. Op. Cit, p.148. Nota 92.

¹³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. Cit, p. 82. Nota 63.

seja superior a um ano, a Lei nº 10.259/2001 faz referência a crimes em que pena máxima não seja superior a dois anos.

Reconhecendo que o inquérito policial integra o sistema processual penal brasileiro, pode-se conceituá-lo como o procedimento escrito onde se materializa as investigações realizadas pela polícia judiciária voltadas para a revelação da ocorrência e das circunstâncias de crimes com penas não superiores a dois anos e para indicação dos possíveis autores do delito. É, sobretudo, um documento porque se a polícia diligenciar a fim de revelar uma atividade criminosa e não materializar essa investigação, registrando as investigações realizadas e autuando-as sob a forma de inquérito policial, assim não será considerado. É por essa razão que Joaquim Canuto Mendes de Almeida considera a existência de dois momentos na atividade de polícia judiciária: o da investigação e o da informação que se faz mediante o registro dessa investigação sob a forma de inquérito policial.¹⁴⁰

Optou-se por retirar da definição de inquérito policial o elemento que identifica sua natureza jurídica por merecer o assunto atenção em um tópico específico.

6.1 NATUREZA JURÍDICA

No inquérito policial são realizados atos de naturezas diversas, e muitas vezes com a interferência de vários sujeitos. Determinar a sua natureza jurídica não é, portanto, uma tarefa tão fácil quanto aparentemente se apresenta.

A natureza jurídica do inquérito policial é comumente apresentada de forma superficial e considerada dentro de uma realidade que não se sustenta no modelo jurídico atual. Isso decorre de reflexões que se prendem a uma interpretação retrospectiva da constitucionalidade desse instrumento como se facilmente se verifica na definição apresentada por Barbosa ao afirmar que "o inquérito, por

¹⁴⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 211. Nota 83.

natureza, é inquisitório, sigiloso e não permite defesa”.¹⁴¹ Também Tornaghi afirma que “o inquérito é inquisitório, escrito e sigiloso”.¹⁴²

O sigilo não é uma característica essencial do inquérito. Por outro lado, sempre que se utiliza o termo inquisitividade ou inquisitório, é preciso ter bem delimitado qual é o sentido que se pretende conferir ao termo, ou seja, se estaria vinculado à inquirição como investigação, ou se vinculado ao processo inquisitivo medieval.

No tocante a inquisitividade relacionada à reconstrução da verdade histórica relacionada ao fato delituoso, naturalmente essa é a finalidade do inquérito e não a sua natureza. Por outro lado, sua associação ao processo inquisitivo típico do direito canônico há muito tempo não encontra apoio legislação processual e, com muito mais razão após a promulgação da Constituição de 1988, que não deixa dúvidas de que o Brasil adota o sistema acusatório de processo e não admite a tortura como prática de extração de confissão.

Lopes Junior apresenta a natureza jurídica da investigação preliminar no processo penal levando a partir da função, da estrutura e do órgão encarregado de dirigi-la, cuja abordagem passa-se a analisar.¹⁴³

Defende que a natureza é complexa, pois nele são praticados atos administrativos, judiciais e jurisdicionais. Sua reflexão se detém, entretanto, sobre duas correntes: como procedimento administrativo ou como procedimento judicial. Para tanto, preferiu analisar a natureza do inquérito sob a ótica do órgão encarregado pela investigação preliminar. Se pertencer à estrutura do Poder Executivo, a investigação preliminar será de natureza administrativa. Nos países em que instrução preparatória fica a encargo do Ministério Público também terá caráter administrativo. Excepcionalmente, nos países em que o Ministério Público vincula-se ao Poder Judiciário, terá a natureza judicial. Nos casos em que a investigação preliminar é

¹⁴¹ BARBOSA, Manoel Messias. Op. Cit, p. 27. Nota 132.

¹⁴² TORNAGHI, Hélio. Op. Cit, p. 253. Nota 96.

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit, p. 32-36. Nota 48.

feita pelo juiz da instrução, observa-se um procedimento judicial. Mas será sempre pré-processual, pois que se destina à preparação da ação penal.

Nessa linha, o inquérito policial realizado pela polícia judiciária tem natureza administrativa. O que não implica em dizer que todo procedimento destinado a apurar a ocorrência de crimes e a apontar sua autoria seja administrativo. Ainda no direito brasileiro, é possível verificar, segundo o modelo classificatório de Lopes, um procedimento que não será considerado como administrativo. É o que ocorre no caso de crimes cometidos por magistrados, determinando a Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979 - que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - que o procedimento investigatório siga sobre a presidência de um magistrado.

Art. 33. São prerrogativas do magistrado:

...

Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Assim, embora instaurado sob a forma de inquérito policial, o feito será remetido ao tribunal competente, que passará a presidir o procedimento. Seguindo o raciocínio de Lopes Junior, conclui-se que o procedimento seria administrativo enquanto presidido pela autoridade administrativa. No momento em que a presidência passasse para um juiz, sua natureza se tornaria judicial, sem se transformar por isso em jurisdicional.

Deixando de lado a análise sob a ótica do sujeito que preside a investigação preliminar e tomando como referência os atos predominantes, segue Lopes Junior em sua exposição para afirmar que ainda assim o inquérito terá natureza administrativa, pois mesmo que o juiz possa intervir de forma a autorizar uma medida restritiva, sua atuação é “contingente e limitada”, pois o inquérito pode se desenvolver plenamente sem a intervenção do magistrado.

Conclui, considerando a investigação preliminar como procedimento pré-processual. Se realizado por órgão do poder judiciário, será procedimento pré-processual judicial. Se, realizado por órgão de sujeição ao Poder Executivo, será procedimento pré-processual administrativo. Pondera que a investigação preliminar não pode

assumir o caráter de processo em sentido estrito, ou seja, como exercício de uma pretensão, com partes potencialmente contrapostas, atuando sob o controle de um órgão supra-ordenado a elas, garantindo-lhes o exercício do contraditório e, finalmente, a existência de uma sentença que produza coisa julgada. Defende que o juiz não exerce poder jurisdicional, pois não pode julgar, quer condenado quer absolvendo, satisfazendo desse modo uma pretensão ou resistência. Nesse ponto, suas idéias aparentam apresentar uma contradição. O juiz realiza vários atos de cunho decisório sem, por isso, ser classificados de sentença, em fase de inquérito ou judicial. Por outro lado, na primeira fase processual para julgamento dos crimes sujeitos ao júri popular profere o magistrado sentença de pronúncia que não tem caráter condenatório nem absolutório. Não deixa, por isso, de exercer função jurisdicional plena.

A natureza administrativa do inquérito policial decorre não apenas do fato de ser uma atribuição da polícia judiciária, órgão do Poder Executivo, mas porque não apresenta cunho decisório próprio do Poder Jurisdicional.

Não se pode negar, entretanto, sua validade processual, não apenas por estar disciplinado dentro do Código de Processo Penal, integrando-o como sistema, mas porque leva informações que, em consonância com os demais elementos do processo, influenciam na formação da convicção do julgador, já que, de regra, vige no processo penal, o sistema do livre convencimento motivado do juiz e, por exceção, o princípio da convicção íntima, no Tribunal do Júri. E antes que sobre este ponto se levante críticas precipitadas, adverte-se que os atos realizados no inquérito poderão ser considerados pelo juiz, se corroborados com os demais elementos probatórios realizados na fase judicial. Tão importante é a importância do inquérito na *persecutio criminis* que suas diretrizes são fixadas não apenas pelo direito administrativo, mas também pelo direito processual.

Colomer ao abordar o modelo de polícia judiciária, procura dar um enfoque ao que chama de seus três componentes muito difíceis de serem separados: o constitucional, o administrativo e o processual penal.¹⁴⁴

Tornaghi após indicar serem as normas relativas à polícia judiciária direito processual, afirma que “se organicamente a polícia judiciária entronca na máquina administrativa do Estado, funcionalmente ela se liga ao aparelho judiciário”.¹⁴⁵ E é exatamente aqui que se encontra o problema que não foi enfrentado por Lopes Junior, para considerar a natureza híbrida do inquérito policial. Em geral, administrativa sob a ótica de quem o preside ou dos atos ordinariamente realizados e, processual quanto à sua função de instrumentalidade.

Nesse mesmo sentido se desenvolve o pensamento de Ferrajoli. Depois de reconhecer a existência de um direito penal e processual ordinário que se desenvolve por via judicial, e um direito penal e processual administrativo que se desenvolve na polícia. Esclarece que a polícia, formalmente, é uma atividade organizada dentro do Poder Executivo. Mas, ao contrário de outros órgãos da Administração Pública, atua em contato direto com as liberdades fundamentais, e, dessa forma, sua função é auxiliar da jurisdição. Chega mesmo a defender que a polícia encarregada de realizar a investigação dos delitos deveria ser dotada das mesmas garantias e independências, frente ao Executivo, que possuem o Judiciário, devendo, inclusive, a este Poder submeter-se exclusivamente.¹⁴⁶

Silveira lembra que o inquérito “ainda que não faça parte do processo penal, que se inicia com a denúncia (CPP, art. 41), constitui procedimento administrativo que o

¹⁴⁴ COLOMER, Juan-Luis Gómez Colomer. Estado democrático e modelo policial: uma proposta de estrutura para obter uma investigação eficaz do crime. In: CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord); AMBOS, Kai. (Coord.) **Polícia e estado de direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 95-96

¹⁴⁵ TORNAGHI, Hélio. Op. Cit, p. 202. Nota 96.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 766. Nota 68.

precede e ao qual, em última análise, se destina. Portanto, está sujeito às regras do devido processo legal”.¹⁴⁷

Deve-se reconhecer que não raras vezes são colhidas e levadas aos autos de inquérito provas que não poderão ser repetidas. Essas provas assumem um caráter de definitividade e retiram do inquérito o adjetivo de mera documentação informativa. Além disso, servirão também como fundamentação para a admissão ou rejeição da peça inicial e para a concessão de medidas cautelares. É por esse motivo que Saad sustenta que mais do que noticiar, o inquérito traz, algumas vezes, elementos que de fato instruem e convencem.¹⁴⁸

É certo que o processo, considerado em sentido estrito, inicia-se com a instauração da ação penal, pelo recebimento da denúncia ou da queixa. Mas, em fase de inquérito policial são realizados alguns atos que denotam um cunho decisório, a exemplo do arbitramento de fiança. Também, não se pode esquecer que o juiz decreta as prisões temporária e preventiva com base nas informações reunidas no inquérito policial. São medidas restritivas de direitos fundamentais que só podem ser aplicadas se devidamente motivadas e fundamentadas.

O inquérito, assim como as peças de informações que devem acompanhar a denúncia ou queixa quando ele for dispensado constitui, nos termos do artigo 12 e 39, § 5º do CPP, “justa causa”. O inquérito teria, assim, a natureza jurídica de condição da ação penal, pois “...não basta que a denúncia seja formalmente perfeita e que, em tese, descreva um fato típico. Faz-se mister que venha embasada nos elementos probatórios contidos no inquérito policial ou peças de informação”.¹⁴⁹

Nesse sentido também se pronunciou o STF, em acórdão que rejeitou o recebimento de queixa-crime e que teve como relator o Ministro Antônio Carlos Jobim:

¹⁴⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op. Cit, p. 147. Nota 52.

¹⁴⁸ SAAD, Marta. Op. Cit, p.160. Nota 131.

¹⁴⁹ ALMEIDA, Gevan Almeida. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 48-49.

EMENTA: Inquérito. Crime de assédio sexual. Recebimento de queixa-crime. Ausência de elementos mínimos de prova. Queixa-crime rejeitada. Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos. Posição doutrinária e jurisprudencial majoritária. Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência. Queixa-crime rejeitada.¹⁵⁰

Bozolo afirma que para a deflagração da ação penal deve haver justa causa demonstrando a existência do crime e da autoria. Lembra que o

Ministério Público, com garantias constitucionais, pode obter a prova necessária, para formação de sua *opinio delicti*, tendo para si todo aparelho estatal. Todavia, o titular da ação penal privada, representado em juízo pelo advogado, não dispõe do poder de requisição nem de garantias constitucionais. Depende, para a colheita de provas, da Autoridade Policial que, por sua vez, se vale do inquérito policial.¹⁵¹

Como acompanhante necessário da denúncia que nele se baseia, deixa de ser pré-processual, para integrar o processo e os elementos que nele foram colhidos passam a pertencer ao processo, servindo a qualquer dos sujeitos da relação processual.

Embora o inquérito policial possa ser dispensado se acompanharem a peça acusatória algum outro expediente que contenha informações que autorizem a instauração da ação, nos crimes que deixam vestígios, consoante a regra do artigo 158 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito é indispensável, não podendo supri-lo nem mesmo a confissão do acusado.

Vale lembrar ainda o procedimento previsto no inciso IX, do artigo 6º do CPP, determinando à autoridade policial que proceda à averiguação da vida pregressa do indiciado, cuja apuração será registrada e, compondo o inquérito policial, auxiliará o

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Inq 2033/DF. Gloria Maria Guimarães de Pádua e Paulo Geraldo de Oliveira Medina. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgado em 16/06/2004 pelo Tribunal Pleno. Publicado no DJ 17-12-2004.

¹⁵¹ BOZOLO, Joel de Luna. A conservação do inquérito policial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: n. 791. set-2001, p. 513.

juiz em sua convicção para a individualização e a fixação da pena, consoante dispõe o artigo 59, do Código Penal. Sobre o assunto Franco observa que:

É esta, sem dúvida, uma das mais sérias das novas funções da autoridade policial, devendo a autoridade que presidir o inquérito timbrar em bem apurar o que determina o preceito legal, para que não se chegue a situação que, no Distrito Federal, e por solicitação do ministro do Supremo Tribunal Federal, GOULART DE OLIVEIRA, então procurador geral, vir um decreto proibindo que ao processo, e sobre o réu, viesse qualquer informação que não as constantes de documentos oficiais.¹⁵²

Feitas essas considerações, é possível concluir que o sistema processual brasileiro admite uma fase administrativa para a persecução criminal, em que a polícia judiciária materializa no inquérito policial o resultado de suas investigações destinadas ao esclarecimento de uma infração penal, que tem o escopo de “estabelecer que o *jus puniendi* do Estado seja exercido somente contra quem praticou a infração, nos exatos limites de sua culpa”¹⁵³, interessando não apenas ao acusador, mas também ao acusado.

Uma outra abordagem que se faz do inquérito policial considera sua natureza cautelar, decorrente da necessidade de se adotar medidas de urgência para preservar os vestígios deixados pela prática criminosa e que são materializadas nos autos do inquérito e para prevenir juízos apressados. Além das perícias, a oitiva de testemunhas, de vítimas e de possíveis autores logo após a ocorrência do crime, permite que a memória, ainda recente, acerca dos fatos, não se perca no longo tempo em que normalmente decorre para que efetivamente seja o fato levado a julgamento.

Adverte Saad que “a cautelaridade ínsita nos autos de inquérito não se confunde com provisoriedade, visto que muito dos atos acabam transcendendo essa possível característica, convertendo-se de provisórios em permanentes”¹⁵⁴

¹⁵² FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 7. ed.rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1, p. 71.

¹⁵³ BOZOLO, Joel de Luna. Op. Cit, p. 512. Nota 151.

¹⁵⁴ SAAD, Marta. Op. Cit, p. 149. Nota 131.

É possível identificar, portanto, uma natureza híbrida do inquérito policial, podendo ser administrativa quando presidido por órgão pertencente a estrutura do Poder Executivo e transformar-se em judicial quando a sua coordenação passar a órgão do Poder judiciário. Além disso, tratando-se de justa causa para a ação penal e por sua característica de cautelaridade, pode conter atos que não se repetirão na fase judicial, mas que podem sofrer valoração quando se apresentarem harmônicos com a prova judicial. Inegável, portanto, o valor judicial do inquérito, podendo ser considerada a natureza processual, pelo menos no tocante à finalidade.

6.2 PROVISORIEDADE E DEFINITIVIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL

Já se falou que desde a regulamentação do inquérito policial pelo Decreto nº 4.824, em 1871 até os dias atuais a legislação mudou pouco. Esse procedimento que materializa as investigações realizadas pela polícia judiciária ainda está repleto de atos que ostentam características de provisoriedade e outros que, muitas vezes, por sua própria natureza, podem ser considerados definitivos.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida identifica a instrução judiciária criminal como sendo toda a atividade que revela ao juiz o fato incriminado, ou seja, toda a atividade destinada a esclarecer o fato criminoso e levada ao conhecimento do juiz. É o juiz, portanto, o destinatário da instrução criminal, que poderá ocorrer de forma imediata ou mediata. Será imediata se houver contato direto do juiz com os elementos reveladores do fato. Será mediata quando não for possível o conhecimento direto desses elementos por se apresentarem depositados em documentos. Pressupõe, portanto, um procedimento prévio e escrito, de cunho preparatório, denominado de 'instrução preliminar'. Essa instrução preliminar tem basicamente a função de preparar os elementos mediatos da instrução definitiva e de contribuir para a formação da *opinio delicti* e para a decisão sobre a legitimidade da acusação. Esclarece o autor que "se a 'instrução definitiva' prova ou não prova que há crime ou

contravenção, a 'instrução preliminar' prova ou não prova que há base acusatória".¹⁵⁵

A instrução preliminar é, ao mesmo tempo, preparatória e preservadora. A função preparatória é determinada pela necessidade de produção de provas que dificilmente poderiam se realizar no tempo e no local de concentração do processo. A função preservadora decorre da fundamentação de um juízo de acusação, que consiste numa dupla garantia: à do inocente contra acusações infundadas e à do organismo judicial contra dispêndios de tempo e de trabalho, que se revelam desnecessários e inúteis.

O artigo 6º do Código de Processo Penal relaciona uma série de providências a serem realizadas pela autoridade policial, assim que tomarem conhecimento da ocorrência de uma prática delituosa. O rol não é exaustivo, podendo-se realizar outras que ali não se encontrem relacionadas. Essas providências vão, em juízo, constituírem-se em provas e, algumas delas serão refeitas sob o império do contraditório, a exemplo da oitiva das testemunhas, da vítima e do indiciado. Outras, porém, são definitivas, a exemplo do exame de local de crime, de corpo de delitos e de outras perícias.

Pode ocorrer, também, que no inquérito policial seja tomado o depoimento de uma testemunha, que logo após o ato venha a óbito por qualquer motivo, inclusive pelo fato de ser testemunha de crime. Se essa oitiva estiver em consonância com os demais elementos probatórios sujeitos ao contraditório na fase judicial não será desprezada, podendo corroborar para o livre e motivado convencimento do juiz.

Isso porque, o que se verifica na prática, segundo a lição de Gomes Filho, é que os elementos carreados no inquérito policial além de servir para a admissibilidade do juízo de acusação e para a decretação de medidas cautelares, podem servir de subsídio para o decreto condenatório quando consubstanciados com as demais provas produzidas e debatidas em juízo. Além disso, alguns desses elementos, "por

¹⁵⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 10. Nota 83.

sua natureza urgente, já são realizadas definitivamente no inquérito, sujeitando-se apenas a um controle contraditório 'a posteriori', nem sempre efetivo e suficiente para a garantia da defesa".¹⁵⁶

Não é, então, totalmente verdadeira a afirmação de que o inquérito tem apenas valor informativo e de que as provas nele produzidas não são idôneas à condenação. Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 04/11/1997 do *Habeas Corpus* nº 74751 / RJ, que teve como relator Ministro Sepúlveda Pertence, assim se manifestou:

II. Princípio do contraditório e provas irrepitíveis. O dogma derivado do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas - a começar do exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto, que, produzidas no curso do inquérito, são irrepitíveis na instrução do processo: porque assim verdadeiramente definitivas, a produção de tais provas, no inquérito policial, há de observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua idoneidade probatória.¹⁵⁷

Para Aranha, em decorrência do princípio do contraditório adotado pelo sistema acusatório, as provas colhidas no inquérito policial devem ser renovadas em juízo. Mas algumas delas se tornam definitivas ou por sua própria natureza ou ocasionalmente, a exemplo do reconhecimento efetuado por pessoa que desaparece durante a instrução criminal judicial. Outro exemplo de prova definitiva é a medida de busca e a apreensão realizada durante a fase administrativa. Resultando em sucesso ou mazela, não poderão ser repetidas, senão para constituir um novo procedimento.¹⁵⁸

¹⁵⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144-145.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de *Habeas Corpus*. HC 74751/RJ. Impetrante: Carlos Frederico D'ávila Mello Portella. Pacientes: Luiz Henrique Fast Bolt e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 04/11/1997. Publicado no DJ 03-04-1998.

