



O Advogado diante da Inquisitorialidade do Inquérito Policia

Cristiano Weber

CRISTIANO WEBER

O ADVOGADO DIANTE DA
INQUISITORIALIDADE
DO INQUÉRITO POLICIAL



2009

© Cristiano Weber – 2009
weber.cristiano@yahoo.de

Editoração: Editora Oikos

Capa: Marcelo Garcia dos Santos

Revisão: Inez Olinda Baraldi Vedovatto

Arte-finalização: Jair de Oliveira Carlos

Impressão: Rotermund

Editora Oikos Ltda.
Rua Paraná, 240 – B. Scharlau
Caixa Postal 1081
93121-970 São Leopoldo/RS
Tel.: (51) 3568.2848 / Fax: 3568.7965
contato@oikoseditora.com.br
www.oikoseditora.com.br

W373a

Weber, Cristiano

O advogado diante da inquisitorialidade do inquérito policial / Cristiano Weber. – São Leopoldo: Oikos, 2009.

128 p.; 14 x 21 cm.

ISBN 978-85-7843-079-5

1. Direito Constitucional. 2. Direito processual penal. 3. Persecução criminal. 4. Inquérito policial. I. Título.

CDU 342

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil – CRB 10/1184

“[...] pois nós não podemos
deixar de falar das coisas que
temos visto e ouvido.”

(Atos 4,20)

*Aos que lutam por um mundo
mais justo e fraterno.*

“Quando alguma Constituição,
ou alguma lei, entra em vigor,
o que mais importa do que feri-la
é interpretá-la, conforme os princípios
da civilização, em que ela se tem de
inserir e de ser aplicada.”

(Pontes de Miranda, *Comentários
à Constituição de 1967*)

NOTA DO AUTOR

Pouco antes da apresentação desta monografia, ocorrida em 27 de junho de 2008, surgiram algumas reformas legislativas no Código de Processo Penal, quais sejam: a Lei 11.719/2008 (que altera dispositivos relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos), a Lei 11.690/2008 (que altera dispositivos relativos às provas) e a Lei 11.689/2008 (que altera dispositivos relativos ao Tribunal do Júri). Porém, nenhuma delas trouxe uma mudança expressiva no sentido de comprometer a atualidade deste trabalho. Assim, o texto processual penal, no que diz respeito ao assunto desta pesquisa, pouco mudou.

Se houve alguma novidade relacionada ao tema, esta não derivou da última reforma processual penal, mas, sim, da recente Súmula Vinculante nº 14, que foi uma Proposta de Súmula Vinculante levada ao Plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Eis o seu inteiro teor: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*.

Tal decisão, proferida pelo Supremo, não surpreende, pois, há muito tempo, o STF já vem proferindo decisões que asseguram a efetividade da Constituição. E é exatamente este o objetivo do presente trabalho: realçar os direitos constitucionais, nada mais.

São Leopoldo, inverno de 2009.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
<i>Miguel Tedesco Wedy</i>	
APRESENTAÇÃO	11
<i>Pe. Luiz Fernando Medeiros Rodrigues, SJ</i>	
INTRODUÇÃO	19
1 UM BREVE HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	23
1.1 O SISTEMA COMO UM TODO	23
1.1.1 O sistema acusatório	25
1.1.2 O sistema inquisitório	26
1.1.3 O sistema misto	32
1.1.4 O sistema adotado pelo Brasil	35
1.2 A INFLUÊNCIA DO AUTORITARISMO NO INQUÉRITO POLICIAL	40
1.2.1 A gênese do inquérito policial	41
1.3 A FUNÇÃO DAS POLÍCIAS NO BRASIL	44
2 A PERSECUÇÃO CRIMINAL ATRAVÉS DO INQUÉRITO POLICIAL	49
2.1 O INQUÉRITO POLICIAL E SUA CARACTERIZAÇÃO .	49
2.1.1 O aspecto sigiloso	50
2.1.2 O aspecto inquisitorial	52
2.1.3 O aspecto sistemático e formal	53
2.1.4 O aspecto discricionário	53
2.1.5 O aspecto unidirecional	54
2.2 ÓRGÃO ENCARREGADO DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS	55

2.2.1 O controle externo da polícia judiciária pelo Ministério Público	63
2.2.2 A importância do procedimento policial	65
2.3 UM CÓDIGO DE CONDUTA POLICIAL	68
2.4 DIFERENÇA DE PROCESSO E PROCEDIMENTO	71
3 DA (IN)EXISTÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA NO INQUÉRITO POLICIAL	77
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO	77
3.1.1 Princípio do contraditório	80
3.1.2 Princípio do direito de defesa	87
3.1.3 Princípio da presunção de inocência	97
3.1.4 Princípio da publicidade	101
3.2 O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL	106
3.2.1 Atos investigatórios e atos instrutórios	109
3.2.2 A (ir)repetição dos atos probatórios	110
3.2.3 O advogado no inquérito policial	112
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	119

PREFÁCIO

O ato de prefaciara uma obra exige severidade e rigor. Mas, para muito além disso, impõe também um reconhecimento. A severidade e o rigor são qualidades de uma Academia séria e comprometida com os valores republicanos da democracia e da justiça social, como também com a formação integral da pessoa humana. E o reconhecimento se impõe também como um dever, quando se está diante de um trabalho sério e diligente.