¹⁵⁸ ARANHA, Adalberto José Q.P. de Camargo. Op. Cit, p, 225-230. Nota 133.

6.3 PROCEDIMENTOS

Tomando conhecimento da prática de uma infração penal sujeita à ação penal pública incondicionada, a autoridade policial deve tomar algumas providências que em razão de seu ofício não requer autorização de qualquer pessoa.

Alguns atos, entretanto, necessários à elucidação da prática criminosa necessitam de um decreto judicial autorizativo. É o caso dos mandados da busca e apreensão, do exame pericial para constatação da insanidade mental do indiciado, das interceptações telefônicas, da quebra do sigilo bancário e das prisões cautelares. Se essas medidas forem necessárias, é dever da autoridade policial representar pela sua decretação ao magistrado.

Nessa fase judicial apresenta-se como juiz garantidor e não como mero homologador dos despachos da autoridade policial ou do Ministério Público. Deve verificar a necessidade da medida requerida no exato termo da lei e considerar o direito de liberdade, física ou patrimonial e, ainda o direito à inviolabilidade da casa, intimidade, sigilo das comunicações e até mesmo o direito à honra do indiciado.

Todavia, mesmo que a especialidade dos crimes indique cada vez mais a adoção de técnicas que exigem decreto judicial autorizativo, de uma forma geral os atos praticados pela autoridade policial podem ser praticados sem a intervenção do magistrado.

Estão relacionados, basicamente, nos artigos 6º a 11 do Código de Processo Penal os procedimentos que devem ser adotados.

Ao tomar conhecimento da prática criminosa, a autoridade policial deve dirigir-se ao local do crime a fim de preservar o estado em que se acha o local do delito até que os peritos possam realizar o exame pericial. Deve, ainda, apreender todos os objetos relacionados com a prática criminosa, colher todas as provas que puderem esclarecer os fatos e suas circunstâncias, proceder a reconhecimento de objeto e pessoas e determinar a realização do exame de corpo de delito e outras perícias necessárias. Pode, também, proceder a reprodução simulada dos fatos para verificar

o modo pelo qual se realizou a infração. Ouvirá o ofendido e às testemunhas, que, por analogia dos dispositivos 218 e 219 do CPP, poderão ser conduzidas coercitivamente e responder por crime de desobediência. A lei processual também determina a oitiva do indiciado. Mas sobre esse ponto, maior atenção será dada no capítulo sete, em virtude da controvérsia sobre a sua natureza.

Havendo prisão em flagrante delito, lavrar-se-á o respectivo auto, devendo a autoridade ouvir o condutor, colhendo sua assinatura e entregando-lhe cópia de recibo do preso. Em seguida, reza o artigo 304 do Diploma Processual, com a recente redação dada pela Lei nº 11.113/2005, “procederá à oitiva de testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do **acusado** sobre a imputação que lhe é feita...”. Grifou-se, com o propósito de revelar o comportamento do legislador brasileiro, numa demonstração clara de que o vocábulo acusado, ainda que não seja *em geral*, dá-se uma significação que não se limita à fase processual. Mas também sobre esse ponto, voltar-se-á em momento oportuno.

Nos termos dos artigos 158 e 184, do Código de Processo Penal, deverá a autoridade policial determinar a realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, sempre que a infração deixar vestígios. Esse exame é obrigatório e não poderá ser indeferido pelo juiz ou pela autoridade policial, quando assim requerer o interessado.

O desaparecimento dos vestígios deixados pela ação criminosa é uma realidade que se apresenta na medida em que o tempo passa. Por isso a lei preceitua que o seu recolhimento e a respectiva apreciação técnica, por intermédio de peritos, em regra oficiais, podem ocorrer a qualquer dia e a qualquer hora. Quanto mais próximo o exame da prática da infração melhor. Não se pode deixar que a produção dessa prova seja reservada à fase judicial, sob pena de desaparecerem os vestígios. Trata-se, portanto, de uma prova definitiva levada aos autos do inquérito policial.

O artigo 176 do Diploma Processual prevê a possibilidade de formulação dos quesitos pelas partes ou pela autoridade, não especificando se policial ou judiciária. Mas ainda que o texto legal não especifique se a autoridade a que se refere seria também a policial, a essa conclusão se pode chegar, pois a autoridade policial para

formular seu convencimento e concluir pelo indiciamento também partirá das conclusões periciais.

Ainda que se imagine ter o agente interesse no desaparecimento os vestígios deixados pela prática criminosa, pode ser que tenha interesse na preservação e nos questionamentos relativos a esses vestígios, se aptos a colocá-lo em situação de vantagem processual. Mas só se pode falar no interesse e na legitimidade da formulação desses quesitos e, portanto, na possibilidade de eventual participação nos demais atos realizados no inquérito policial, se houver evidências de que a prática criminosa possa ser imputada a alguém. Assume, então, relevada importância o 'indiciamento' realizado pela autoridade policial, merecendo o estudo destacado.

6.3.1 O indiciamento

A lei processual não esclarece o momento ou a forma que deve ser realizado o indiciamento. Mas é evidente que esse ato assume o caráter de verdadeira garantia, no sentido de determinar exatamente o início do interesse e da legitimidade de atuação de quem sofre a imputação.

Lopes Junior destaca a forma escalonada do processo penal brasileiro e o apresenta dividido em três fases distintas: a investigação preliminar, a fase judicial e a execução de sentença. Preconiza que em cada um desses momentos o sujeito passivo apresenta três denominações distintas: imputado ou indiciado; acusado, processado ou réu; e condenado ou apenado. Critica a falta de rigor científico em relação às designações atribuídas ao sujeito passivo da investigação preliminar e do processo penal. Reconhece no emprego da terminologia correta a possibilidade de aferir o escalonamento do processo penal e o estado jurídico que se encontra o sujeito passivo da persecução penal.¹⁵⁹

¹⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit, p. 261-264. Nota 48.

O reconhecimento da forma gradual de imputação ao sujeito passivo mostra-se necessária para indicar sua condição de sujeito de direitos. Essa forma admite ainda a condição de suspeito, como sendo aquela condição que assume a pessoa sobre a qual recai precária indicação de participação na prática criminosa, indicando um juízo de possibilidade. Passando a um juízo de probabilidade, deve-se proceder ao indiciamento.

O indiciamento é, portanto, o ato pelo qual o suspeito passa à categoria de indiciado e deve ocorrer logo que reunidos os indícios que indiquem uma probabilidade de ter sido ele o autor da infração criminal. Esse ato não é arbitrário nem discricionário. Para ser legítimo deve consubstanciar-se em elementos que identifique o agente sobre o qual recai a imputação do crime. Isso porque constitui uma garantia de preservação das liberdades individuais. Pelo indiciamento, "... o suspeito passa à categoria jurídica de indiciado".¹⁶⁰

É exatamente por esse motivo que o indiciamento deve revestir-se de certa formalidade. Uma vez realizado, o sujeito dessa nova condição jurídica deve ser informado desse ato que lhe impõe certas limitações de ordem patrimonial ou de liberdade individual e que também lhe confere alguns direitos, como o de requerer qualquer diligência.

Reflexo importante do indiciamento ocorre no interrogatório, pois o indiciado poderá optar pelo exercício do direito ao silêncio e não revelar fatos relacionados à prática criminosa, sem que lhe recaia a incidência do delito de falso testemunho (artigo 342, do CPP), preceito que decorre do direito de não produzir provas contra si.

O STF, em 05 de julho de 2005, julgou *Habeas Corpus* nº 86232/2005, reconhecendo a condição de investigado do publicitário Marcos Valério Fernandes de Souza, concedendo-lhe 'salvo-conduto' a fim de garantir o exercício do direito de

¹⁶⁰ SAAD, Marta. Op. Cit, p. 254. Nota 131.

permanecer em silêncio em depoimento à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI - dos Correios.¹⁶¹

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 88.553-5/DF, a Corte Constitucional reafirmou o direito de Roberto Teixeira, investigado em Comissão Parlamentar de Inquérito, de ser tratado em conformidade com a condição de “acusado” ou “investigado”, assegurando-lhe o direito de não assinar termo de compromisso na qualidade de testemunha e permanecer calado, em seu depoimento perante a CPI dos Bingos, sem que, por esse motivo específico, seja preso ou ameaçado de prisão.¹⁶²

Reforça-se, mais uma vez, a necessidade de um ato formal para o indiciamento, como marco do sistema processual, destinado a cientificar o sujeito da investigação criminal sua condição de indiciado.

No flagrante válido, a evidência da ocorrência do delito e a afirmação da autoria impõem o reconhecimento do indiciamento, que se apresenta com a expedição da nota de culpa, a qual deve ser entregue ao preso dentro de 24 (vinte e quatro) horas da prisão, indicando os motivos da prisão, nome do condutor e das testemunhas, além da assinatura da autoridade responsável pelo ato.

A visão escalonada do processo penal permite um desenvolvimento de forma progressiva e também regressiva na formação de juízos de culpabilidade. Em virtude desse caráter, admite-se pré-juízos que autorizam a decretação e execução de uma medida restritiva em desfavor do indiciado, ainda que posteriormente se decida pelo arquivamento do inquérito ou, por não se manter o indiciamento.¹⁶³

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de *Habeas Corpus* N. 86232/DF. Impetrante: Marcelo Leonardo. Paciente: Marcos Valério Fernandes de Souza. Coator: Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento em 05/07/2005. Publicada no DJ em 01/08/2005.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de *Habeas Corpus* N. 88.553-5/DF. Impetrante: Roberto Teixeira. Coator: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 05/07/2005. Publicada no DJ em 01/08/2005.

¹⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit, p.270. Nota 48.

A prisão preventiva e a prisão temporária exigem, respectivamente, indícios suficientes de autoria ou fundadas razões de autoria ou de participação do indiciado. Assim, o decreto que autoriza a medida restritiva de liberdade também impõe o indiciamento. Cópia da ordem judicial deve ser entregue ao preso, para que tome conhecimento dos motivos e da justificativa de sua prisão e para, se quiser, dela se defender. Essa é a justificativa do preceito contido no artigo 286 do Código de Processo Penal, marcando de forma irrefutável a obrigatoriedade de cientificar o preso de sua condição de indiciado.

A entrega da respectiva cópia do decreto autorizativo ao preso não representam o ato de indiciamento formal. Tem apenas a finalidade de dar conhecimento dos motivos da prisão, colocando-o em condição de exercer alguns direitos que decorrem de sua condição de indiciado. Antes da expedição do mandado, porém, a representação da autoridade policial pela medida restritiva já indica o indiciamento que é ato da autoridade policial e não do juiz. O juiz nesse momento atua apenas como garantidor de direitos, como verdadeiro fiscal da lei.

Pelo decreto judicial autorizando uma medida restritiva de direitos, surgem para o indiciado alguns direitos relacionados a essa nova condição jurídica. E exatamente por esse motivo é que o indiciamento não prescinde de um ato formal. No entanto, essa formalidade no direito brasileiro, na maioria das vezes, só é verificável quando a restrição ao direito de liberdade se mostra evidente, como no caso da prisão, em flagrante ou por decreto judicial. Carece de regulamentação o ato de indiciamento fora desses casos. A disciplina não foi contemplada pela lei processual brasileira.

Deu um passo à frente a Polícia Federal, em Instrução Normativa No. 01, de 16 de julho de 1990, fixou em seu artigo 95 que: “a elaboração do auto de qualificação e interrogatório ou qualificação indireta será precedida de despacho em que a autoridade, após formar seu convencimento, decida pela indicição e classifique penalmente o delito”.

Na mesma linha, a Polícia Civil de São Paulo, que em Portaria No. 18, de 1998, estabeleceu:

Art. 5º. Logo que reúna no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao formal indiciamento do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização de sua identificação pelo processo datiloscópico.

Não obstante louvável iniciativa do Delegado Geral da Polícia Civil paulista e do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, tratam-se de normas de eficácia precária. Por não serem dotadas de caráter coercitivo apenas disciplinam administrativa e internamente essas instituições, apresentando-se mais como diretrizes e menos como direito do sujeito que sofre a imputação.

Embora o objeto do presente estudo não esteja centrado em projetos de alterações legislativas, uma vez que se pretende reconhecer na legislação vigente o caráter garantístico do inquérito policial, vale à pena citar o projeto de lei nº 6.419/2002, apresentado pelo Deputado Alberto Fraga, do Distrito Federal, que além da eliminação dos termos “inquérito policial” e “autoridade policial” e da instituição do cadastramento único de todo registro policial, pretende retirar a denominação indiciado, passando o acusado a ser tratado por investigado. Esse projeto, no entanto, foi apensado ao Projeto de Lei nº 4.209/2001 que, em sentido contrário, no artigo 8º, dispõe que depois de reunidos os elementos informativos suficientes e aptos a atribuir a uma pessoa a condição de sujeito passivo da investigação policial, a autoridade policial deve cientificar o investigado, a fim de assegurar as garantias constitucionais decorrentes dessa nova condição jurídica.

Registra-se que o indiciamento não se confunde com a identificação criminal, embora este ato decorra daquele. Com o advento da Constituição de 1988, essa distinção ficou mais clara. Uma pessoa civilmente identificada e que não se encontre naquelas condições relacionadas na Lei nº 10.254/2000, pode ser indiciado sem ser submetida à identificação criminal.

Como todo ato administrativo, o indiciamento deve ainda ser motivado e fundamentado. O indiciamento indevido representa um constrangimento. Esse é o posicionamento do STF, conforme se verifica no julgamento do *Habeas Corpus* nº 86120 / SP.

EMENTA: I. Habeas corpus: admissibilidade: trancamento de inquérito policial. Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a

jurisprudência do STF admite o Habeas Corpus, dado que de um ou outro possa advir condenação à pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia ser viciada pela ilegalidade contra a qual se volta a impetração da ordem. II. Crime material contra a ordem tributária (L. 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo: precedente.¹⁶⁴

A Suprema Corte Brasileira também reconheceu a necessidade de motivação para o indiciamento. Contudo, considerou não ser possível caracterização de ilegalidade do despacho da autoridade policial.

EMENTA: Habeas Corpus. pretensão de trancar inquérito instaurado para apurar a prática de extorsão, falsificação de documento particular, uso de documento falso e denunciação caluniosa. Legada ilegalidade consistente na ausência de fundamentação do indiciamento formal do paciente. Hipótese em que não se está diante de manifesta atipicidade da conduta investigada ou de sua errônea classificação, circunstâncias que, se presentes, justificariam a interrupção precoce do procedimento inquisitorial. Conquanto razoável a pretensão do paciente ao sustentar a necessidade de fundamentação de seu indiciamento formal, o silêncio da legislação vigente sobre o tema não permite caracterizar como ilegal o despacho da autoridade policial que se limita a determinar essa providência. Habeas Corpus indeferido.¹⁶⁵

Ainda aqui se verifica a postura tímida da Corte Constitucional que, mesmo considerando “razoável” a pretensão dirigida a garantir direitos de liberdade, denega a medida, desprezando o princípio da razoabilidade. Inclina-se, com essa atitude, a reafirmar a atuação do Estado-totalitário “que tudo pode” e a retardar a pretensão do constituinte de corrigir os excessos estatais.

O indiciamento decorre da análise e do reconhecimento da incidência de indícios que apontem para o indiciado a autoria do delito, numa razão de probabilidade. Caso se verifique o contrário, deve ser declarado ilegal, o que não significa interromper o curso do inquérito. A declaração de nulidade não implica

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus. HC 86120/SP. Impetrante: Alexandre Gaiofatto de Souza. Paciente: Antonio Ary Martorellie outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 09/08/2005. Publicado no DJ 26/08/2005.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de *Habeas Corpus*. HC 81648/SP. Impetrante: Celso Eduardo Mendes Gonçalves. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro ILMAR GALVÃO. Julgado em 23/08/2002. Publicado no DJ 23/08/2002.

necessariamente no trancamento do curso do inquérito. É a orientação do STJ, em decisão que julgou o *Habeas Corpus* nº 8.466/PR:

EMENTA: Processual penal. Habeas Corpus. Falsum. Indiciamento precipitado. Inquérito. I - Se há indícios da prática de crimes, incabível o trancamento do inquérito. II - Todavia, o indiciamento só pode ser realizado se há, para tanto, fundada e objetiva suspeita de participação ou autoria nos eventuais delitos. Habeas Corpus parcialmente concedido.¹⁶⁶

Essa decisão reafirma a condição do sujeito de direitos do indiciado, que não mais ser considerado como mero objeto das investigações. Essa nova orientação faz reascender a importância dessa condição e da necessidade de um indiciamento formal como garantia do indiciado. Embora o ato não venha previsto textualmente na lei, dela decorre, pois o sistema processual evidencia em vários dispositivos a condição do indiciado.

Além da necessidade de que o indiciamento constitua-se num ato formal, deve o indiciado dele ser comunicado, para que possa exercer os direitos inerentes a essa nova condição. E para que esses direitos possam ser exercidos com eficácia, impõe-se o reconhecimento da extensão da garantia de participação do indiciado no inquérito policial, ainda que restrita. Tratando-se, todavia, do objeto em que se centra a atenção do presente estudo, sua abordagem será desenvolvida em tópico destacado.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento de HC 8466/PR. Impetrante: Ayrton Lopes da Silva. Paciente: Geraldo Cartário Ribeiro. Impetrado: Tribunal de justiça do Paraná. Relator: Min. FELIX FISCHER. Julgado em 20/04/1999. Publicado no DJ 24/05/1999.

7 NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

Do que até aqui foi exposto, passa-se a considerar a constitucionalidade da participação do indiciado no inquérito policial, a fim de que possa exercer seu direito de acesso à jurisdição para corrigir eventuais desvios e para exercer o seu direito à defesa, que não é um direito qualquer, mas que traz a garantia de que possa ser exercido de forma ampla.

O direito ao contraditório e à defesa, que normalmente não têm espaço no processo inquisitivo, é um importante instrumento de impulso e controle no sistema acusatório. É pelo contraditório entre as hipóteses da acusação e da defesa e as provas e contraprovas correspondentes, que o processo acusatório moderno se expressa nos valores democráticos de respeito à pessoa do “imputado”, à igualdade entre as partes e à necessidade prática da refutação da pretensão punitiva e de sua submissão ao controle do “acusado”. Mas para que o processo se desenvolva lealmente com paridade de armas, é necessária a substancial igualdade entre as partes, dotando-se a defesa da mesma capacidade e dos mesmos poderes da acusação e que seja admitida em todo o procedimento e em relação a qualquer ato probatório¹⁶⁷, incluindo-se as perícias, que no direito brasileiro, realiza-se antes de formado o processo judicial.

É possível verificar a legalidade de participação do Ministério Público no inquérito policial, que inclusive pode devolvê-lo para cumprimento de diligências requisitadas. Outra não é a situação do “acusado”. A essa conclusão se pode chegar a partir da análise de alguns dispositivos legais que impõem o reconhecimento dessa participação. Além disso, muitas vezes é possível identificar um interesse direto do indiciado nessa participação sem se revele na determinação de prejudicar a busca pela reconstrução da verdade no processo.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 613-614. Nota 68.

Alguns atos realizados pela autoridade, policial ou judicial, ainda no curso do inquérito policial, são aptos a restringir a liberdade pessoal e patrimonial, e até mesmo a integridade moral do indiciado. Isso tudo sem que se tenha findado um processo judicial e sem que se assegure ao indiciado a instrução contraditória e o exercício da defesa. Para Lopes Junior, "a estigmatização gerada pelo indiciamento nem sempre é remediada", ainda que arquivado o inquérito policial, sem que tenha sido deflagrada a ação penal.¹⁶⁸

O sistema processual penal brasileiro, fundado na garantia da dignidade da pessoa humana e nos princípios do estado de inocência e do devido processo legal, impõe uma leitura que indique à possibilidade de interferência do indiciado na investigação preliminar. Para uma melhor análise dos aspectos que justificam a necessidade do reconhecimento dessa participação, é necessário uma revisitação do inquérito policial. É o que se fará a seguir, destacando-se a formação da prova e a decretação de medidas cautelares.

7.1 REVISITAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde a sua criação, o inquérito policial experimentou poucas mudanças. No entanto, conforme a Ordem Constitucional estabelecida, profundas são as conseqüências na interpretação da legislação a ele relacionada.

Proclamada a Independência, o Brasil viveu o regime Monárquico e o sistema jurídico brasileiro era controlado pelo Poder Moderador. A administração da justiça inicialmente foi conferida ao Poder Judicial, que apenas formalmente poderia ser reconhecido como independente por ser também submetido ao Poder Moderador. Outras vezes essa administração ficava a cargo de autoridades eletivas e, em alguns casos, atribuída às autoridades policiais.

¹⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit, p. 263. Nota 48.

A Primeira Constituição Brasileira trazia um capítulo dedicado aos Direitos Individuais, mas a constituição escravocrata não estava fundada na dignidade da pessoa humana, mas no poder absoluto do Monarca e só, eventualmente, aceitava negociar com o Parlamento.

O advento da filosofia liberalista centrava a atenção no homem considerado em sua individualidade. Mas sobre o termo liberal, consoante a advertência de Monteiro, não se deve deitar ilusões, pois:

Ele sofre mudanças no correr do tempo; ora significa a luta pela independência do país, ora significa a luta por uma Assembléia constituinte livre e soberana, ora significa a luta pela defesa dos direitos mais elementares do cidadão. Dependendo de seu significado momentâneo, perde ou ganha adeptos. Os aliados de ontem podem ser os inimigos de hoje.¹⁶⁹

A ordem jurídica inclinava-se à defesa dos interesses individuais, deixando-se a cargo das partes a livre iniciativa de ação e o ônus da prova. Isso não ocorria apenas no processo civil. É possível identificar essa tendência também no processo penal.

Senão, veja-se como foram formatadas as regras sobre o inquérito policial, inclinando-se a representar o interesse estatal na repressão dos delitos. Desde o início, embora se possa identificar não ser essa a vontade do legislador, foi na prática um instrumento que serviu apenas a uma das partes, à acusação pública ou ao acusador particular. E na linha da ideologia burguesa, saíam-se vitoriosos aqueles que pertenciam aos poderes dominantes. O investigado constituía a parte mais frágil, por não ter a seu serviço o aparelhamento estatal.

Ao longo da história constitucional, percebe-se que curtos foram os momentos de ensaios democráticos experimentados no Brasil. Esses movimentos acabaram abafados por regimes totalitários instalados às vezes por civis, às vezes por militares. Nesses períodos, o inquérito policial foi usado como instrumento de

¹⁶⁹ MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil Império**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990, p. 8.

perseguição e nesse sentido se orientou toda a atuação da polícia, administrativa ou judiciária.

Com o reconhecimento das sociedades de massa e o advento do Estado-social, o sistema jurídico passou por uma remodelagem e surgiram muitas normas destinadas a garantir esses direitos, que não mais se encaixavam na dicotomia público-privado. Foi necessária a construção de um novo referencial teórico, a fim de dar efetividade e eficácia à tutela desses direitos que surgiam.

A democracia deixa de ser meramente representativa e passa a agregar o valor de 'participativa', que melhor representava a atuação popular no controle dos atos oriundos dos poderes constituídos. Ainda que num primeiro momento essa participação fosse mais evidenciada nos poderes legislativo e executivo, logo após estendeu-se ao poder jurisdicional, o que se verifica especialmente por meio do contraditório e, mais recentemente, com a construção da teoria de inconstitucionalidade também dos atos jurisdicionais.¹⁷⁰

Desenvolve-se também o debate sobre uma postura mais ativa do juiz na busca da verdade processual. Recuperam-se os conceitos dos princípios dispositivos e inquisitivos que acabam tomando nova forma. O princípio inquisitivo, antes restrito ao processo penal como indicativo do processo inquisitório, passa a ser reconhecido também no direito processual civil como compromisso do julgador de fazer atuar a vontade geral materializada na atividade legislativa, ou seja, fazer atuar o direito objetivo. Por outro lado, o princípio dispositivo passa a ser admitido também no processo penal para afirmar a necessidade e conveniência da atuação das partes como colaboradoras na busca da reconstrução da verdade.

¹⁷⁰ Essa corrente teórica sustenta que os atos jurisdicionais são atos estatais e que devem sujeitar-se, como os demais atos, aos preceitos constitucionais. Sob esse fundamento se assenta a possibilidade de ação autônoma de impugnação contra coisa julgada inconstitucional. Para uma melhor compreensão do tema, Cf. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Surge um debate a respeito da efetividade do processo como uma reação ao tecnicismo exacerbado que acabou por determinar-lhe um fim em si mesmo. Procura-se reconduzir a técnica a serviço do direito material, que a condiciona.

Com a redemocratização do Brasil, a Carta Política de 1988 tratou de aspectos que interferem especialmente no processo brasileiro, num fenômeno conhecido como constitucionalização processual. Preocupou-se o constituinte em dar garantia aos direitos que há muito já eram reconhecidos no Brasil, mas que enfrentavam grande problema de efetividade. A própria investigação preliminar passa a requerer uma releitura, no sentido de se afirmar como instrumento a serviço do instrumento-processo em sentido estrito.

Na obra Ceneviva, publicada logo após a promulgação da Nova Constituição, verifica-se uma tendência em reconhecer a extensão do direito ao contraditório e à ampla defesa, preceituados no inciso LV, do art. 5º. Da CF/88, também no Inquérito policial. Acenava o autor:

...dir-se-ia, para suscitar oposição, que no inquérito policial não há acusado, o que excluiria a peça policial do conjunto das implicações do novo texto. Porém, o inquérito não é um terceiro gênero, estranho aos demais conceitos jurídicos. Assim, também se vê incluído no rol de garantias individuais do contraditório.¹⁷¹

Essa interpretação se sustentava na crença da promulgação de uma Constituição verdadeiramente democrática, conclusão a que se pode chegar pela leitura do prefácio de sua obra, onde demonstra ter iniciado seus escritos sob o regime do governo militar, num momento histórico em que as normas atinentes ao direito constitucional não saíam do plano teórico.

Acreditava o autor, que os direitos fundamentais seriam determinantes no sentido de condicionar negativamente o conteúdo das leis e de estabelecer limites ao exercício da autoridade, inclusive em sua tarefa de interpretação, que deveria determinar-se

¹⁷¹ CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 64.

no sentido de conferir a esses direitos constitucionalmente garantidos, a eficácia objetiva. Não imaginava, naquele momento de grande êxtase e expectativa democrática, que pudesse haver um retrocesso nas conquistas dos direitos e garantias fundamentais, por ocasião da interpretação restritiva realizada pela Corte Constitucional.¹⁷²

Não obstante se verifique essa interpretação retrospectiva, é possível reconhecer aspectos que justificam a participação do indiciado no inquérito policial.

7.2 ASPECTOS QUE JUSTIFICAM A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

O processo penal se desenvolve no sentido de comprovar a materialidade do crime e também de verificar a culpabilidade do agente da prática criminosa, para posterior aplicação da sanção penal.

A polícia judiciária, no cumprimento de sua missão constitucional, participa da primeira fase do sistema processual, devendo apurar as infrações penais, indicar a possível autoria e as circunstâncias que envolvem a prática delituosa. Essa atividade permite uma primeira individualização do crime, com a indicação do fato típico e antijurídico previsto na norma material penal.

Para determinar em que tipo penal a conduta criminosa pode ser encaixada, deve a autoridade policial realizar diligências que revelam não apenas a materialidade do delito, mas a real intenção de seu autor. Só com essa pesquisa, por exemplo, poderá se identificar, preliminarmente, a ocorrência de um homicídio, de um infanticídio, de um aborto ou de uma lesão corporal seguida de morte, ou ainda, roubo qualificado pelo evento morte. Em todos os casos citados ocorre o evento morte, mas a tipificação penal poderá ser diversa, assim como a forma procedimental da segunda fase da *persecutio criminis*.

¹⁷² CENEVIVA, Walter. Op. Cit, p.25. Nota 171.

Os procedimentos a serem adotados pela autoridade policial estão relacionados, como se viu, principalmente no artigo 6º, mas é possível também que sejam encontrados em outros artigos do diploma processual penal. Além disso, deve-se sempre considerar que não se esgotam ali as diligências a serem realizadas e que poderão variar conforme a natureza do crime, podendo se valer de todos os meios admitidos em direito para reconstrução histórica do fato criminoso.

Depois de tudo apurado e reduzido a escrito, a autoridade policial elaborará relatório circunstanciado e o enviará ao juiz competente, num prazo, que em regra, deveria ser de 30 (trinta) dias se indiciado estiver em liberdade, ou 10 (dez) dias, se preso. O inquérito só deverá retornar ao delegado de polícia para realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, devendo o Ministério Público indicá-las consoante a inteligência do artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal e do artigo 16, do CPP.

Na prática, quer pela complexidade dos crimes na atualidade quer pelo crescimento contínuo da criminalidade violenta, verifica-se que o prazo assinalado no Código de Processo Penal tem sido insuficiente para a realização das diligências necessárias à revelação do crime e de sua autoria. Por esse motivo são inúmeras idas e vindas do inquérito ao fórum, do fórum às delegacias.

Se o tempo fixado pela norma processual não é o adequado ao procedimento administrativo, a indeterminação do tempo também não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, o que se verifica é que o tempo de realização do inquérito, quando o crime é de difícil elucidação, dura até a prescrição do delito. Essa indeterminação consubstanciada no tempo em que o inquérito ficará ativo causa desconforto ao indiciado pelas conseqüências que produz em sua vida pessoal. Daí porque a garantia do tempo razoável de duração do processo, que foi introduzida na Carta Constitucional em seu artigo 5º, inciso LXXVII, pela Emenda Constitucional nº 45, deveria ser considerada também no inquérito policial, como parte integrante do sistema processual penal adotado no Brasil. O fator tempo para a conclusão do inquérito policial, assim, também passa a ser objeto de interesse do sujeito investigado.

Além disso, a condição de indiciado gera para o indivíduo alguns encargos e interfere em sua vida pessoal diretamente, por gerar uma possibilidade de decretação de medidas restritivas de ordem pessoal ou patrimonial e, ainda, pela possibilidade de uma conotação social capaz de interferir em seu patrimônio moral, reconhecido no artigo 5º, incisos V e X do Texto Constitucional.

Ficou estabelecido, anteriormente, que a condição de indiciado confere ao indivíduo o gozo e o exercício de alguns direitos constitucionalmente reconhecidos. Entre esses direitos, o direito à defesa ampla. Essa defesa ampla deve ter o sentido de efetiva. Mas para que se possa falar em efetividade da defesa, é necessário reconhecer o direito à prova, considerada em todos os seus aspectos, inclusive, no momento de produção.

Para compreender como isso se verifica, far-se-á um estudo sobre a prova e sobre as medidas cautelares que podem ser adotadas já na primeira fase do sistema processual brasileiro, o que permitirá uma melhor análise do objeto desse trabalho, o qual consiste no reconhecimento da conveniência de se estender ao inquérito policial o direito à participação do indiciado.

7.2.1 Formação da Prova

No sistema processual inquisitivo, a verdade desejada e perseguida, conseguida de forma absoluta e substancial, é única. Nesse sistema monista de se alcançar a verdade, não há qualquer controle das partes, e em especial do “acusado”.

Por outro lado, a verdade perseguida no modelo acusatório é concebida de maneira relativa e formal, adquirida por meio do procedimento ensaio-erro, como qualquer investigação empírica. A principal garantia de sua obtenção seria a máxima exposição das hipóteses acusatórias à refutação da defesa, ou seja, pelo livre desenvolvimento do conflito das partes no processo, cujos pontos de vistas e interesses são opostos.

Esses estilos diversos indicam a relação entre os meios e os fins do processo: no processo inquisitivo tem-se a primazia do fim de uma verdade máxima, obtida por

qualquer meio. A valoração da prova é vinculada, mas seu método de formação é livre. Por outro lado, no processo acusatório tem-se a garantia de uma verdade mínima, onde a valoração da prova é livre, mas o método de obtenção é vinculado.¹⁷³

Embora não restem críticas ao modelo monista, dentre as formas de resolução de conflitos, especialmente dos voltados para as normas penais, é possível verificar que o processo inquisitivo, ainda que utilizasse métodos desumanos, representou um grande avanço em relação aos duelos judiciais, pois a verdade deixou de ser perseguida para ser investigada.

Ao analisar o desenvolvimento do sistema probatório europeu-continental, Gomes Filho ressalta que o inquérito foi o instrumento que melhor se adaptou à passagem dos métodos de solução de conflitos baseados numa atividade divina para uma atividade de base humano-racional, “pois através dele torna-se possível reconstituir os acontecimentos, trazendo para o presente os fatos do passado”.¹⁷⁴

Foucault, no entanto, não crê ter sido o inquérito simplesmente uma espécie de progresso da racionalidade, mas uma técnica de administração derivada de relações de poder. E na medida em que o inquérito se desenvolvia, desaparecia-se a prova. O sistema inquisitivo da jurisdição eclesiástica confundiu crime e pecado. Os métodos de investigação passaram a ter por fundamento a penitência, pois só pelo reconhecimento da culpa se poderia chegar ao perdão. Por isso, a confissão assumiu grande importância e era perseguida com práticas de torturas. Normalmente, o inquisidor já tinha formado a sua convicção e sua preocupação consistia em confirmar uma verdade já estabelecida. Sob essa sustentação, a confissão erigiu-se à condição de “rainha das provas”, pois o acusado se apresentava como fonte de informação. O processo se desenvolvia em segredo,

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 610-612. Nota 68.

¹⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit, p. 20. Nota 156.

abrindo as portas ao grande arbítrio do julgador. Quando a monarquia recuperou o poder jurisdicional, absorveu as práticas da jurisdição eclesial.¹⁷⁵

Em França, uma série de reformas sucessivas procurava alternativas para corrigir os excessos da subjetividade do magistrado. Com o apoio de Gomes Filho¹⁷⁶, é possível verificar como a organização do sistema processual francês serviu de inspiração para o modelo brasileiro.

Em 1789, o processo criminal francês compunha-se de uma primeira fase baseada na investigação secreta e de uma segunda fase pública sujeita ao contraditório. Nessa segunda fase, o defensor podia intervir inquirindo testemunhas da acusação e produzindo contraprova, o que era feito de forma oral em audiência.

Em 1791, o processo criminal sofria uma reorganização. Depois de uma fase preliminar de investigação realizada pelos juízes de paz da localidade, a causa era encaminhada a um corpo de jurados composto por oito juízes que deliberam sobre a admissibilidade da acusação. Admitindo-se a acusação, passava-se ao julgamento perante a um tribunal criminal composto por doze jurados que decidiam sobre os fatos e mais três juízes togados que decidiam sobre a pena. A oralidade era a característica dominante nesse processo. E os jurados, livres na apreciação da prova, não precisavam indicar os motivos da convicção. Esse sistema, entretanto, teve curta duração.

Uma reforma, iniciada em 1795 e concluída em 1801, reforçou os poderes da polícia e dos magistrados e retomou a instrução preparatória secreta. A escrita ressurgia inclusive no júri de acusação, que formava seu juízo com bases em leitura dos depoimentos colhidos na fase de informação.

Em França de 1808, o *Code d'instruction criminelle* introduzia o sistema misto, que organizado em duas fases, tornou-se um modelo seguido por muitos países. A

¹⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001. p. 73-74.

¹⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit, p.21-35. Nota 156.

primeira fase era secreta, escrita e sem a participação da defesa. Nela, o juiz da instrução colhia o material probatório. Na segunda fase, desenvolvida publicamente perante o tribunal do júri. Os elementos probatórios eram debatidos oralmente e em contraditório. Suprimia-se o juízo de acusação.

A importância dessa reforma revela-se por seu caráter autoritário, já que numa primeira fase as provas eram colhidas em segredo e sem a participação da defesa. Mas constituía-se em material idôneo à formação do convencimento do magistrado,

Esse modelo que tentou conciliar os padrões inquisitório e acusatório, apesar de ter influenciado muitas legislações, não ficou imune a críticas. A doutrina germânica, lembra Gomes Filho, sustentava grande desconfiança sobre a imensa liberdade dos magistrados e continuava a ver no sistema de valoração legal da prova um sistema de garantias contra o abuso dos juízes. Em uma tentativa de aperfeiçoá-lo, desenvolveu a teoria das provas legais negativas, onde o juízo pessoal do julgador só poderia ser utilizado em benefício do réu.¹⁷⁷

Enquanto que o declínio dos juízes de Deus na Europa-continental fez surgir o sistema inquisitivo, no sistema anglo-americano, o *adversary system*, desenvolvia-se na forma de julgamento por um júri, com repercussões consideráveis em matéria probatória. O procedimento diante do júri se desenvolve como em um campo de competição. Isso faz com que a concepção de prova e de verdade assumam uma característica bem diferenciada do sistema europeu-continental. Badaró, apoiado no magistério de Amodio, destaca em nota que, enquanto na justiça anglo-americana, “todo o processo é das partes” no sistema europeu-continental, “todo o processo é do juiz”.¹⁷⁸

No *adversary systems*, os juizes não mais decidiam com base nos próprios conhecimentos, mas após análise de elementos trazidos unicamente pelas partes. A

¹⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit, p. 32. Nota 156.

¹⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.133-134.

regra fundamental caracterizadora desse sistema é, portanto, a iniciativa das partes, que no *day in court*, expõem “todas as provas, perante um tribunal até então desinformado a respeito do processo”.¹⁷⁹

Nesse processo essencialmente de partes, o acusador, público ou privado, pode dispor da pretensão punitiva deixando de formular a pretensão acusatória ou negociando com a outra parte. O juiz tem papel predominantemente passivo e não exerce qualquer iniciativa probatória. Limita-se, em sua decisão, à escolha da melhor versão que lhe foi apresentada. Se as provas produzidas não forem suficientes, aplicam-se as regras sobre ônus da prova e assume o prejuízo a parte onerada. A verdade dos fatos deixa de ser, assim, o escopo desse sistema e “sob uma perspectiva de enfrentamento de partes, de luta entre elas, acaba triunfando a parte mais hábil ou mais esperta, não necessariamente a parte que tem direito”.¹⁸⁰

O oposto do *adversary system* é o *inquisitorial system*, onde o juiz assume uma postura mais ativa e possui poderes instrutórios. Assemelha-se ao sentido de princípio inquisitivo como oposição ao princípio dispositivo. Em nada se confunde com o processo inquisitório. Da mesma forma, não se confundem o processo acusatório e o *adversary system*.

Isso porque o modelo acusatório consiste, basicamente, na diferença entre acusador, defensor e julgador, cujas funções são exercidas por pessoas distintas. Nada impede, porém, que o julgador oriente-se pelo princípio inquisitivo, uma vez que sua decisão reflete um interesse social que consiste não apenas de pacificação dos conflitos ou solução de controvérsias, mas num fundamento de justiça e de plena conformidade com o direito objetivo que se quer ver restabelecido. Nessa função, o juiz não pode ser o “juiz fantoche”, expressão de José Alberto dos Reis, citado por Naves. Deve, ao contrário, inclinar-se à busca da verdade.¹⁸¹

¹⁷⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit, p. 38. Nota 156.

¹⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. Cit, p.130-131. Nota 178.

¹⁸¹ NAVES, Candido. Op. Cit, p. 30. Nota 113.

Picinini, apoiado pelo italiano Michelle Taruffo, lembra a importante distinção entre dois modelos fundamentais de prova: o primeiro como modelo de argumentação com representação significativa da atuação das partes na formação do convencimento judicial e o segundo a prova como instrumento de demonstração científica de verdade significativa para fundamentação de uma decisão, vinculando-se à noção de procedimento com uma participação ativa do magistrado.¹⁸²

Afastando-se da teoria que afirma ser a verdade inalcançável senão a indicada pelo sucesso ou fracasso da atuação das partes, considera-se que, mesmo diante da dificuldade de ser alcançada uma verdade absoluta, a determinação ou convicção da verdade deve sempre ser perseguida pelo juiz.