O trabalho de Cristiano Weber acerca do “Advogado diante da Inquisitorialidade do Inquérito Policial” está “encharcado” dos valores acima referidos. Aborda o controvertido problema do inquérito policial e de toda a investigação preliminar, onde estarão as linhas limítrofes entre a investigação escorregada, republicana, equilibrada e aquilo que não é raro de se vislumbrar nos processos criminais: o abuso travestido de investigação. Para tentar apontar e desnudar tais linhas, Cristiano Weber arranca daqueles princípios fundamentais, que estribaram os procedimentos criminais ao longo da história: o inquisitivo e o acusatório. E não receia ou recua ante a dura necessidade de apontar as fragilidades e as vicissitudes do sistema de investigação preliminar brasileiro.

Mas Cristiano vai além e percorre, com segurança, o sinuoso trajeto acerca do sigilo do inquérito policial. Aqui, consegue o seu maior triunfo, o combate à *praxis* autoritária de negar o acesso aos autos da investigação ao advogado do suspeito. E o seu triunfo não é solitário, pois o acompanham sempre a doutrina mais amiga das garantias fundamentais e o Estatuto da Advocacia, que acabaram por conduzir o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante de nº 14, que dá ao advogado o acesso aos autos de investigação preliminar.

E Cristiano prossegue, asseverando a necessidade de se conceber, já na fase de investigação preliminar, uma aplicação, ainda que menos extensa, dos princípios do contraditório e da ampla defesa. E ele o faz com serenidade e perseverança, demonstrando, aqui e ali, a repercussão prática do desrespeito contumaz à adoção de tais princí-

pios também com relação ao material indiciário e probatório, coletado no inquérito policial, com a irrefreável fragilização das garantias fundamentais da pessoa humana, albergadas na Constituição Federal.

Só por isso, mas também por tudo isso, é que o trabalho de Cristiano Weber já merece respeito. Ao apontar um nódulo problemático relevante do sistema jurídico, que deita raiz nas tradições mais autoritárias da gênese do nosso País, Cristiano não se verga e aponta as alternativas. Alternativas que não são pueris ou desfocadas da realidade, mas “plenas de Constituição”.

O referido trabalho, por conseguinte, possui um incontestável vigor doutrinário e ético, incomum para uma monografia de conclusão de curso. Daí a relevância de se recordar o grau máximo que obteve por unanimidade, perante a banca examinadora.

É o início de uma trajetória. E o caminho será exitoso, com toda a certeza. Não apenas pela inteligência, humildade e retidão do jovem autor, mas em razão de ele não estar contaminado por aquela característica do homem moderno, a “fuga de pensamento”, como diria Heidegger. Cristiano é e será sempre “essencialmente pensamento”.

Agora, meu prezado Cristiano,
alea jacta est.

Miguel Tedesco Wedy

Coordenador do Curso de Direito da Unisinos
Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS
Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais
pela Universidade de Coimbra
Professor da Escola Superior da Magistratura
do Rio Grande do Sul – AJURIS
Advogado Criminalista

APRESENTAÇÃO

Na ordem jurídica de um país, o direito penal tem por fim a tutela dos valores considerados fundamentais por uma coletividade, os quais se convertem em bens jurídicos, e, de consequência, reprime atitudes e comportamentos, qualificados como reprováveis, que de alguma forma lesam ou colocam em perigo tais bens.

É sabido que o conteúdo do direito sancionador também se torna mutável. Atitudes consideradas delituosas em tempo e lugar perdem essa qualidade em outros tempos, em outros lugares e vice-versa. Por outro lado, a proteção penal versa não somente sobre bens materiais, mas também sobre os bens imateriais, tanto coletivos (como, por exemplo, a paz pública, a fé pública, o pudor público), como individuais (a vida, a privacidade, a honra, a liberdade, a integridade física, o direito ao culto religioso etc.).