O termo verdade formal usado equivocadamente em oposição à verdade material indica que à verdade se chega tão unicamente pelas atividades desenvolvidas pelas partes que procuram interferir na convicção do julgador, cuja atuação restringe-se à direção do processo sem interferir na determinação da produção de provas.

Contudo, a expressão verdade material deve indicar uma melhor verdade a ser buscada pelo julgador com a colaboração das partes. Sendo essa verdade alcançada dentro do processo, será sempre considerada formal.

Mas, “a verdade, no processo penal, para muito além do mito autoritário da ‘verdade real’, depende, fundamentalmente, da observância das garantias processuais”.¹⁸³ A doutrina contemporânea tem afirmado a necessidade de um juiz mais ativo, pois “não se poderia conceber uma sentença ‘justa’ que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos”.¹⁸⁴

¹⁸² PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial.** Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7621>>. Acesso em: 19/03/2006.

¹⁸³ DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo:** uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 172.

¹⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit, p. 54. Nota 156.

Nessa tarefa, a prova assume um papel de grande relevância no processo. Isso porque sobre ela se volta a atenção das partes e do magistrado. No entanto, a prova não se destina a dar conhecimento de uma verdade a ser buscada, mas a verificação de uma verdade já afirmada. Assim, não se prova para conhecer um fato, mas conhece-se antes para prová-lo depois.¹⁸⁵

Essa é a conclusão a que chega Cappelletti ao considerar que há uma distinção entre alegação e prova. A alegação é a afirmação que faz a parte, como fundamento de sua demanda ou de sua defesa, sobre a existência de um direito determinado ou sobre a ocorrência ou não de um fato. Essa afirmação é que será objeto de prova.¹⁸⁶ Não é o fato em si mesmo, por se tratar de simples acontecimento. Não se pode admitir que um fato possa ou não ser verdadeiro. Sua existência no mundo real independe dessa valoração que é dada pelas percepções, opiniões e juízos humanos.¹⁸⁷

Depois de indicar que o vocábulo “prova” vem carregado de valores, traduzindo emoções como verdade e justiça, Duclerc propõe uma redefinição de seu conceito, que se harmonize com a estrutura do processo penal acusatório onde as partes se colocam numa relação dialógica. Conclui, então que:

...o conceito de prova pode ser tido como comunicação', como troca de mensagens entre emissores (artes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório.¹⁸⁸

Esclarece que, para o jurista, a comunicação carrega um conceito informativo e diretivo, pois se destina a dirigir o comportamento de alguém. Os conceitos de verdadeiro ou falso não servem ao direito. Nessa idéia se assenta a constatação de que os sistemas jurídicos são construídos não para o esclarecimento da verdade, mas para dar condições de decidibilidade dos conflitos.

¹⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. 2. ed. Roma: Dell' Ateneo, 1957. p. 50.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972, p.113.

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. Cit, p. 159. Nota 178.

¹⁸⁸ DUCLERC, Elmir. Op. Cit, p. 16. Nota 183.

Daí a necessidade de se estabelecer um procedimento que permita uma conexão entre a norma e o fato social submetido à análise judicial. Esse modelo de aproximação da norma ao fato (subsunção) parte de uma premissa maior para uma premissa menor, requerendo, assim, uma conclusão (decisão). A essa conclusão, porém, não se chega diretamente, mas por uma intermediação, que é feita pela “prova”.

Indica Picinini que:

Esta perspectiva de busca pela chamada verdade substancial ou genuína perdurou até meados do século XVIII, quando surgiu um novo paradigma sob a influência das idéias iluministas. Desde então, houve uma alteração de foco, de forma que a relevância passou do objeto do conhecimento (paradigma do objeto) para o sujeito cognoscente (paradigma do sujeito), desde então, passou-se a entender que os objetos só existem porque o sujeito pode conhecê-los. Esta nova perspectiva fez Carnelutti declarar: ‘a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca pela verdade, conduziu à substituição da verdade pela certeza’.¹⁸⁹

Carnelutti apresenta em seus estudos uma distinção entre prova direta e indireta. Enquanto na primeira, o juiz entraria em contato direto com o fato a ser provado e sobre ele incidiria diretamente a sua percepção, a prova indireta leva ao juiz, de forma intermediária, as razões para seu convencimento. Nesse último caso, o juiz exerce uma atividade resultante de processo não apenas perceptivo, mas também dedutivo. Essa não é, todavia, uma diferença funcional, pois uma e outra se destinam a formar o convencimento do julgador. Trata-se apenas de uma diferença estrutural verificada pelo grau de complexidade, que é maior quando a prova é indireta e mais simples, quando direta. Para exemplificar, o autor italiano utiliza um exemplo em que duas testemunhas afirmam que o cavalo fora vendido a Tício por Caio. O juiz não assistiu ao ato de venda, mas deduz da declaração das testemunhas que o contrato de compra e venda existiu, reconhecendo-se nessa operação um silogismo. Nesse processo complexo, que reúne elementos de percepção e de dedução, verifica-se facilmente a diferença entre a atividade do juiz e o fato intermédio. Conclui, então, chamando de meio de prova a atividade

¹⁸⁹ PICININI, Joel. Op. Cit, Nota 182.

realizada pelo juiz que busca o fato a provar e como fonte de prova, o fato que serve para deduzir essa vontade.¹⁹⁰

Sentis Melendo *apud* Badaró defende que a fonte de prova existe independente do processo e a este pode ser levado por um meio de prova, ou seja, por ações judiciais que incorporam a fonte ao processo. Assim, uma testemunha ocular de crime ou um documento utilizado para a prática de um delito seria uma fonte de prova. Seriam meios de prova as declarações dessa testemunha em juízo e a incorporação do documento ao processo. Conclui-se que “o meio de prova, portanto, somente existe no processo. Já as fontes de prova são anteriores e extraprocessuais”.¹⁹¹

As fontes de prova têm como destinatários as partes e o juiz. Os meios de prova destinam-se exclusivamente ao julgador, a quem cabe determinar a produção da prova. Nessa distinção reside um conteúdo conceitual de extrema relevância, pois indica qual sujeito poderá dispor de um ou de outro. As partes podem dispor das fontes de prova, mas se ao juiz tomar conhecimento de sua existência, poderá determinar que seja produzido o meio de prova.

Dessas considerações a respeito de fontes e meios de provas, prova direta e indireta, levantam-se alguns questionamentos: os elementos colhidos no inquérito seriam fontes de prova ou meios de provas? Qual o destinatário desses elementos? As partes poderiam dispor desses elementos?

Nos termos do artigo 12 e do artigo 39, § 5º do CPP, o inquérito policial, quando não puder ser dispensado, deve acompanhar a peça acusatória, sustentando-a e permitindo que magistrado exerça um juízo sobre a admissibilidade da ação. Nisso se afirma que, ao lado das clássicas condições da ação - legitimidade, possibilidade jurídica e interesse de agir - é necessário que exista a ‘justa causa’ que, em regra, é sustentada pelo inquérito policial. A obrigatoriedade desse acompanhamento tem

¹⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit, p. 69-73. Nota 185.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. Cit, p. 165-167. Nota 178.

por fundamento servir ao convencimento do juiz em sua primeira decisão processual, pois para que denúncia ou a queixa sejam admitidas, impõe-se a produção de “certas provas prévias”,¹⁹² normalmente produzidas no inquérito policial.

Além disso, os elementos carreados nos autos de inquérito servirão para a análise da necessidade e para a fundamentação da decretação de medidas cautelares. As partes também poderão buscar nesses elementos os fundamentos de suas teses. Então, não é verdade que o inquérito destina-se apenas à parte acusadora e somente para a propositura da ação penal.

Os depoimentos da vítima e das testemunhas, assim como o interrogatório, a confissão do indiciado, as perícias, o reconhecimento de pessoas e de objetos, as buscas e apreensões e outras diligências realizadas na fase administrativa da persecução penal, uma vez admitidas no processo - tendo em vista ser o inquérito parte integrante da denúncia que nele se funda - passam a constituir meio de prova, que serve às partes e ao juiz. Destina-se o inquérito, portanto, à parte acusadora, à parte que sofre a acusação e ao juiz.

Indagação interessante é a respeito da possibilidade de disposição dos elementos colhidos no inquérito. Veja-se que, uma vez integrado ao processo como anexo da denúncia, o inquérito passa a pertencer ao processo e dele não pode dispor as partes. Nem mesmo antes do processo, pode o Ministério Público determinar seu arquivamento sem que seja submetido ao crivo judicial. Essa análise pelo órgão jurisdicional não ofende o processo acusatório, mas reafirma o papel de garantidor assumido pelo juiz e reforça a idéia de que o inquérito não pertence apenas à acusação.

Freqüentemente, têm-se afirmado que o inquérito policial é um procedimento meramente informativo que contém somente atos de investigação. Tratando do assunto, Saad parte da distinção entre investigação e instrução. Revela que investigar é pesquisar, buscar informações. Nisso consiste a atividade policial,

¹⁹² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Op. Cit, p. 39. Nota 133.

materializadas em autos escritos que exercem a função de instruir o julgador na admissão ou na rejeição da peça acusatória, bem como na decretação de medidas cautelares.¹⁹³

A investigação precede à instrução. A autoridade policial inicia a atividade instrutória no momento que documenta as diligências realizadas, reunindo-as em um documento (inquérito policial) que deverá acompanhar a denúncia ou a queixa que nele se fundar. Esse documento, além da escrituração da pesquisa realizada pela polícia judiciária, contém perícias, buscas e apreensões que não se repetem em juízo. Contém, ainda, depoimentos, interrogatórios e confissões, que se por qualquer razão não forem retificados judicialmente, serão valorados pelo juiz caso se apresentem em harmonia com o conjunto probatório submetido ao contraditório na fase judicial. Pode, dessa forma, influenciar diretamente no convencimento do juiz. Isso sem falar nos casos sujeitos ao procedimento do júri em que vigora o princípio da íntima convicção, onde os jurados não precisam fundamentar suas decisões. É forçoso, assim, concluir que o inquérito policial contém atos de investigação e atos de instrução. Os atos de instrução, que documentados vão informar e auxiliar o juiz na tomada de decisões, podem se apresentar na forma provisória ou definitiva.

Merece atenção a instrução definitiva realizada nessa fase preliminar. Especialmente porque existem atos, que pela sua própria natureza ou que por eventualidade não podem ser repetidos. Ao investigado resta o prejuízo de não poder apresentar sua reação e, conseqüentemente, uma defesa efetiva, a não ser que se reconheça a possibilidade de sua participação no inquérito policial.

É possível então se falar em direito à prova, como manifestação do princípio do devido processo legal e do direito de defesa.

Gomes assinala que o direito à prova compreende quatro momentos processuais: da proposição ou postulação, da admissão; da produção; e da valoração. E acrescenta

¹⁹³ SAAD, Marta. Op. Cit, p. 165-175. Nota 131.

que “cada um deles está regido por um complexo conjunto de normas jurídicas e também éticas”.¹⁹⁴

Tanto a acusação quanto a defesa possuem direito subjetivo à prova. Esse direito se opõe ao Estado-juiz que tem a obrigação de efetivá-lo. Opõe também a parte contrária e a terceiros que possam contribuir para esclarecimento do fato, ressalvando-se o direito do réu a não incriminação.

O procedimento probatório costuma ser tratado pela doutrina apenas em seu aspecto ‘endo-processual’, ou seja, dentro da fase jurisdicional, o que no processo penal representa um grande prejuízo para aquele que sofre uma imputação de crime. Nesse sentido, a conclusão de Gomes Filho se assenta no reconhecimento do direito à prova antes ou fora do processo, inclusive para colheita de elementos que autorizem ou não a persecução, podendo se falar, inclusive em um ‘direito à investigação’, que no modelo acusatório, diferentemente do inquisitório, não pode ser negado ao acusado e a seu defensor.¹⁹⁵

A história constitucional mostra que há muito tempo se procura garantir a plenitude de defesa em processo criminal. Considerando a possibilidade de produção de provas antes da fase judicial do processo, mostra-se evidente que o indivíduo sobre o qual recaia indiciamento em inquérito policial possui interesse direto na sua participação dos atos desenvolvidos nessa fase.

Para que não desapareçam os vestígios deixados pela ação delituosa, são realizados alguns exames periciais urgentes. Muitas vezes, as investigações se iniciam sem que se tenha alguma idéia sobre a autoria do delito. Mas havendo indícios que permitam o indiciamento, deve-se conferir ao indiciado o direito de ser

¹⁹⁴ GOMES, LUIZ FLAVIO. As garantias mínimas no devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: ____ (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 227.

¹⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit, p. 86. Nota 156.

cientificado e a possibilidade de acompanhar a produção da prova, apontando os quesitos úteis e necessários à sua defesa.

Algumas provas exigem que sua produção se dê *inaudita altera pars*. Mas, ainda nesses casos, tão logo seja possível impõe-se dar conhecimento ao acusado, pois este também pode ter interesse no não desaparecimento dos vestígios e, conseqüentemente em seu recolhimento e registro, que puderem indicar sua inocência ou diminuir-lhe a culpa.

Nas medidas cautelares, pelo menos, as decisões judiciais se orientam nesse sentido, conforme se verá adiante.

7.2.2 Medidas cautelares restritivas de direitos

Não obstante o princípio constitucional do estado de inocência, proclamado no inciso LVII do artigo 5º, indique que a liberdade física e patrimonial deva ser preservada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é possível a ocorrência de situações que justifiquem, de forma cautelosa e excepcional, a imposição de medidas de restrição à liberdade de locomoção ou de disposição patrimonial.

Essa possibilidade de imposição de medidas restritivas antes de passada em julgado a sentença condenatória encontra fundamento constitucional nos incisos LXI e LXVI do artigo 5º. É o caso da prisão em flagrante, da prisão preventiva e da liberdade provisória, disciplinadas no Código de Processo Penal e da prisão temporária, disciplinada na lei nº 7.960/89, publicada logo após a entrada em vigor da nova Ordem Constitucional.

Além dessas restrições que incidem sobre a liberdade de locomoção, outras medidas com repercussões patrimoniais podem ser tomadas ainda na fase investigatória com base em informações colhidas no Inquérito policial, impondo ao juiz o dever de fundamentação de suas decisões. São exemplos de medidas de restrições patrimoniais a apreensão de objeto, a fixação de fiança e as medidas assecuratórias previstas nos artigos 125 e seguintes do diploma processual: o seqüestro, o arresto e a hipoteca legal.

Tratar-se-á inicialmente da prisão, que consiste na privação da liberdade de locomoção, mediante clausura. Pode ser efetuada em razão de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária; no caso de flagrante delito; em decorrência de transgressão militar (CF. artigo 5º, inciso LXI); durante estado de sítio (CF, 139, II); e no caso de recaptura do evadido.

As prisões admitidas no direito processual penal brasileiro podem ser consideradas em dois grupos: prisão sem pena e prisão com pena. A prisão com pena é aquela decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado e irrecorrível. A prisão sem pena é chamada de prisão processual, ou provisória ou ainda, prisão cautelar. É a prisão decretada no curso do inquérito ou do processo. Como tem natureza cautelar, precisam estar presentes os requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

São espécies de prisão processual penal: a prisão em flagrante¹⁹⁶; a prisão preventiva; a prisão temporária; a prisão para apelar; e a prisão em decorrência da sentença de pronúncia.

A Constituição Federal embora não admita a prisão civil por dívida, excepciona a essa regra com a possibilidade de prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, conforme art. 5º, inc. LXVII. Existe ainda a prisão disciplinar, imposta para as transgressões militares e os crimes propriamente militares.

Em relação à prisão administrativa, convém considerar que, consoante o sistema constitucional vigente a partir de 1988, a autoridade administrativa não pode mais aplicar a pena de prisão, considerando-se, portanto, revogado o artigo 319, do CPP.

¹⁹⁶ a prisão em flagrante é também considerada como prisão administrativa, pois além de não requerer o *fumus boni juris*, independe de manifestação judicial. Entretanto, deve-se registrar que a autoridade judiciária homologa ou não essa espécie de prisão, que com essa denominação se mantém até o seu término legal.

Interessam especialmente ao estudo - pela possibilidade de sua decretação em fase de inquérito policial - a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, em virtude.

A prisão em flagrante é uma medida cautelar restritiva da liberdade, cabível quando alguém é surpreendido enquanto comete ou acaba de cometer a infração penal, crime ou contravenção. Está disciplinada nos artigos 301 a 310, do CPP. Pode ser efetuada por qualquer pessoa e independe de ordem escrita e fundamentada de juiz.

A pessoa presa em flagrante deve ser conduzida à presença da autoridade policial para que seja lavrado o auto de flagrante delito, que constituirá a peça inicial do inquérito policial. Nota-se que a prisão é anterior à lavratura do auto de prisão.

O auto de prisão em flagrante é, assim, a formalização da realizada pela autoridade policial. Tem caráter homologatório provisório, pois se autoridade policial que não estiver convicta do estado flagrancial deverá restituir a liberdade do indivíduo que foi conduzido à sua presença. Em caso contrário, lavrará o respectivo auto e comunicará ao juiz a prisão efetuada. Essa decisão pela manutenção da prisão pela autoridade policial estará sujeita a um juízo posterior realizado pelo magistrado que poderá homologar ou tornar insubsistente a prisão efetuada.

Registra-se que há divergências quanto a ter ou não a prisão em flagrante natureza cautelar. Câmara defende que se está diante de uma medida de natureza subcautelar, servindo mais à matéria probatória que ao processo cautelar. Sustenta que o despacho de manutenção transforma a prisão em flagrante em prisão preventiva, obrigando o magistrado a fundamentar sua decisão nos termos do artigo 315 do Diploma Processual.¹⁹⁷

Admitir como certa essa afirmação pode resultar em violação do sistema acusatório adotado pelo sistema brasileiro a partir de 1988, na medida em que se ao

¹⁹⁷ CAMARA, Luiz Antônio. Op. Cit, p. 149-151. Nota 42.

magistrado a prerrogativa de decretar a prisão preventiva de ofício sem que esteja devidamente instaurado o processo judicial. Esse é o posicionamento de Oliveira, ao advertir que não se trata de impedimento da atuação do Poder Jurisdicional antes de instaurada a ação penal, pois a ele cabe a decretação de todas as medidas restritivas de direito, o que não significa que deva agir sempre de ofício. No caso das medidas destinadas à proteção da efetividade da persecução penal, caberá à Polícia e ao Ministério Público o primeiro exame de sua necessidade, requerendo ao órgão judiciário a sua decretação. Apenas nos casos de tutela de direitos individuais poderá agir *ex officio*, “até porque a missão de proteção aos direitos fundamentais é a finalidade primeira e última, de um Estado Democrático de Direito”.¹⁹⁸

A prisão preventiva pode ser decretada desde o inquérito policial até antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tanto em ação penal pública como em ação penal privada, a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial. E consoante se afirmou acima poderá ser decretada de ofício pelo juiz, somente se já instaurada a ação penal. Embora a lei processual não indique expressamente essa limitação de atuação judicial, a esse entendimento deve se chegar pela contextualização constitucional do diploma processual, ou seja, pela adoção do sistema acusatório. Como requisito, impõe-se a demonstração do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Os pressupostos para decretação da prisão preventiva estão relacionados nos artigos 312 e 313 do CPP.

Pode-se identificar como *fumus boni iuris*: a prova da materialidade e os indícios de autoria e como *periculum in mora*: a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia da aplicação da lei penal e a garantia da ordem econômica. Admite-se a decretação da preventiva nos crimes dolosos punidos com reclusão; ou punidos com detenção, se o acusado for vadio ou de identidade duvidosa; ou, ainda, se o réu foi condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo** penal. 6. ed.rev., atual e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 441.