No entanto, durante o regime feudal, não havia essa distinção de valores e bens jurídicos. As regras processuais adotadas tinham como base os costumes dos povos, tanto para questões civis, quanto para questões criminais. Geralmente, vigorava um sistema de tipo “acusatório”, segundo o qual o julgamento se limitava a um confronto, em termos de rigorosa igualdade, entre dois particulares, quer fossem nobres, quer fossem homens livres. Nesse tipo de sistema, para que o processo pudesse ser instaurado, era necessária a iniciativa da vítima. Presumia-se uma igualdade de direitos entre as partes, com instrução contraditória e pública, segundo rígidas fórmulas e costumes. Dessa forma, o processo era endereçado à satisfação do interesse individual da parte lesada, e não ao interesse público de repressão aos crimes contra a coletividade como tal. Isso se deve ao fato de que a noção de interesse público em punir os infratores ainda estava em formação. De consequência, o direito de acusação pertencia à pessoa lesada ou, caso esta tivesse morrido, aos seus parentes. Sem a presença material da vítima, queixando-se, o processo não podia ser iniciado.

O procedimento processual era público, oral e formalista. Fixada uma data específica, as partes adversárias compareciam pessoalmente perante a assembleia formada por seus pares, sob a presidência do senhor feudal ou de um representante seu qualificado. O acusador apresentava a sua acusação oralmente, observando rígidas fórmulas tradicionais da comunidade, para que a parte adversária tivesse a oportunidade de objetar a anulação da demanda. Na sequência, tocava ao acusado responder prontamente às acusações uma vez que o seu silêncio ou a sua hesitação corroboraria uma implícita admissão de culpabilidade, equivalente a uma confissão. A defesa geralmente consistia em negações exatamente ajustadas aos termos acusatórios, refutando a acusação palavra por palavra, de *verbo ad verbum*.

As partes litigantes, pondo as mãos nos santos Evangelhos ou em uma relíquia, deveriam prestar juramento de que tudo quanto diriam seria verdade. E, sempre que fosse possível, seriam acompanhadas por pessoas reconhecidamente fidedignas e virtuosas, para endossarem as respectivas posições. Esses eram os chamados *conjuradores*. A prova testemunhal, caso existisse, era igualmente formalista: as testemunhas depunham sempre oralmente, diante das partes e da assembleia, limitando-se a verbalizar certas fórmulas indicativas de que a razão estava com um ou outro dos adversários. Mais do que o conteúdo de suas declarações, o que realmente importava era o número de testemunhas concordes. As regras indicavam quantos depoimentos bastavam para que se desse como provado certo fato.

No caso em que os juramentos, por qualquer motivo, não fossem aceitos ou o número de testemunhas fosse considerado insuficiente, podia-se ainda recorrer a dois expedientes, oriundos do antigo direito germânico: o *duelo* e os *Judicium Dei* ou *ordálios*. Segundo as antigas consuetudes germânicas, o *ordálio* era um tipo de prova judiciária usada para determinar a culpa do acusado ou inocentá-lo por meio da participação de elementos da natureza, e cujos resultados eram interpretados como juízos divinos.

No *duelo*, acusador e acusado se enfrentavam fisicamente, reconhecendo-se razão àquele que vencesse. O *duelo* judicial a cavalo ou a pé, segundo a classe social das partes, podia durar até três dias. Após aquele período, o vencido perdia o processo. Era convicção de

que o mentiroso, conhecendo a própria culpa, também conhecida por Deus, lutaria com menor ardor, sendo, assim, facilmente derrotado.

Caso se considerasse inconveniente o recurso ao *duelo*, recorria-se aos *ordálios*. Se a parte acusada insistisse na sua inocência, ele era (às vezes, também as suas testemunhas) submetido a alguma prova que engajassem diretamente Deus no processo a fim de revelar a verdade. Tratava-se de submeter o acusado a uma prova de dor. Na Europa medieval, esse tipo de procedimento fundava-se na premissa de que Deus protegeria o inocente, por meio de um milagre que o livraria do mal causado pela prova (como Daniel na cova dos leões). Apesar de haver sido amplamente praticado durante a Idade Média, na Europa ocidental, o *ordálio* tem raízes muito antigas, em culturas politeístas e já se encontrava tanto no Código de Hamurabi e no Código de Ur-Nammu, quanto em sociedades tribais animistas, como o julgamento pela ingestão da *água vermelha* (fava-de-calabar) na Serra Leoa. Os métodos, portanto, variavam consideravelmente em conformidade com os lugares e os tempos, mas, via de regra, consistiam em provar o acusado no fogo, na *prova do fogo*, ou na água, *prova da água*. O fogo costumava ser reservado para testar acusados de origem nobre, enquanto que a água era comumente usada para os plebeus.