Choukr chama a atenção para a forma autoritária em que se apresenta o Código de Processo Penal e apresenta como uma prova inequívoca de suas conclusões a expressão “ordem pública” utilizada como fundamento para a decretação da prisão preventiva. Assevera que a expressão é vaga, sem referencial semântico, submetida “ao sabor de interpretações ocasionais, e que a jurisprudência, ao longo de toda uma vida de código, ainda não conseguiu padronizar”.¹⁹⁹

A prisão temporária não está prevista no Código de Processo Penal, mas foi criada pela Lei nº 7.960/89. Só tem cabimento durante o inquérito policial e não deve ser decretada de ofício pelo juiz, mas apenas por requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial. Tem prazo determinado, impondo a imediata soltura do preso quando se esgota. Em regra, o prazo é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, no caso de extrema e comprovada necessidade. Nos crimes hediondos e assemelhados (Lei nº 8.072/90), o prazo é de trinta dias, também prorrogáveis. Apesar de ter prazo legalmente estabelecido, pode ser revogada antes disso.

A prisão temporária tem lugar quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos suficientes para sua identificação e, ainda, se presentes fundadas razões autoria ou participação do agente nos crimes em que caiba a medida restritiva, relacionados na Lei nº 7.960/89. Se houver necessidade do acusado continuar preso após o esgotamento do prazo, a prisão temporária, por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, deve ser convertida em preventiva, se presente os requisitos que autorizam a medida.

Também nesse caso, Câmara defende que não se trata de uma medida tipicamente cautelar, mas subcautelar. Critica o caráter arbitrário com que essa medida se instalou no direito brasileiro, recebendo a chancela legal e judicial. Assevera que a legislação concedeu ao delegado de polícia um poder ilimitado, conferindo-lhe a condição de senhor do processo, e acrescenta que:

¹⁹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit, p. 17. Nota 18.

O controle judicial (ou autorização, como se quiser) da prisão não passa de mero paliativo à ignomínia, pois, é ressabido, para que veja a autoridade judicial obrigada a legitimar a cautela temporária basta apenas que o presidente do inquérito se mostre competente em sua argumentação retórica. Isso ressalta, ainda uma vez, a inexistência de uma fase contraditória, onde o acusado possa expor seus argumentos.²⁰⁰

Dado o seu caráter arbitrário, muitas discussões se levantaram a respeito da constitucionalidade da Lei nº 7.960/89. O tema, porém, em virtude de sua amplitude é digno de uma dissertação. Mas a questão é aqui trazida apenas no sentido de se reconhecer ao sujeito submetido à medida restritiva a possibilidade de produzir argumentos que reafirmem o seu direito à liberdade.

Indica a legislação que, tanto na prisão temporária quanto na prisão preventiva o juiz deve verificar se estão presentes os requisitos que autorizam a medida restritiva. Quando realizadas em fase de inquérito policial, é com base nos elementos contidos nos autos de inquérito que o juiz formará a sua convicção e fundamentará sua decisão. Assim, a representação da autoridade policial e a promoção ministerial devem ser fundamentadas, pois o indivíduo que sofrerá a medida restritiva tem o direito de recorrer da decisão judicial se entender que ela é incabível, podendo impugnar a argumentação utilizada e demonstrar as razões dessa contra-argumentação.

Câmara defende, ainda, a necessidade de se impor o contraditório às medidas de cautela que restrinjam a liberdade pessoal do iniciado. Essa providência permite um maior controle das atividades da autoridade policial, que ao representar pela decretação de uma medida cautelar procura legitimar sua atuação e subsidiar o juiz com elementos por ela mesma colhidos. Ainda que para decretar a medida constritiva, o juiz colha parecer do Ministério Público, a verdade é que tanto o promotor quanto o magistrado encontram-se normalmente muito afastados das investigações. Considerando um absurdo não se fornecer ao julgador nenhuma outra fonte de informação, entende ser fundamental conceder oportunidades ao “indiciado/acusado” para a produção de argumentos em favor de sua liberdade,

²⁰⁰ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. Cit, p. 160. Nota 42.

ainda que num momento imediatamente posterior a decretação da medida, se não for possível antes, quando o conhecimento prévio puder indicar a frustração de sua execução. Afirma, com o subsídio do magistério de Nappi, que tal atitude:

importará numa grandíssima prudência da parte da autoridade requerente da prisão, que, não querendo se ver desmentida pelas provas produzidas pelo custodiado, agirá sempre com mais cautela, de modo a não exagerar no exercício de seus poderes, hoje absolutos: antes de requerer a decretação da medida cautelar deverá investigar com determinação, robustecendo os elementos fáticos nos quais funda sua pretensão.²⁰¹

Além da prisão, chama-se a atenção para outra medida de cautela admitida no direito brasileiro. Trata-se da liberdade provisória.

Tome-se o magistério de Oliveira²⁰², para melhor compreender essa medida de cautela, contextualizando-a no sistema adotado pelo Código de Processo Penal, em 1941, classificando-a desde já como medida de natureza cautelar por impor ao indiciado, restrição de direito fundamental.

A prisão em flagrante tinha o efeito de antecipar o resultado do processo e fundava-se na presunção de culpabilidade e na presunção de uma fuga. Nos casos de crimes em que eram cominadas penas mais brandas, incorrendo em uma grande probabilidade de ao final do processo não se impor uma pena restritiva de liberdade, concedia-se fiança. Tratando-se de penas levíssimas, o réu livrava-se solto sem necessidade de recolher fiança. Da mesma forma, indicando alguma excludente de ilicitude, culminando o julgamento obviamente com a declaração de inocência, o acusado poderia responder em liberdade. A única modalidade de liberdade provisória era concedida mediante o pagamento de fiança, ou quando se verificava alguma das excludentes de ilicitude. Fora desses casos, o indiciado permanecia preso até o julgamento, numa demonstração clara da opção pela presunção de culpa.

²⁰¹ CÂMARA, Luiz Antônio. Op. Cit, p. 57. Nota 42.

²⁰² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit, p. 452-471. Nota 198.

Uma reforma promovida pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, permitiu que se concedesse liberdade provisória sem fiança quando o juiz verificasse a inoportunidade das hipóteses que autorizavam a prisão preventiva. Nesse momento, a prisão provisória passou a representar uma exceção no sistema processual, e estabeleceu o princípio da presunção da inocência, constitucionalizado em 1988, no inciso LXVI ao estabelecer que “ninguém será levado à prisão ou nele mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”, e nos incisos XLII, XLIII e XLIV, tratando das hipóteses de crimes inafiançáveis.

A liberdade provisória, nas modalidades com ou sem fiança, passou a representar um direito subjetivo do autor de crime e uma também uma medida cautelar restritiva de direitos. A fiança, conseqüentemente, é também é direito subjetivo do indiciado que tenha sido preso em flagrante e consiste no recolhimento de um valor como garantia de presença ao processo. Presente os requisitos que autorizam a sua concessão, impõe uma obrigação ou à autoridade policial ou à autoridade judicial, conforme a disciplina dos artigos 321 a 350 do CPP. Por outro lado, sua fixação e a imposição a seu recolhimento também a qualifica como medida de cautela, tendo em vista que a regra é o princípio do estado de inocência. Tem lugar nos casos de prisão em flagrante, permitindo ao preso que responda ao processo em liberdade desde que recolhido o valor fixado pela autoridade policial ou pela autoridade judicial, conforme o caso.

A fiança pode significar tanto uma restrição patrimonial quanto uma restrição de direitos, na medida em que exige do indiciado que recolha algum valor e, conseqüentemente, lhe seja imposta a liberdade provisória, como exceção ao direito de liberdade irrestrita.

O recolhimento da fiança tornou-se quase inócuo no direito processual penal, não desaparecendo por completo por sua utilidade no campo prático, pois nos casos de detenção ou prisão simples pode ser arbitrada pela própria autoridade policial. Por outro lado, nas hipóteses em que cabe à autoridade judicial o seu arbitramento, o procedimento não exige manifestação do órgão ministerial. Em ambos os casos, portanto, a restituição da liberdade é mais célere.

Com fulcro nos artigos 322 e 325 do Código de Processo Penal, a autoridade policial poderá arbitrar fiança nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, devendo considerar a situação econômica do réu. Embora a lei fixe limites máximos e mínimos, conforme a pena máxima estabelecida abstratamente ao delito praticado, o delegado de polícia terá que efetuar um raciocínio, devidamente demonstrado, realizando um ato de caráter decisório, ainda que provisório, pois se sujeita à apreciação judicial.

A legislação deixa uma margem muito grande de subjetividade permitindo que a autoridade competente possa tornar a medida insubsistente pela fixação de um valor muito superior às condições financeiras do preso, o que equivaleria a uma medida restritiva de liberdade. Justifica-se, portanto, o dever de fundamentação tanto da autoridade policial como da autoridade judiciária.

A fixação do valor da fiança acima do suportado pelo indiciado, tornando inviável que o indiciado permaneça em liberdade durante o procedimento investigatório equivale a negá-la.²⁰³ Esse ato pode ser revisado a qualquer tempo pelo juiz, mediante simples petição. Da mesma forma, se realizado pelo magistrado caberá *habeas corpus*, nos termos do artigo 647, V. do CPP.

Entendendo que deva ser estendido às medidas de cautela, Câmara defende que:

É fundamentalíssimo que seja implantado o contraditório, preferencialmente antes da decretação da medida ou, pelo menos, imediatamente após a sua adoção, oferecendo-se ao indiciado/acusado, assistido por advogado, oportunidade para que se produza argumentos em favor da manutenção ou devolução de sua liberdade.²⁰⁴

Afirma que a providência faria mais cautelosa a ação da autoridade policial, pois sua manifestação acerca da necessidade da medida estaria sujeita a ser desmentida pelas provas produzidas pelo custodiado. Acrescenta que o ato construtivo deve ser fundamentado. É certo que lei processual penal não permita uma discricionariedade

²⁰³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. Cit, p. 449. Nota 63.

²⁰⁴ CÂMARA, Luiz Antonio. Op. Cit, p. 57. Nota 42.

plena do juiz em relação a adoção das medidas cautelares. Tem o magistrado uma pequena margem de atuação, consistente na verificação dos pressupostos cautelares, previamente definidos pelo legislador, que permitam a adoção da medida constritiva.

Isso não implica numa desobrigação do dever de motivação e fundamentação por ocasião de sua manifestação a respeito da medida, não bastando uma vaga referência aos artigos de lei. O juiz deve explicitar as circunstâncias fáticas pelas quais entende que o caso se aplica à previsão legal, demonstrando as razões de seu convencimento.

Além da fiança, podem ser citadas outras restrições de caráter social e econômico, como é o caso das apreensões de objetos sobre os quais incide suspeita de ocorrência de crime, seqüestro e hipoteca de bens supostamente adquiridos com proventos da infração criminal, citados apenas como exemplo para não incorrer em delongas desnecessárias.

Abre-se um parêntese para mencionar um documento constrangedor expedido pela polícia judiciária, a FAC – Folha de Antecedentes Criminais, que além de acompanhar o inquérito, são solicitadas para admissão e assinatura de contrato de trabalho. Apresenta-se como documento de constrangimento social e com inegável repercussão financeira.

Depreende-se do preceito constitucional do estado de inocência que não pode qualquer informação a respeito de investigação criminal ou instrução judicial, que não seja o trânsito em julgado de sentença condenatória, ser utilizada em prejuízo do acusado, que ainda não teve sua culpabilidade formada. A realidade do mundo fático, entretanto, é bem diversa.

Dirigindo-se ao órgão responsável pela expedição desse documento, havendo registro de algum inquérito ou ação penal contra si, o indiciado é constrangido a apresentar uma comprovação do estado do processo para obter o documento a que tem direito. Observa-se a inversão de valor nesse procedimento. O preceito constitucional do estado de inocência ou da presunção da não-culpabilidade indica

que o agente deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Também o sistema processual brasileiro estabelece a acusação deve provar a incidência da materialidade e à autoria do delito, além do elemento subjetivo, isto é, do dolo da ação ou do elemento normativo, ou seja, a culpa. Isso tudo em processo judicial dialético, com incidência do contraditório. Na prática, porém, o acusado é compelido a demonstrar em qual fase se encontra o procedimento que lhe atribuiu a condição de sujeito passivo no sistema criminal. Não basta, inclusive, a apresentação de uma certidão de “nada consta” expedida por órgão jurisdicional.

Chama-se ainda a atenção para o fato de que outra função não tem se não a de constranger o indiciado quando se exige a apresentação de uma Folha de Antecedentes Criminais expedidos pela polícia judiciária. As informações da polícia judiciária, em tese, só interessariam ao indiciado e às autoridades policiais, mas são indiscriminadamente exigidas pelas empresas em seus processos admissionais.

Somado a isso, não obstante o código discipline um tempo de existência do inquérito policial, esse tempo, especialmente nos casos de indiciado solto não tem sido prolongado até a prescrição do delito. Dessa forma, há indefinição muito extensa quanto ao tempo em que o indiciado ficará exposto à decretação de medidas restritivas. E exatamente por esse motivo, o inciso LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 e que trata do tempo de tramitação do processo em âmbito judicial ou administrativo, deve ser considerado também no inquérito policial, devendo-se entender ainda mais uma vez o processo em seu sentido lato, a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais, nesse caso representados pelo direito de pedir arquivamento do procedimento investigatório, ou pelo menos da modificação da condição de indicado. Se com razão não se deve expor o acusado a uma indefinição processual que se prolongue no tempo, num procedimento que reconhecidamente pode participar de forma efetiva e plena, com muito mais razão não se deve prolongar a condição de indiciado em um procedimento administrativo, potencialmente apto a restringir-lhe direitos.

Por tudo que foi exposto, é possível reconhecer que existem razões políticas e democráticas que justificam a participação do indiciado no inquérito policial.

7.3 AS RAZÕES POLÍTICAS E DEMOCRÁTICAS

Além de conter uma potencialidade de repercussão na vida patrimonial e na liberdade de locomoção, o inquérito policial reflete indubitavelmente na vida social do indiciado. Outra questão que se apresenta relevante é a formação da culpa.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida esclarece que o crime compõe-se de dois elementos: um sensível e outro corpóreo, chamado de corpo do crime ou corpo do delito; outro, incorpóreo, mas cujo conhecimento se pode chegar por dedução dos elementos que integram o corpo do delito. Trata-se da culpa em sentido lato, que determinará a ocorrência de culpa em sentido estrito ou do dolo. É o elemento subjetivo do tipo penal, cuja inexistência determina também a inoccorrência de crime. Explica que todos os aspectos sensíveis e que constituem corpo de delito evidenciam não apenas os aspectos relativos à materialidade do crime, mas também à identificação do agente com vistas à sua responsabilização criminal. E nesse sentido, será considerada instrução criminal toda a atividade que concorre para a formação da culpa na consciência do julgador. O corpo de delito se apresenta, assim, como elemento da formação da culpa. Dessa forma, “instruir o juiz sobre o crime é, por provas, formar o corpo do delito e formar a culpa”.²⁰⁵

Não obstante, parcela significativa da doutrina²⁰⁶ não reconheça no inquérito policial essa função, é inegável a sua contribuição para a formação preliminar da culpa. Apoiando-se no magistério de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, para quem o inquérito policial “criou-se e existe no sistema de nosso Direito, em função da formação de culpa”,²⁰⁷ essa é a conclusão de Saad²⁰⁸, para quem as atividades desenvolvidas no inquérito policial estão voltadas para a propositura e recebimento da denúncia ou queixa e exprimem, portanto, atividade de formação de culpa.

²⁰⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 36-37. Nota 83.

²⁰⁶ Nesse sentido, entendendo que após a reforma processual a formação da culpa só se verifica no direito brasileiro na primeira fase dos crimes sujeitos ao plenário do Júri, Cf. MARQUES, José Frederico. Op. Cit, p. 209-212. Nota 6.

²⁰⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Op. Cit, p. 209. Nota 83.

²⁰⁸ SAAD, Marta. Op. Cit, p. 162. Nota 131.

Nesse sentido se posiciona Bozolo, defendendo que “a polícia judiciária está praticamente “formando a culpa” do indiciado, e a ele há de se aplicar o contraditório, e com muito mais razão, a ampla defesa”.²⁰⁹

Almeida, reconhecendo a importância destacada da defesa, na medida em que transcende os interesses do acusado para constituir a garantia de um processo justo e se apresenta como fator legitimador da jurisdição, declara que:

A partir do momento em que uma pessoa é suspeita da prática de uma infração penal e se instaura o inquérito policial, seu “*status dignitatis*” já está seriamente afetado e, de certo modo, ela já está condenada, não a cumprir uma pena, mas a amargar o dissabor da desconfiança de seus familiares, amigos e colegas de trabalho. E se tiver a ‘fortuna’ de ser uma pessoa conhecida e famosa, que mereça figurar nas manchetes de jornais, estará condenada antecipadamente por toda a sociedade. E a absolvição jamais extinguirá, embora possa amenizar, os danos morais e materiais sofridos.²¹⁰

Rovégno esclarece que a instrução criminal provisória que ampara à acusação tem sido chamada de formação da culpa, que não se confunde com o processo judicial de formação da culpa, denominado sumário de culpa ou sumário de pronúncia. Alerta que essas expressões, embora em desuso, serviram para fundamentar a linha de raciocínio de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, para quem o inquérito teria se convertido no sumário de culpa dos processos de competência do juiz singular, existente à época do Código de Processo Criminal do Império.²¹¹

A retomada da expressão culpa tem atualmente sua importância para compreender o sentido da expressão “acusados em geral” no Texto Constitucional. Isso porque para o cidadão comum não há diferença entre os vocábulos culpado, réu, acusado ou indiciado. Quando se é intimado a prestar esclarecimentos na Delegacia, o indivíduo se sente angustiado e essa angústia aumenta quando sob ele recai uma suspeição de autoria de um fato delituoso.

²⁰⁹ BOZOLO, Joel de Luna. Op.Cit, p. 514. Nota 151.

²¹⁰ ALMEIDA, Gevan. Op. Cit, p. 65. Nota 153. Nota 149.

²¹¹ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 306. Nota 74.

No ambiente constrangedor das Delegacias de Polícia associada à memória dos tempos de governos autoritários, o cidadão não sabe como se comportar. Não sabe se possui ou quais são os seus direitos. E se reconhece que os têm, sente-se impotente em exigí-los, pois normalmente se está diante de policiais que exibem suas armas e suas posturas intimidatórias.

É preciso reconhecer com coragem que os cidadãos sentem-se amedrontados diante de policiais. Tanto é verdade que é possível verificar o pavor em denunciar os abusos sofridos. Agentes que sob o pretexto de aplicação da lei a esta transgridem, confundindo-se em seus atos que não se diferenciam dos praticados por aqueles sujeitos de suas investigações. Essa realidade verificável na rotina policial em muito se assemelha ao processo inquisitório de fundo medieval, que busca a confissão a qualquer custo. A diferença é que enquanto na Idade Média constituía-se em procedimento legalmente instituído, na atualidade não passa de ilegalidade criminosa.

Lembrando a matriz constitucional que sustenta o processo penal brasileiro, Choukr defende que a fase prévia ao ajuizamento da ação penal exige mecanismos que modifiquem o *status* do sujeito passivo da investigação, transportando-o da condição de mero objeto para a condição de sujeito de direitos. Essa é a grande operação que se impõe pela orientação democrática trazida pela nova Carta Constitucional, que põe em relevo o valor da dignidade da pessoa humana. O investigado deixa de ser um indivíduo deixado para segundo plano diante do valor segurança social e passa a ser visto como integrante dessa comunidade social. E como membro dessa comunidade, passa a ter uma série de direitos e garantias reconhecidos na Constituição e em tratados internacionais assinados pelo Brasil. Essa mudança democrática exige o reconhecimento da existência do investigado como sujeito. “Quando o Estado se nega a reconhecer no investigado o ‘outro’ da relação persecutória, antes de proteger a cidadania da matriz acusatória, protege a si

mesmo, fomentando a falecida estrutura inquisitiva e o autoritarismo que a sustenta”.²¹²

Mesmo não sendo o objetivo dessa pesquisa a indagação sobre quem deva dirigir o procedimento de investigação, registra-se a necessidade de se envidar esforços para a mudança desse paradigma autoritário da investigação preliminar. Caso contrário, pouca diferença se verificará na mudança do sujeito que presidir a investigação. Mudam-se os atores, permanecem as práticas autoritárias. O autor de crime é sujeito de direitos, mesmo depois da condenação e, com muito mais razão, antes do decreto condenatório.

Assume importância, a condição do indivíduo como ser integrante da sociedade, exigindo que os direitos e garantias preconizados pelo constitucionalismo social, passem da retórica para representar uma realidade.

A democracia se apresenta como sistema político-cultural que revaloriza o homem e democratiza o processo penal, pelo fortalecimento do sujeito passivo da relação processual. O objeto primordial do processo penal, conforme menciona Lopes Junior, “é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetiva parte do processo”.²¹³

Não se deixar que o Estado de Direito, qualificado como democrático exatamente para afastar o sentido puramente formal, continue a ser visto “numa perspectiva a-democrática se não mesmo adversa à democracia”.²¹⁴

Conforme menciona Câmara:

... qualquer que seja a função exercida pelo Estado, só se terá exercício legítimo quando houver participação no procedimento (ao menos em potencial) de todos aqueles que podem vir a ser alcançados pelos efeitos do

²¹² CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit, p. 262. Nota 18.

²¹³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.11, n.43, p.378-396, abr./jun. 2003. p. 381.

²¹⁴ CAMARA, Luiz Antonio. Op. Cit, p. 29. Nota 42.

ato estatal produzido. Tal participação deve ser garantida, pois, em todas as três funções classicamente atribuídas ao Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional.²¹⁵

Da mesma forma que Câmara e Choukr, defende-se que é imprescindível a materialização da democracia e a efetiva adoção do estado Democrático de Direito, que não pode ficar circunscrita ao texto da Constituição. No entanto, ressalta-se o reconhecimento da possibilidade dessa efetivação com o material teórico-legislativo existente no direito brasileiro, requerendo tão somente uma mudança de eixo na atividade interpretativa e executiva dos instrumentos de efetivação dos direitos e garantias, que devem elevar o valor da dignidade do ser humano.

É por esse motivo que Lopes Junior defende a máxima eficácia do inciso LV, invocando-se a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, Destaca que o sentido de defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, mas admite que o contraditório nessa fase da persecução penal restringe-se a seu primeiro momento, por não existir uma relação jurídico-processual de estrutura dialética.²¹⁶

7.4 ASPECTOS QUE LEGITIMAM A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

Depois de se evidenciar aspectos que justificam a necessidade de participação do indiciado no inquérito policial, passa-se à análise dos aspectos que legitimam essa participação.

É perfeitamente possível reconhecer na legislação infraconstitucional uma conformação à Ordem Constitucional vigente a partir de uma releitura das regras processuais penais que se aplicam, por meio de uma interpretação sistemática, na fase administrativa da persecução. E para demonstrar o que aqui se afirma, serão

²¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. Cit, p. 53. Nota 71.

²¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.11, n.43, abr/jun.2003, p. 385-386.

retomados alguns pontos relativos à Carta Magna que, se não afirmam claramente, também não negam a possibilidade ou mesmo o direito à participação do indiciado em inquérito policial. Em seguida, passa-se ao estudo de normas contidas no Estatuto da Ordem dos Advogados que, à luz do espírito democrático da Carta Constitucional, também reafirmam essa possibilidade. E por fim, conclui-se o capítulo com uma releitura de algumas normas contidas no Código de Processo Penal vistas sob o império da nova Ordem garantística.

7.4.1 Aspectos Constitucionais

Iniciou-se o presente estudo com a recuperação da importância em se aplicar regras clássicas à interpretação ao Texto Constitucional. Nesse sentido, destacaram-se especialmente os métodos gramaticais, históricos e teleológicos e sistêmicos.

A seguir, destacou-se a importância da aplicação de conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais, chegando-se a afirmar ser esse, inclusive o grande problema a ser enfrentado na atualidade. Também se mencionou que há uma tendência a se evitar a declaração de inconstitucionalidade das leis, notadamente quando for possível uma interpretação conforme a Constituição.

A Constituição de 1988 trouxe sob o título “dos direitos e garantias fundamentais”, no artigo 5º, uma relação de preceitos que tem incidência direta no processo penal. O devido processo legal que, tratando-se de matéria penal passa a ser chamado por Tucci de devido processo legal penal²¹⁷, apresenta-se como garantia reconhecida constitucionalmente no inciso LIV. Associado aos princípios do contraditório e da ampla defesa procura dar efetividade a outros direitos também constitucionalmente reconhecidos, destacando-se o direito à liberdade de locomoção e de propriedade.

Pôs-se em evidência a importante atuação do Judiciário na interpretação dos princípios constitucionais, com o dever de conferir-lhes maior efetividade. Entretanto, ainda é muito tímida a postura da Corte Constitucional e, em alguns

²¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 67. Nota 50.

casos ela reafirma o autoritarismo estatal, restringindo a incidência desses princípios destinados a garantir efetivamente direitos fundamentais.

É o que se verifica na postura do Supremo Tribunal Federal, ao fixar o entendimento da:

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.²¹⁸

Embora as normas atinentes ao inquérito policial tenham sido recepcionadas pela Constituição de 1988, deverão sofrer uma nova leitura, principalmente por seu caráter instrumental qualificado, ou seja, por constituir “um instrumento do instrumento processo”. Caso se verifique uma modificação dos princípios e dos fins da nova Constituição, deve-se rejeitar o que José Carlos Barbosa Moreira chama interpretação retrospectiva pela qual se procura interpretar o texto novel como se ele nada inovasse, mas ao contrário, “que fique tão parecido quanto possível com o antigo”.²¹⁹

A garantia de assistência jurídica, pública ou privada, só pode ser compreendida como uma garantia técnica efetiva, não podendo exigir-se do advogado ou defensor público que assista passivamente aos atos praticados no inquérito, sem que possa se manifestar. Se dessa maneira fosse, não se poderia falar em garantia, mas numa mera formalidade inócua. Daí se afirmar que o caráter garantístico da Constituição de 1988 reclama uma reflexão calcada numa acepção assecutatória dos direitos fundamentais.

Para Morelo, a ausência de defesa na fase administrativa poderá repercutir desfavoravelmente na órbita de controle judicial. Por outro lado, a eficácia do

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de *Habeas Corpus*. HC 82.354, Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro. Paciente: Augusto Rangel Larrabure. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 10/08/2004. Publicado no DJ 02/09/04.

²¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit, p.152. Nota 24.

controle na fase administrativa é reforçada se observada de forma efetiva e plena as garantias do devido processo legal, entre elas a designação de um defensor de confiança.²²⁰ Adverte, porém, que o exercício da defesa requer a ciência e a oportunidade de participação, o que se faz por intermédio do contraditório.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa foram apresentados no artigo 5º, Inciso LV, dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais. De incidência incontestavelmente reconhecida na segunda fase do processo penal, ganharam uma maior amplitude no novo Texto Constitucional que estendeu sua aplicação a todos os tipos de processo.

Indica o preceito constitucional que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos **acusados em geral** são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e **recursos a ela inerentes**”. O grifo tem por objetivo retomar a análise dessas expressões na linha proposta nessa dissertação, consistente em conferir efetividade aos direitos e às garantias declaradas constitucionalmente. E exatamente por isso se reafirma que não existem palavras supérfluas no texto constitucional. Ao intérprete cabe desvendar o âmbito de incidência de cada uma delas.²²¹

Ainda que se entenda que acusado seja adjetivo utilizado para indicar a condição de réu em um processo penal, a expressão “em geral” não pode ser outro significado senão o conferir uma interpretação extensiva do vocábulo. Isso porque no imaginário popular, acusado é qualquer pessoa suspeita de crime, independente de ter contra si um processo criminal instaurado. Uma interpretação em sentido diverso vai de encontro ao espírito do legislador constituinte e aos anseios do povo brasileiro que, naquele momento histórico, esperava da Carta Democrática um amplo respeito aos direitos individuais e à dignidade do homem.

²²⁰ MORELO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 554-556.

²²¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 130. Nota 20. e COELHO, Mártires Inocência. Op. Cit, p. 129. Nota 22.

Por outro lado, para que a defesa em processo criminal seja ampla, nos termos do preceito constitucional, é preciso garantir os recursos a ela inerentes. Isso significa que considerando a defesa um direito exercitável apenas em fase judicial, é necessário que os recursos para que seja efetivamente exercida possam ser garantidos mesmo em uma fase anterior ao processo instaurado judicialmente.

Adverte-se, contudo, não ser essa a posição aqui adotada. Ao contrário, defende-se que a defesa pode ser exercida em fase administrativa sempre que o ato estatal for capaz de interferir, ainda que potencialmente, no direito de liberdade constitucionalmente garantido.

Obviamente que, esse direito amplo não chega a ser ilimitado e, se em algum caso, evidenciar um conflito aparente com outro direito também constitucionalmente garantido, deve o intérprete apoiado nos princípios de proporcionalidade e de razoabilidade, corrigir essa antinomia. No entanto, somente no caso concreto é possível que se verifique essa aparente contradição, uma vez que não há essencialmente uma contradição entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, impondo uma conclusão de que o indivíduo seja um inimigo da verdade a ser buscada na fase administrativa.

Requisito que se apresenta indispensável para o exercício da defesa é o conhecimento do ato sujeito à ação defensiva. Nesse sentido, destaca-se um elemento dos elementos do contraditório que é a ciência. A partir da ciência, o acusado, tomado em sentido *geral*, pode envidar esforços no sentido de reunir elementos que reafirme sua condição de inocente ou, pelo menos, que indiquem uma melhor conclusão a respeito da imputação que lhe é dirigida.

Lembrando que quase todos os países do mundo sofreram um processo de reconstitucionalização e que tiveram que conviver com uma ordem jurídico-infraconstitucional preexistente, Barroso afirma que essa convivência:

... gera um importante princípio, que é o da 'continuidade da ordem jurídica'. Ora bem: a ordem jurídica infraconstitucional é elaborada ao longo do tempo, no curso de muitas décadas, e espelha períodos históricos diversos, regimes políticos historicamente contrastantes e exigências particulares e contingentes de cada época. Pode parecer implausível a tarefa de encontrar coerência e sistematicidade em normas jurídicas

sujeitas a influências tão aleatórias e variadas. Essa tarefa, de fato, não se viabiliza se todas as normas, mesmo as anteriores à Constituição em vigor, não recebessem dela um novo fundamento de validade, subordinando-se aos valores e princípios nela consagrados. Só essa sofisticada operação de racionalidade pode conferir a um conjunto de remendos alinhavados ao longo do tempo um caráter unitário e sistemático.²²²

Chama-se, aqui, a atenção para o comando constante do artigo 20 do Código Processual Penal, de onde se extrai que “a autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou o exigido pelo interesse da sociedade”, que recebeu novo fundamento de validade a partir de 1988 e só pode ser interpretado em conformidade com essa nova Ordem Constitucional.

O inciso XXXIII do artigo 5º da Carta Magna preceitua que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, com ressalva para as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Não basta, portanto, uma argumentação genérica consistente na afirmação de ter o inquérito caráter sigiloso para impedir que o indiciado tome conhecimento de seu conteúdo.

A decretação de sigilo no inquérito policial deverá ser fundamentada. Essa fundamentação não pode se limitar a uma alusão ao interesse social ou conveniência da investigação. É imprescindível a identificação e a demonstração dos fatos concretos que motivam o reconhecimento desse interesse social ou da conveniência instrutória. Esse é o entendimento que se depreende do preceito contido no inciso XIV do artigo 7º, da Lei nº 8.906/94, que garante ao advogado o direito de examinar autos de inquérito policial. Tratando-se de lei posterior editada já na vigência da nova Constituição, não pode simplesmente ser ignorada. Antes, deve ser prestigiada, pois além de completar a organização sistemática da matéria, demonstra claramente a vontade do legislador de ver o sigilo para as partes como exceção. O interesse da sociedade, contudo, requer uma publicidade restrita aos interessados diretamente para que a imagem e a honra das pessoas sejam preservadas.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit, p. 137. Nota 20.

Impõe-se, então, uma leitura mais democrática e garantística do artigo 20, do CPP, em plena consonância com a nova Ordem Constitucional. A autoridade policial deve assegurar o sigilo para resguardar um outro direito garantido constitucionalmente, consistente na inviolabilidade da honra e da imagem, consoante preceitua o inciso X, do artigo 5º da Carta Magna.

É possível, no entanto, reconhecer a necessidade de decretar o sigilo do inquérito policial, preservando informações que se levadas ao conhecimento do indiciado, ou mesmo de outras pessoas que ainda não figurem nessa condição, poderiam frustrar as diligências policiais. Nesse caso, a decisão pelo sigilo não pode decorrer pura e simplesmente da natureza do instrumento que materializa as investigações policiais. Se assim fosse, o legislador não vincularia esse sigilo ao ato de uma autoridade policial. Por outro lado, tratando-se de ato administrativo, requer fundamentação, pois não tolera a ordem constitucional uma autoridade pública que não conhece limites em seus atos. E a conclusão diversa não se pode chegar, principalmente após a vigência da Lei nº 8.906/94, que será analisada a seguir.

7.4.2 O Estatuto da OAB

No artigo 5º, inciso LXIII da Carta Constitucional consta que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Inconcebível pensar que o legislador constituinte tenha imaginado que um advogado pudesse assistir passivamente ao preso, ou seja, tolhido no direito de exercer sua assistência técnica. Se assim fosse, o preceito constitucional não passaria de mera formalidade e, ainda, colocaria o advogado em uma condição de legitimador de possíveis irregularidades cometidas por autoridades. Forçoso, então, concluir que para que possa exercer suas funções deve-se assegurar ao advogado o acesso aos autos de inquérito.

Ao lado do Ministério Público, da Advocacia Geral da União e da Defensoria Pública o legislador considerou a advocacia uma das funções essenciais da justiça, declarando no artigo 133 da Constituição Federal que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Para desempenhar tão nobre função, a atividade advocatícia necessita de algumas prerrogativas, as quais foram disciplinadas na Lei nº .8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

No artigo 7º da referida lei, destacam-se alguns preceitos que indicam a possibilidade do advogado zelar pela defesa de seu cliente ainda na fase de inquérito policial.

7º. São direitos do advogado:

VI – ingressar livremente:

...

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional dentro do expediente ou fora dele e, ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

...

XI – reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

...

XIII – examinar em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos

...

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

Observa-se que no Estatuto da OAB, a restrição feita ao acesso do advogado somente se verifica por decretação judicial do segredo de justiça só se aplica aos processos, nada sendo mencionado em relação ao inquérito. Contudo, se no processo judicial que é público, a legislação admite a decretação do sigilo, com muito mais razão na fase administrativa, que ainda não se encontra sob a égide da

publicidade. Mas esse sigilo, repita-se, não decorre de uma suposta natureza inquisitória que só se justificaria num Estado autoritário. Deve, portanto, a autoridade policial ao reconhecer no inquérito a necessidade de sigilo pleno, motivar sua decisão fundamentando e demonstrando com argumentação razoável o que a levou a essa conclusão.

Sendo o inquérito uma peça informativa consistente numa garantia contra apressados e errôneos juízos, conforme se extrai da exposição de motivos do Código de Processo Penal, sua publicidade pode ser restringida não apenas para garantir o sucesso das investigações, mas para garantir um direito que ao lado da segurança social, merece igualmente ser protegido, que é o direito à honra e à imagem.

Reafirma-se, portanto que o artigo 20 do CPP deve ser interpretado conforme a nova ordem constitucional que garante aos acusados a plenitude de defesa e, ainda, guardando consonância com a Lei nº 8.906/94, que garante ao advogado acesso aos autos de inquérito.

A possibilidade de acessar os autos de inquérito policial permite que o advogado acompanhe os atos da autoridade policial, podendo representar junto ao seu superior hierárquico ou judicialmente a fim de corrigir possíveis desvios cometidos.

Além disso, o advogado poderá, a partir da análise minuciosa dos fatos apurados e consubstanciados nos autos do inquérito policial, construir a linha de defesa que pretende trabalhar. Pode também auxiliar nos trabalhos policiais, especialmente quando presente no fato delituoso alguma circunstância benéfica ao seu cliente, quer por tratar-se de atenuante quer por tratar-se de causa de diminuição de pena. O delegado de polícia não pode visualizar no advogado uma pessoa que trabalhe contra os interesses de sua função.

À autoridade policial cabe demonstrar a autoria no exato limite da culpa do autor. E para tanto, poderá contar com a valiosa colaboração do autor, pessoalmente ou representado por seu defensor, sem que isso contrarie a legislação processual vigente.

Registra-se, ainda, que a edição da Lei nº 8.906, se deu em meados do ano de 1994, ou seja, aproximadamente seis anos após a promulgação da Constituição atual, demonstrando claramente a tendência legislativa em conferir alguma participação do indiciado já na fase de investigação preliminar. Não deve, nesse ponto, a Suprema Corte ultrapassar seus limites constitucionais, substituindo-se ao Poder Legislativo. Ainda que se pudesse defender que a previsão constitucional contida no Inciso LV, do artigo 5º só devesse ser aplicada em sede de processo, judicial ou administrativo, excluindo desses conceitos o inquérito policial, por não ser nem processo administrativo nem judicial, não contém o preceito a proibição da incidência em fase administrativa da persecução penal.

É possível, então, reconhecer a possibilidade de participação, que não é constitucionalmente proibida. Ao contrário, é evidenciada em alguns preceitos constitucionais e reafirmada pelo Estatuto da Ordem dos Advogados. Além disso, como se verá em tópico seguinte, também é possível reconhecer em algumas passagens do Código de Processo Penal, visualizadas sob a ótica democrática e, portanto, com novo fundamento de validade, o direito de participação ao indivíduo sujeito à investigação criminal, já nessa fase primeira.

7.4.3 O Código de Processo Penal

Depois de colocar em evidência o preceito contido no artigo 5º, Inciso LV, da Constituição Pátria, para interpretá-lo no sentido de se reconhecer, sob o manto da expressão *acusados em geral*, o direito constitucional de participação do indiciado no inquérito policial, passa-se a análise de algumas regras contidas no Diploma Processual que revelam essa possibilidade, com destaque para as regras relativas às perícias e ao interrogatório que é o meio mais direto de participação do indiciado, incluindo-se reprodução simulada dos fatos e a acareações, finalizando-se com as medidas assecutórias.

7.4.3.1 *Direito de requerer perícias*

Em sua busca para o esclarecimento do fato delituoso, o delegado de polícia poderá realizar todas as diligências necessárias e admitidas em direito. Para isso deve respeito integral às regras constitucionais e às regras de processo penal.

Embora se defenda que a autoridade policial tenha certa discricionariedade, sua atividade deve ser respaldada pela atuação nos exatos limites legais. Entre as atividades que realiza na persecução do crime, consoante o preceituado no artigo 6º, inciso VII, deve determinar que se proceda ao o exame de corpo de delito e outras perícias.

As regras relacionadas às perícias estão distribuídas em vários dispositivos processuais. Defende Bozolo que “mais perfeita será a perícia quanto mais próxima do delito for realizada. Além disso, sempre há o risco de desaparecerem os vestígios, obrigando a realização do corpo de delito indireto”.²²³

Esclarecido outrora que o corpo de delito compreende todos os vestígios materiais deixados pela prática criminosa, o exame do corpo de delito constitui uma entre as perícias que devam ser realizadas, sendo destacada apenas, por ser obrigatória para as infrações que deixarem vestígios, nos termos do artigo 158 do CPP.

O artigo 14 do diploma processual prevê a possibilidade do ofendido ou seu representante legal requerer qualquer diligência, cujo deferimento ficará a juízo da autoridade. A parte final deste dispositivo pode representar uma grande ofensa ao princípio da ampla defesa, especialmente nas provas irrepetíveis, que pela própria natureza não podem ser repetidas em fase judicial. Assim, a negativa discricionária da autoridade policial pode representar uma restrição ao direito de defesa, necessário ao confronto judicial.

²²³ BOZOLO, Joel de Luna. Op. Cit, p. 513. Nota 151.

Observa-se, contudo, que os atos administrativos devem ser motivados. Assim, requerendo o indiciado a realização de alguma diligência, deverá a autoridade policial, de forma fundamentada, dar os motivos de seu indeferimento. Impõe-se o reconhecimento, portanto, do dever de fundamentação da autoridade administrativa, que não poderá, simplesmente e de forma arbitrária, furtar-se a determinar a sua realização, comportando-se como senhor absoluto que não encontra limites em sua atividade.

Não obstante, possa ainda a autoridade indeferir o pedido de realização de alguma diligência, extrai-se do artigo 184 que o exame de corpo de delito não poderá ser negado pelo juiz ou pela autoridade policial. Assim, diante da importância que assume o exame pericial de verificação e materialização do corpo de delito, nem mesmo a autoridade judicial poderá indeferir a sua realização.

Chama-se, ainda, a atenção para faculdade conferida ao indiciado de indicar os quesitos para a realização de perícias. O preceito, contido no artigo 176, consiste em um exemplo de possibilidade defensiva do indiciado e, embora se refira à parte, deve-se estender ao indiciado. Aliás, para Rovégno, diante da imprecisão do momento indiciatório, deve-se estender o conceito até mesmo ao mero suspeito da investigação criminal. Adverte, ainda, que essa possibilidade decorre da amplitude da defesa plena e, na necessidade da cautela especificada pela possibilidade de deflagração da ação penal e pela impossibilidade, em regra, de repetição das perícias na fase judicial.²²⁴

Cabe aqui uma ressalva a respeito da lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta a possibilidade de interceptação telefônica. Dispõe o artigo 8º, que o procedimento deva ocorrer em autos apartados, sujeitos ao sigilo das diligências, gravações e transcrições, cujo apensamento ao inquérito só pode se dar em momento imediatamente anterior ao relatório da autoridade policial. Note-se, portanto, que inviável seria a participação do indiciado nesse procedimento e qualquer indicação de quesito por ocasião de perícia decorrente da diligência, a

²²⁴ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 354-356. Nota 74.

exemplo da realização de exame para identificação de voz, deve aguardar o momento final do inquérito policial. Trata-se, no entanto, de uma exceção justificada pela possibilidade de frustrar-se a medida cautelar.

De regra, porém, deve-se reconhecer ao indiciado a possibilidade não apenas de requerer a realização de perícias, por disposição expressa no artigo 14 do CPP, como a possibilidade de apresentar quesitos por interpretação do artigo 176 do mesmo diploma legal, iluminada pelo cânone constitucional.

Mas, ainda nesses casos excepcionais, é possível que se reconheça a possibilidade de, finda a medida cautelar, comunicar ao indiciado de sua realização. Dessa maneira, se o indiciado poderá, ainda, prestar os esclarecimentos necessários, se quiser, para influir no convencimento do julgador quando este for decidir pela admissibilidade ou rejeição da inicial acusatória.

Nesse sentido, o magistério de Oliveira reconhece que:

determinadas medidas devem mesmo ser encetadas sem o conhecimento e sem a participação da defesa, sob pena de inviabilização completa da persecução penal. Mas a prova pericial deveria, sempre que possível, contar com a contribuição e a fiscalização da defesa, desde o início, para a garantia não só do contraditório, mas sobretudo da amplitude de defesa.²²⁵

7.4.3.2 Interrogatório

Compete à autoridade policial, nos termos do artigo 6º, inciso VII, ouvir o indiciado com observância, no que for aplicável, das disposições que versam sobre o interrogatório na fase judicial.

Conforme menciona Ferrajoli, é no interrogatório onde se manifesta e se medem as diferenças mais profundas entre os métodos acusatório e inquisitivo pré-moderno, ou

²²⁵ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli. Op. Cit, p. 363. Nota 198.

seja, nos termos em que se desenvolveu na justiça eclesiástica, pois volta-se para a obtenção da confissão por qualquer meio.²²⁶

Ainda que o Código de Processo, trate do interrogatório sob o mesmo título em que trata de provas, deve-se anotar que há uma antiga discussão a respeito da natureza do interrogatório do acusado. Sua localização no Código indica tratar-se de meio de prova. No entanto, considerando o direito ao silêncio, reconhecido constitucionalmente (CF, artigo. 5º inc LXIII), afastada está essa hipótese, pelo menos em plenitude.

Possuindo unicamente a natureza jurídica de meio de prova, ao interrogatório teria direito não apenas o indiciado, mas também a outra parte, tomada aqui em sentido processual. No entanto, essa não foi a orientação constitucional, que após 1988, tornou sem efeito a disciplina contida no artigo 194 do Código de Processo Penal, posteriormente revogado pela Lei nº 10.792, de 2003, garantindo-se ao acusado o direito de silenciar-se sobre circunstâncias que envolvem o fato delituoso que lhe esteja sendo imputado.

Para Oliveira, o interrogatório requer uma nova leitura que se apresente conforme a ordem atual. Sustenta que o interrogatório se insere fundamentalmente no princípio a ampla defesa. E, como meio de defesa e não de prova, indica uma faculdade, ou seja, uma oportunidade do réu para apresentar os argumentos que melhor lhe favoreçam, inclusive decidindo quanto à oportunidade de fazê-lo, já que garante o direito ao silêncio sem que isso lhe importe prejuízo.²²⁷

Sendo meio de defesa, e devendo a autoridade policial ouvir o indiciado, conforme a disciplina do artigo 6º do CPP, mais uma vez abre-se a porta legislativa para o reconhecimento do direito de defesa na fase administrativa da persecução penal. E essa afirmação é também reforçada pelo direito ao silêncio já nessa fase. Direito esse que deve ser cientificado antes da realização do ato. Uma interpretação

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 607. Nota 68.

²²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. Cit, p. 329. Nota 198.

contrária a esse entendimento, poderia conduzir ao absurdo de assistir a autoridade policial forçando o interrogatório a todo custo, inclusive com métodos de tortura. Essa não é, contudo, a orientação do direito vigente.

Anota Ferrajoli, que sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal o uso do poder de disposição para obter de qualquer modo a colaboração dos imputados e critica a influência do modelo americano que legitimou, a partir da reforma do Diploma Processual Italiano, a negociação o que resultou na corrupção da jurisdição, na contaminação dos procedimentos policiais e dos modos de investigação e juízo, levando a uma perda de legitimação política ou externa do poder judicial. Entende, que a única forma de erradicar essa prática, que vai de encontro ao modelo garantista e ao princípio que garante ao “acusado” de não produzir prova contra si, seria a absoluta proibição legal de se atribuir alguma relevância penal ao comportamento processual do imputado, inclusive na fixação judicial da pena.²²⁸

Pode-se dizer, que a Lei nº 10.792, de dezembro de 2003 introduziu uma pequena reforma no procedimento do interrogatório, ao estabelecer que o interrogatório se dará na presença do defensor do acusado. Tratando da fase judicial, a presença do defensor torna-se obrigatória. No inquérito policial, entretanto, ainda que não seja requisito obrigatório para a realização do ato, o indiciado tem o direito de se fazer acompanhar de seu defensor, assegurando-lhe, inclusive uma entrevista prévia.

Se o indiciado possuir advogado constituído, tem o direito de exigir que seu interrogatório se dê na presença deste. Se não possui advogado constituído por insuficiência de recursos e requerer a justiça gratuita, tem direito ao defensor público.

Note-se que ainda que não diga textualmente que o dispositivo se aplique à oitiva do indiciado em fase de inquérito, a essa conclusão se pode chegar pela leitura do inciso V, do artigo 6º, que manda observar ao ato, no que for aplicável, o preceituado

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 609-610. Nota 68.

para o interrogatório judicial. Considerando que aqui se defende uma leitura garantística do inquérito policial, a outra conclusão não se poderia chegar que não a da compatibilidade da ampla assistência jurídica na fase administrativa da *persecutio criminis*.

Por outro lado, tendo direito ao interrogatório e dele fazendo uso, o sujeito passivo da persecução penal pode esclarecer as circunstâncias que envolvem o fato criminoso. E isso resta claro pela leitura da parte final do artigo 188, conferindo às partes - compreendendo o indiciado sem afastar a possibilidade de participação do Ministério Público - poderão esclarecer qualquer ponto ou fato que ainda se apresente obscuro, “formulando as perguntas correspondentes se entender pertinente e relevante”.

É inafastável o reconhecimento de que o interrogatório integra o direito de defesa, podendo inclusive o acusado permanecer em silêncio nas questões afetas tanto às circunstâncias que envolvem o fato delituoso quanto à sua participação e culpabilidade no evento, só se obrigando a responder às perguntas relativas a sua identificação pessoal. No entanto, também se reconhece no interrogatório um valor probatório, e apresentando-se, concomitantemente, como um meio de prova, ainda que limitado pela garantia do direito ao silêncio, sustentado pelo direito do acusado de não produzir prova contra si. Assim, o que o indiciado declarar espontaneamente poderá ser usado como meio de defesa, mas também poderá ser utilizado para a sustentação da acusação. É por isso que se tem defendido a natureza híbrida do interrogatório, constituindo tanto meio de prova quanto de defesa.

Interrogando o indiciado na fase administrativa da persecução penal, a autoridade policial pode colher elementos que, juntamente com os demais elementos de provas corroborados em juízo, podem influenciar na decisão do juízo, inclusive em benefício do réu. Nesse sentido, tem sido proclamada válida a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, letra “d”, do Código Penal, por ocasião de confissão colhida em inquérito policial, ainda que retratada em juízo, quando determinante para a condenação.

EMENTA. Habeas Corpus. Penal. Paciente condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, §2º, incisos i e ii, do CP. Erro na dosimetria da

pena. Concessão da ordem. Confissão na fase inquisitorial que, embora retratada em juízo, influenciou decisivamente na condenação do réu. Atenuante que deve ser aplicada. Precedentes desta Corte. Ordem concedida para anular a sentença e o acórdão condenatórios na parte relativa à dosimetria da pena, para que outra seja fixada com observância da atenuante prevista no art. 65, inciso III, letra “d”, do Código Penal.²²⁹

Rovégno anota que da proibição da condenação sem que seja ouvido o acusado decorre o direito de ser interrogado pessoalmente pelo juiz e também de ser ouvido pessoalmente pela autoridade policial, por ocasião da prisão em flagrante delito, uma vez que “o Delegado de Polícia, inegavelmente – e ainda que de forma precária, realiza julgamento de circunstâncias fáticas e de aplicabilidade legal de normas, para proferir decisão que opera grave restrição à liberdade individual”.²³⁰

Fixado, portanto, o entendimento de que o indiciado tem direito ao interrogatório, desde o inquérito policial, podendo, se assim desejar, ser ouvido na presença de seu defensor. Pode calar-se diante dos fatos que não deseja esclarecer naquele momento, por não lhe parecer oportuno. Mas pode também esclarecer as circunstâncias que apresentam, para si, mais benéficas.

Aponta-se o mesmo entendimento para as acareações e para a realização de reprodução simulada dos fatos em que se requeira a participação do indiciado. Sob o mesmo fundamento de não produzir prova contra si, o “acusado” não poderá ser obrigado a participar do ato de reprodução simulada dos fatos.

Assim, submetido ao procedimento de acareação, ou seja, ao confronto, “cara a cara” com alguma pessoa que tenha apresentado declarações divergentes do interrogatório, poderá, o acusado apresentar-se acompanhado com seu defensor e fazer uso de seu direito ao silêncio.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Julgamento de *Habeas Corpus*. HC n. 36.838/RJ, Impetrante: André Luiz de Félise Souza. Paciente: Gregori da Costa Rodrigues. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 19.10.2004. Publicado no DJ 16.11.2004 .

²³⁰ ROVÉGNO, André. Op. Cit, p. 260. Nota 74.

E nessa linha, entende-se própria a oportunidade de mais uma vez referenciar as reflexões de Ferrajoli, para quem pouco importa que o interrogatório judicial seja limitado mil garantias de defesa se não se admitir a intervenção do defensor desde o primeiro contato do “acusado” com a polícia ou com a acusação pública. Pouco importa, ainda, que a garantia constitucional do *habeas corpus* e o monopólio da autoridade judicial para questões de liberdade pessoal, se por ocasião das detenções policiais se praticam ilegalidades e se a própria lei confere amplos poderes à polícia para discricionariamente restringir a liberdade.²³¹

7.4.3.3 Medidas Assecuratórias

As medidas assecuratórias em processo penal estão disciplinadas nos artigos 125 e seguintes do diploma processual. São medidas cautelares de natureza patrimonial que, embora tratadas sob o título que tem como rubrica “questões e processos incidentes”, podem ser decretadas ainda no curso do inquérito policial. São medidas de natureza instrumental, uma vez que se destinam, em regra, a assegurar a efetividade de uma possível ação de ressarcimento ou de reparação de dano movida contra o ofensor ou de execução de sentença condenatória.

Anota Oliveira que nem sempre é possível particularizar o interesse da medida ou a destinação do bem.²³² Isso ocorre nas situações em que se evidencia a natureza eminentemente pública da medida, como no caso dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e dos crimes identificados como *lavagem de dinheiro*, disciplinados, respectivamente, nas leis nº 10.409/2002 e nº 9.613/98.

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 763. Nota 68. Tradução nossa: “Poco importa que en proceso penal el interrogatorio judicial esté limitado por las mil garantías de la defensa si después no siempre se admite [...] la intervención del defensor desde el primer contacto del sospechoso con la policía o con la acusación pública. Poco importa, finalmente, que a Constitución garantice, como principio, el *habeas corpus* y el monopolio exclusivo da autoridad judicial en cuestiones de libertad personal, si después las detenciones policiales se pactican ilegalmente o si, incluso, la propia ley confiere a la policía amplios poderes discrecionales para restringir la libertad.”

²³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. Cit, p. 276. Nota 198.

Três são as medidas assecuratórias tratadas pelo Código de Processo Penal: o seqüestro, o arresto e a hipoteca legal. Enquanto o seqüestro recai sobre bens móveis e imóveis relacionados à prática criminosa, o arresto recai sobre os bens móveis de propriedade do agente.

O artigo 137 do CPP contém uma impropriedade terminológica, empregando o termo seqüestrados quando quis referir-se a objetos sujeitos ao arresto. Para corrigir essa imperfeição técnica, tramita do Senado o Projeto de Lei nº 5.350/2005, de autoria do senador Marcelo Crivella (PL-RJ), para alterar os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do Decreto-Lei nº 3.689, de três de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para substituir a expressão "seqüestro" por "arresto", com os devidos ajustes redacionais.

Aqui se restringirá a atenção para a possibilidade de atuação defensiva no procedimento de seqüestro. Essa atuação, diferentemente de outras medidas tomadas no curso do inquérito instaura verdadeiro procedimento judicial, permitindo a interferência não apenas do acusado, mas também de terceiros que poderão ser afetados com a medida restritiva.

Dispõe o artigo 129 do Estatuto Processual que o seqüestro deve ser autuado em apartado, com a possibilidade de oposição de embargos por terceiros. Admite, ainda, em artigo seguinte, embargos do próprio acusado quando o argumento se fundar no fato de não terem sido os bens adquiridos com o provento da infração, ou por terceiros que adquirirem o bem de boa-fé e a título oneroso.

Registra-se, ainda, o preceito contido no artigo 131, determinando o levantamento da medida se a ação não for intentada no prazo de sessenta dias contados da data da conclusão da diligência ou, ainda, se for efetuado depósito por terceiro, de caução idônea a aplicação dos efeitos da condenação – artigo 91, inciso II, alínea *b*, do CP.

7.4.4 Ainda algumas considerações relevantes

Ao contrário do que se tem propagado há muito tempo pela doutrina conservadora, o procedimento investigatório não é incompatível com a participação do investigado. Admite a legislação brasileira, em alguns casos que, antes da regular admissão da peça que inaugura a fase processual, o acusado possa se manifestar, de forma a produzir uma defesa antes da instauração da ação penal, a fim de prevenir um processo temerário.

Nos processos de julgamento dos crimes de responsabilidades dos funcionários públicos, por exemplo, em se tratando de crimes afiançáveis, o juiz, antes de receber ou rejeitar a peça acusatória, deve notificar o acusado, para responder por escrito às acusações que lhe são imputadas. É o preceito que se extrai do artigo 514 e 516, do CPP.

Por outro lado, a Lei nº 6.815, de 1980, ao tratar da expulsão de estrangeiro, em seu artigo 71, parte final, menciona que o inquérito para expulsão de estrangeiro será sumário, “assegurado ao expulsando o direito de defesa”. O Decreto nº 86.715/81, regulamentado a Lei nº 6.815/80, estabelece que compete ao Departamento de Polícia Federal, por determinação do Ministro da Justiça, instaurar inquérito para a expulsão de estrangeiro, iniciado por Portaria. Deve o estrangeiro ser notificado da instauração do procedimento administrativo e da data e horário do interrogatório, declinando o nome de seu defensor e, se desejar, indicar as provas que pretende produzir. Tratando-se de procedimento sujeito ao julgamento do Presidente da República, não se está, obviamente, relacionado ao procedimento judicial. Esse não é, porém, um fato relevante tendo em vista o entendimento de que o preceito contido no inciso LV, da Constituição Pátria estendeu os princípios do contraditório e da ampla defesa não apenas aos processos administrativos e judiciais, mas como já se defendeu, a todos os eventos que coloque o indivíduo na condição de *acusados em geral*. É inegável, portanto, a demonstração de que quis o Legislador Constituinte conferir ao termo uma ampla acepção, optando por evidenciar seu interesse pela interpretação extensiva do preceito.

Não é de causar estranheza essas passagens legislativas, pois o próprio inquérito policial, a época de sua criação, já fixada a possibilidade de participação do indiciado, conforme parágrafo 7º do artigo 42, do Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871.

42 – ...

...

7º Todas as diligências relativas ao inquérito serão feitas num prazo improrrogável de cinco dias, com a assistência do indiciado delinqüente, se estiver preso, podendo impugnar os depoimentos das testemunhas. Poderá também impugná-los nos crimes afiançados, se requerer sua admissão nos termos do inquérito.

...

8 CONCLUSÃO

Relacionando alguns incidentes que na primeira fase da *persecutio criminis*, se apresentam aptos a afetar o patrimônio jurídico do sujeito passivo da persecução penal e, por isso mesmo, de necessária incidência do direito à defesa, passou-se à análise de dispositivos legais que permitem o reconhecimento da constitucionalidade de participação do indiciado no inquérito policial.

Retoma-se aqui a reafirmação da importância dos direitos humanos, que a partir da constitucionalização passaram a ser chamados de direitos fundamentais. Essa importância se verifica não apenas sob o aspecto do reconhecimento desses direitos pelo Estado, mas pela necessidade de garanti-los.

Estabelecida a Nova Ordem Constitucional, fundada na democracia e na busca da efetividade e da eficácia dos direitos fundamentais, verifica-se uma tendência em concentrar esforços numa reforma legislativa infraconstitucional. A efetivação dessa reforma infraconstitucional, ainda que por vezes necessária, se arrasta por muito tempo. Foi o que aconteceu com o Código Civil atual, que não obstante em discussão desde o ano de 1975 só fora publicado em 2002. Muito menos dispendioso e extremamente necessário é reconhecer que as normas existentes e recepcionadas pela nova constituição sejam interpretadas sob um novo fundamento de validade. Nessa proposta, ressalta-se a importância de interpretação constitucional que objetive conferir a maior amplitude possível aos direitos garantidos constitucionalmente.

A Constituição de 1988 apresenta um extenso rol de garantias de cunho processual, com vários dispositivos relacionados ao processo penal. O processo penal foi profundamente afetado por essa nova Ordem Constitucional, passando a exigir uma releitura da legislação infraconstitucional, enquanto não acontecer, e ainda se não acontecer, uma reforma.

Em um sistema constitucional fundado no valor da dignidade da pessoa humana, o processo representa uma garantia na defesa desses direitos. Mas para que constitua efetivamente uma garantia, deve se apresentar envolvido pelo princípio do devido

processo legal, não apenas em seu sentido formal, mas também em sentido substancial, qualificado pelo adjetivo 'justo'. O processo justo representa um modelo institucional que sustenta as garantias endógenas e exógenas do processo e envolve os aspectos formais e substanciais capazes de interferir na jurisdição.²³³ Assim, o devido processo legal se apresenta como integrante do processo justo. Enquanto aquele está ligado aos aspectos formais, o processo justo procura observar os aspectos substanciais procurando humanizar o processo, ou seja, procura colocá-lo, de forma eficaz, a serviço da promoção da dignidade humana.

O devido processo legal, considerado como um princípio maior, contém vários outros princípios, dentre os quais podemos citar os princípios de acesso à jurisdição; do juiz natural; da vedação do estabelecimento de tribunal de exceção; da isonomia processual; do contraditório e da ampla defesa; da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito; da motivação e da publicidade dos atos processuais e; mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº 45, do prazo razoável de duração do processo.

Com a atenção direcionada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, relacionados no inciso LV, do artigo 5º do Texto Constitucional, defende-se a importância de não submeter as regras garantidoras dos direitos fundamentais, contidos no dispositivo constitucional, a uma interpretação restritiva.

O legislador constituinte deu status constitucional aos princípios do contraditório e da ampla defesa pela fórmula "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Quis, com o termo *acusados em geral*, ampliar o significado da palavra acusado para além do sentido técnico relacionado à condição de réu. Se for verdade que o constituinte tenha agido com a técnica dele esperada, não é possível entendimento diverso. O adjetivo *em geral* tem caráter ampliativo, alcançando processo judicial ou administrativo e, ainda, qualquer tipo de

²³³ GONÇALVES, William Couto; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. **O devido processo legal e o processo justo**. Pesquisa apresentada na Faculdade de Direito de Vitória, Vitória: 2005.

procedimento que possa levar o indivíduo à condição de acusado. Essa conclusão coaduna com o caráter popular da Constituição, que como texto básico e fundamental deve ser compreendido por todos aqueles que se encontram sob essa ordem jurídica.

“Acusado” é a pessoa que sofre a imputação de uma falta, delito ou crime, durante a investigação ou instrução criminal. Esse é o sentido amplo que se quis dar ao quando se empregou o termo “em geral”.

O próprio significado de culpa foi construído historicamente de forma ampla e anterior à fase judicial do processo, quando se admitiu que o processo de formação de culpa fosse dirigido pela polícia. Ainda que formalmente tenha se alterado essa conformação, não há como negar que a supressão de um juízo de acusação prévio em processos comuns, a exemplo do que ocorre com os crimes sujeitos ao Tribunal do Júri, transferiu para a polícia judiciária a responsabilidade de levar provas para que o magistrado se convença da justa causa para a acusação.

Em um modelo constitucional fundado no autoritarismo estatal, a exclusão da participação do indiciado nessa fase poderia até convencer. Mas o advento do Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade humana, impõe que ao investigado deve ser reconhecida a condição de sujeito de direitos, não mais se sustentando a condição de mero objeto de investigações.

Com suporte em Lopes Junior, conforme exposto no item 3.1, em abordagem sobre o indiciamento, é possível compreender que o processo penal apresenta como característica o escalonamento, permitindo o reconhecimento da forma gradual de imputação ao sujeito passivo, desde a fase pré-processual. Assim, O inquérito policial se apresenta como instrumento qualificado, ou seja, instrumento do instrumento-processo, compondo o sistema processual penal brasileiro, dividido em duas fases: administrativa e judicial.

Os elementos colhidos no inquérito policial quando aptos a deflagrar a ação penal ou mesmo para rejeição da relação processual servem tanto à acusação quanto à defesa e servem também ao juiz. Esses elementos além de ter a função de formar a

opinio delict autorizando o Ministério Público a promover a ação, poderão servir ao acusado que, no bojo das informações colhidas e materializadas no inquérito poderá encontrar elementos que sustentem um afastamento da acusação. Por outro lado, o próprio juiz, que naquele momento inicial do processo, não terá outros elementos além daqueles levados pelo inquérito para avaliar sua decisão de rejeição ou admissão da peça acusatória.

Além disso, a possibilidade de adoção de medidas restritiva de direitos, relativos à liberdade física ou patrimonial impõe a necessidade de motivação e justifica a participação do indiciado. No caso das medidas cautelares, com muito mais razão se justifica a ciência e a participação daquele que sofrerá a constrição. É certo que existem medidas que para alcançar o resultado que delas se espera, precisam ser realizadas sem que o investigado dela não tome conhecimento. É o que ocorre normalmente com os mandados de busca e apreensão, dos mandados de prisão e da autorização judicial para interceptação de telecomunicações. Se o conhecimento prévio daquele que deverá sofrer a medida puder potencialmente frustrar a sua execução, nada obsta que após a realização da medida restritiva, o acusado seja cientificado, inclusive para indicar os elementos que possam auxiliar na sua defesa.

Por óbvio, não se está desconsiderando a existência de situações que, normalmente, impõem o sigilo. O que se defende é que o sigilo, para o investigado, não é inerente ao inquérito policial. O sigilo é medida restritiva de direitos garantidos constitucionalmente. Diretamente, restringe o direito à informação e o direito de petição, contemplados respectivamente nos incisos XIV e XXXIV, do artigo 5º. Reflexamente, restringe o direito ao contraditório e à defesa ampla, contemplados no inciso LV do mesmo artigo. Essa medida restritiva requer fundamentação da autoridade policial ou da autoridade judiciária.

A defesa, que no direito brasileiro, pode ser direta ou indireta, também constitui garantias constitucionais. Essa compreensão retira do interrogatório a natureza puramente probatória, para garantir ao indiciado o direito ao silêncio. Optando, no entanto, por declarar, também exerce o direito de defesa. É possível reconhecer, portanto, o direito ao interrogatório não apenas na fase judicial, mas também no inquérito policial. A defesa indireta ou técnica é uma garantia que procura efetivar

de forma substancial o princípio da isonomia, possibilitando que as partes se apresentem em iguais condições técnicas para a efetiva defesa de seus direitos. A defesa técnica requer profissional habilitado, devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

O advogado, nos termos do artigo 133, da Carta Constitucional, é indispensável à administração da justiça. E para exercer a sua missão, foi editada a Lei nº 8.906/94 que lhe garante algumas prerrogativas, entre as quais, a de ter acesso aos autos de inquérito policial, conforme se depreende do inciso XIV do artigo 7º dessa lei. O referido artigo também contempla a possibilidade do advogado ingressar livremente em qualquer lugar que deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional.

O acesso aos autos de inquérito policial pelo advogado foi tema recentemente apreciado pela Primeira Turma da Corte Suprema que, em julgamento do HC nº 87.827-0/RJ, decidiu, por unanimidade, pelo reconhecimento do direito de acesso de advogados dos indiciados aos autos de inquérito policial, se justificando o sigilo decretado no inquérito somente para que o advogado apresente procuração do acusado provando que o está defendendo. Nas palavras do Ministro Relator, há uma clara distinção entre diligências em curso e documentação das diligências já concluídas. Estas últimas são incorporadas aos autos e podem ser acessadas pelo advogado. Observou, no entanto, que deve haver a conciliação dos interesses da investigação e do direito à informação do investigado no sentido de se preservar o sigilo das diligências ainda em curso.²³⁴

Não se reconhece, no relatório, o direito ao contraditório e à defesa na primeira fase da persecução penal, falando-se apenas em garantias fundamentais de assistência técnica e da prerrogativa de acesso aos autos de inquérito pelo advogado. Deve-se considerar, entretanto, que esses aspectos, ao lado do preceito contido no artigo 14,

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Julgamento de Habeas Corpus. HC n. 87.827-0/RJ. Maria Victória Hernandez e Outros e Relator do Habeas Corpus Nº 52.547 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/04/2006. Relatório disponível em <<http://stf.gov.br/imprensa/pdf/decisaohc87827.pdf>> Acesso em: 28/04/2006.

do CPP, garantindo ao ofendido ou seu representante legal e ao indiciado, o direito de requerer qualquer diligência no curso do inquérito são reflexos do direito de ciência, de participação e de defesa do indiciado em inquérito policial.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são distintos, mas são também complementares - o primeiro, indicando o direito à ciência e a prerrogativa de participação tanto da acusação quanto da defesa e o segundo, dirigido somente à defesa - e analisando o conjunto de dispositivos que indicam a possibilidade de incidência desses princípios já na fase administrativa da *persecutio criminis* não há como afastar a conclusão de que se deve interpretar de forma extensiva à expressão *acusados em geral* constante do inciso LV, da Constituição Federal e reconhecer a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, como direito fundamental.

Defende-se, portanto, que presentes os elementos que indicam a probabilidade de ter o sujeito praticado a conduta tipificada na legislação penal como crime, deve-se proceder ao formal indiciamento, notificando-se o indiciado dessa nova condição jurídica para que, se quiser, tenha acesso aos autos e possa requerer as diligências, conforme preceitua o artigo 14, do Código de Processo Penal. Cientificado, o indiciado poderá, inclusive, arrolar e pedir que sejam ouvidas testemunhas que puderem afastar a sua condição de indiciado. A realização dos atos não precisa ser comunicada a todo instante ao indiciado, mas este poderá a todo instante ter acesso aos autos, como reflexo do direito constitucional de petição. Contudo, embora não contemple a legislação uma disposição expressa, é de boa medida, a comunicação de encaminhamento ao magistrado, requerendo prazo ou já concluído.

Anote-se que a admissão da participação do indiciado no inquérito policial não transforma o delegado de polícia em juiz, mas possibilita a colaboração daquelas partes que possivelmente ocuparão os pólos da relação processual-judicial para um melhor acerto nas conclusões da autoridade policial, do juiz, e até mesmo do promotor de justiça.

Essa participação, que não obriga o indiciado, mas que lhe confere a oportunidade de exercício da defesa ampla, é perfeitamente admitida em fase de inquérito policial.

O indiciado poderá acompanhar e participar do inquérito se quiser, apontando as diligências que entender necessárias para exercício pleno da defesa. O direito a essa participação começa com o indiciamento formal e a respectiva comunicação ao indiciado.

Deve-se esclarecer que a pesquisa dirigiu-se mais a participação do indiciado que do Ministério Público, pois o promotor tem sempre a opção de retornar os autos de inquérito para a Delegacia, a fim de cumprir as diligências que julgar necessárias para formar sua opinião sobre o delito e sobre as condições que autorizam a propositura e sustentação da ação penal. Mas para dar o um cumprimento integral ao artigo 14 do diploma legal, deve-se notificar o ofendido e o representante do Ministério Público. O Promotor Público poderá atuar como fiscal da lei, como parte processual no caso de crime sujeito à ação penal pública e, ainda, como controlador externo das atividades policiais.

Note-se, inclusive, que a autoridade policial poderá indeferir, conforme parte final do artigo 14, a diligência requerida. Mas esse indeferimento deve ser sempre fundamentado e sujeito à apreciação judicial se abusivo. Ao se reconhecer essa possibilidade, nada se está criando nada de novo, pois essa possibilidade já é contemplada no Código de Processo Penal.

Nos casos das medidas cautelares, tratando-se de providência que pode vir a ser frustrada pela comunicação prévia ao indiciado, poderá ser realizada com excepcionalidade da regra de comunicação, mas sempre se deve dar a oportunidade ao indiciado, para que ele demonstre perante o magistrado a desnecessidade da medida, especialmente aquelas que puderem ser revertidas.

Afastou-se da corrente que critica a existência do inquérito policial e que defende uma reforma legislativa, optando-se por uma reflexão sobre o sistema processual penal estabelecido e o modelo garantístico estabelecido pela Constituição. Preferiu-se reconhecer na legislação existente as várias possibilidades de participação e atuação defensiva do sujeito passivo da investigação criminal, buscando sempre dar um novo fundamento de validade aos preceitos extraídos da legislação infraconstitucional, inclinando-se a uma interpretação conforme a Constituição.

Acrescenta-se para finalizar que, diante do sistema brasileiro, uma conclusão que se impõe independentemente de mudanças legislativas é a necessidade de democratização do inquérito policial e do reconhecimento da mais ampla participação possível do indiciado, guardadas as excepcionalidades que podem afastar essa possibilidade. Reconhecer essas exceções não implica na afirmação de que o inquérito consitui um procedimento inquisitivo por natureza, submetido a uma autoridade autoritária. Tratando-se de excepcionalidades, a restrição à ciência dos atos documentados no inquérito e a restrição à participação e à defesa nessa fase administrativa, necessitam de uma fundamentada motivação. É o que se extrai do reconhecimento de uma interpretação democrática do Texto Constitucional, fundado no valor da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no princípio da efetividade e na busca incessante de se conferir eficácia aos direitos fundamentais.

9 REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos: 1959. 477 p. v.1.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos: 1959. 514 p. v. 2.

ALMEIDA, Gevan Almeida. Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 549 p.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1973. 272 p.

ARANHA, Adalberto José Q.P. de Camargo. **Prova no processo penal**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. 259 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 477 p.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito Policial: doutrina, prática e jurisprudência**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2004. 222 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 645 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. 620 p. v.2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed.rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 175p.

BISSOLI FILHO; Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência Criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 230 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BOZOLO, Joel de Luna. A conservação do inquérito policial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: n. 791. p. 511-516, set-2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Julgamento de Habeas Corpus. HC n. 36.838/RJ, Impetrante: André Luiz de Félice Souza. Paciente: Gregori da Costa Rodrigues. Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 19.10.2004. Publicado no DJ 16.11.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento de HC 8466/PR. Impetrante: Ayrton Lopes da Silva. Paciente: Geraldo Cartário Ribeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Paraná. Relator: Min. FELIX FISCHER. Julgado em 20/04/1999. Publicado no DJ 24/05/1999.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Acórdão n. 1992.01.000250-0/RJ. Julgamento de questão administrativa em 05/05/1992. Ministro Antonio Carlos de Nogueira. Publicado no DJ em 01/07/1992.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Julgamento de Apelação 46964-8/MG. José Maria Goulart de Oliveira e Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 4ª. CJM. Relator: Ministro Antônio Carlos Nogueira. Julgado em 29/09/1993. Publicado no DJ 25/11/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus N. 86232/DF. Impetrante: Marcelo Leonardo. Paciente: Marcos Valério Fernandes de Souza. Coator: Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgamento em 05/07/2005. Publicada no DJ em 01/08/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus N. 88.553-5/DF. Impetrante: Roberto Teixeira. Coator: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 05/07/2005. Publicada no DJ em 01/08/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus. HC 74751/RJ. Impetrante: Carlos Frederico D'ávila Mello Portella. Pacientes: Luiz Henrique Fast Bolt e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 04/11/1997. Publicado no DJ 03-04-1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus. HC 86120/SP. Impetrante: Alexandre Gaiofatto de Souza. Paciente: Antonio Ary Martorellie outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 09/08/2005. Publicado no DJ 26/08/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus. HC 81648/SP. Impetrante: Celso Eduardo Mendes Gonçalves. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro ILMAR GALVÃO. Julgado em 23/08/2002. Publicado no DJ 23/08/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Habeas Corpus. HC 82.354, Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outro. Paciente: Augusto Rangel Larrabure. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 10/08/2004. Publicado no DJ 02/09/04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de Inq 2033/DF. Gloria Maria Guimarães de Pádua e Paulo Geraldo de Oliveira Medina. Relator: Ministro Nelson Jobim. Julgado em 16/06/2004 pelo Tribunal Pleno. Publicado no DJ 17-12-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Julgamento de Habeas Corpus. HC n. 87.827-0/RJ. Maria Victória Hernandez e Outros e Relator do Habeas Corpus Nº 52.547 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/04/2006. Relatório disponível em <<http://stf.gov.br/imprensa/pdf/decisaohc87827.pdf>> Acesso em: 28/04/2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. 532 p. v.1.

CAMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997. 184 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993 1228 p.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de processo penal**. 12. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 699 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **La ordalid y las pruebas em el proceso civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-américa, 1972. 482 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. tradução do Espanhol para Português de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Peritas, 2001. 460 p. v. 1.

_____. **La prova civile**. 2. ed. Roma: Dell' Ateneo, 1957. 323 p.

CARVALHO; Luis Gustavo Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. 2.ed. reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 175 p.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989. 356 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed.rev.ampl. e atual. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2001. 313 p.

_____.(Coord); AMBOS, Kai. (Coord.) **Polícia e estado de direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 201 p.

COELHO, Mártires Inocêncio. **Interpretação constitucional**. 2. ed.rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003. 176 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideú: B de F, 2002. 424 p.

CRISTOFOLINI, Giovanni. Poderes da parte e poderes do juiz, instrução do processo. In: **Processo oral**. Rio de Janeiro, Forense, 1940. p 177-180.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**: introdução ao direito processual constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1. 511 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. 495 p.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 695 p.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 178 p.

ECHANDIA , Hermando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Tomo I. 5.ed. BuenosAires, Zavalía, 1981. v.1. 782 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del galantismo penal. Tradução para o Español de Alfonso Ruiz Miguel e outros. Madri: Trotta, 2000. 990 p.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 491 p.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 7. ed.rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. 432 p.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001. 158 p.

GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 221 p.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 191 p.

GOMES, Luiz Flávio. As garantias mínimas no devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: ____ (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito brasileiro**. São paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 466 p.

GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 248 p.

____. **Uma introdução à Filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 216 p.

____; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. **O devido processo legal e o processo justo**. Pesquisa – Faculdades Integradas de Vitória, Vitória: 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 260 p. v. 1.

KFOURI FILHO, Abraão José. A Polícia Civil e sua institucionalização no direito brasileiro. In: MORAES, Bismael B (Coord). **A polícia a luz do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.25-33.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.11, n.43, p.378-396, abr./jun. 2003.

____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 347 p.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: n. 35. p. 24-67. jul/set de 1984.

MAIOR, Souto A. **História Geral**. 15. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. 476 p.

MARANINI, Giuseppe. Princípio dispositivo e princípio Inquisitório. In: **Processo oral**. Rio de Janeiro, Forense, 1940. p.171-175.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 520 p. v 1.

____. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva 1980. v. 1. 395 p.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 298 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16 ed. atual. por Renato N. Mirabete. São Paulo: Atlas, 2004. 849 p.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. 476 p. t.1.

MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil Império**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990, 80 p. (série princípios).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

MORAES, Bismael B. (Coord.). **A polícia à luz do direito: um seminário da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 141 p.

_____. (Coord.). **O papel da polícia no regime democrático**. São Paulo: Mageart, 1996. 108 p.

_____. (Coord.). **Segurança pública e direitos individuais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 100 p.

_____. **Artigos de polícia e direito**. São Paulo: Ibrasa, 1990. 154 p.

MORAES, Guilherme Braga Peña. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral**. São Paulo: LTr, 1997. 255 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo: n. 35, p. 178-184, jul/set de 1984.

_____. O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 304, p.151-155. 1988.

_____. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**. São Paulo: n. 41, p. 7-14, 1986.

MORELLO, Augusto. **El proceso justo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. 682 p.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 272 p.

NAVES, Cândido. **Impulso processual e poderes do juiz**. Belo Horizonte: [s.n.], 1949. 232 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 6. ed.rev., atual e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 759 p.

PASSOS, J.J. Calmon. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. **Revista Forense**. n. 351, Jul./Set./2000 v.351 p.107-116.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**: O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 421 p.

PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial. Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7621>>. Acesso em: 19/03/2006.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História resumida do direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, 147 p.

PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro**: período colonial. São Paulo: Bushatsky, 1973, 236 p.

PORTANOVA, Rui. **Princípio do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 308 p.

Processo oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940. 392 p. (coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros).

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 248 p.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 189 p.

REBELLO, Heribaldo. **Breves lições de direito judiciário penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, [19--]. 317 p.

ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2005. 381 p.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 404 p. (coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 9).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed.rev. São Paulo: Malheiros, 1995. 820 p.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2. ed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 301 p.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 416 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2003. 1033 p.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 315 p.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977. 453 p.

_____. **Comentários ao Código de Processo Penal**: art. 1º a 23. Rio de Janeiro: Forense: 1956. 442 p. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed. rev. e atual. Saraiva, 2004. 665 p. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 477 p.

_____. Polícia civil e o projeto de código de processo penal. In: MORAES, Bismael B. (Coord.). **A polícia à luz do direito**. São Paulo: 1991. p. 97-118.

_____. **Teoria do direito processual penal**: estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 256 p.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 158 p.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. Rio Grande do Sul. **Revista da AJURIS**. Ano XXXI n. 94. p. 107-110. Junho de 2004.