Na prova do fogo, o réu era obrigado a transportar uma barra de ferro incandescente. Cobriam-se as mãos feridas com cera, punham-se-lhes por cima linho ou estopa e, depois, se enfaixavam tudo com um pano. Transcorridos três dias, analisava-se o estado das mãos. Se as queimaduras tivessem desaparecido, o réu era considerado inocente; caso contrário, se as chagas infeccionassem, eram consideradas como prova de culpa, e o acusado era declarado culpado e imediatamente condenado. Equivalentemente ocorria com a *prova da água*: o réu devia submergir, por um tempo previamente fixado, seu braço num recipiente cheio de água fervente. A expectativa dos julgadores era de que o culpado, acreditando na intervenção divina em favor do inocente e por temor de suas consequências, preferisse evitar o tormento e logo confessar a própria responsabilidade, aceitando a punição para o seu crime. Caso o imputado fosse membro de uma classe nobre de muito alto nível, por exemplo, um príncipe ou um conde, era-lhe facultado indicar algum subalterno seu para substituí-lo nessas provas.

Em 1215, no IV Concílio de Latrão, o papa Inocêncio III proibiu que os membros do clero cooperassem com os julgamentos pelo fogo e pela água, substituindo-os pela purgação (uma mistura de juramento e testemunho). Assim, o recurso à prova do *ordálio* escasseou no final da Idade Média, para praticamente desaparecer no século XVI, sendo substituído pela confissão mediante alguma forma de tortura.

Nesse sentido, durante o regime feudal, no sistema processual conhecido como “acusatório”, os julgadores reduziam-se a meros árbitros, limitando-se a verificar a presença ou não de provas formais consideradas concludentes. O julgamento era imediato, oral e dele não cabia apelação. Reconhecida a culpa do réu, as sanções aplicadas eram normalmente de natureza patrimonial. Concomitantemente a esse sistema, foi-se estruturando a Justiça da Igreja.

Inicialmente, era voltada unicamente *ad intra*, para os membros do clero secular ou religioso. O eclesiástico que cometesse alguma infração devia purgá-la. A sua culpa infectava o inteiro corpo místico de Cristo, isto é, toda a Igreja. Por isso, a confissão da ação delituosa tinha um objetivo recuperativo, além de restabelecer a paz e a tranquilidade ao interno da comunidade eclesial. Assim, a característica que mais se acentuava era a disciplinar. E as regras ordenadoras para a apuração da verdade eram condizentes com tal objeto: a apuração dos fatos deveria ser tanto discreta, quanto secreta, para o bem do réu e, sobretudo, para evitar escândalo em toda a comunidade. A confissão do acusado, a sua admissão de culpa, tinha importância fundamental, visto constituir indício, senão prova, de arrependimento e suscitando esperança almejada de emenda.

Diferentemente do processo feudal, para se poder iniciar um procedimento processual, havia a necessidade de uma *denuntiatio* de qualquer membro da comunidade eclesial, leigo ou eclesiástico. Em seguida, porém, o direito canônico fixou o procedimento de ofício, segundo o qual a autoridade eclesiástica deveria iniciar as investigações dos presuntivos delitos, tão logo tivesse notícia de alguma irregularidade, sem esperar por uma denúncia ou provas formais. Também com o papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, em 1216, fixou-se o método da *Inquisitio*. No procedimento *per inquisitionem*,

permitia-se ao juiz, mesmo sem um acusador, que instaurasse um processo e colhesse livremente as provas necessárias para o estabelecimento de um julgamento.

Desse modo, nascia na Igreja o que mais tarde se chamaria de *sistema processual inquisitório*. Suas principais características eram: a autoridade dispunha de poderes para, de própria iniciativa, encetar uma investigação e ação penal; o juiz tinha liberdade para colher as provas que entendesse necessárias para o processo; o procedimento era secreto, cujo maior interesse repousava na extração de uma confissão do réu.

No que diz respeito ao direito comum, o empirismo da justiça feudal, com o seu sistema acusatório, se tornou, com o passar dos tempos, inaceitável. Essa atitude de intolerância teve como causas principais vários fatores: o crescimento das cidades que paulatinamente levou ao desenvolvimento das jurisdições municipais, com as próprias regras e outras formas processuais; o progressivo fortalecimento do poder central real, impondo-se inclusive na administração da Justiça; a aceitação por parte do rei de apelações de recursos, como meio eficaz para dominar as cortes senhoriais, levando à adoção de processos escritos e, conseqüentemente, de um *iter* processual documentado e burocrático, o que possibilitou que os juízes reais passassem a conhecer das causas *ab initio*.

Nesse ínterim, no século XII, os professores da Universidade de Bolonha ressuscitaram o direito romano, isto é, o direito imperial cristalizado no *Corpus Juris Civilis*, que havia caído em esquecimento. Essa retomada do direito romano rapidamente se difundiu por vários reinos europeus. Assim, contrariamente aos costumes feudais, rudimentares e não confiáveis, os juristas medievais encontraram no *Corpus Juris* um compêndio prático completo e coerente de normas seculares bem fundadas e organizadas. A dar mais peso à adoção do direito imperial, está a ideia de centralismo político, muito útil e conveniente numa Europa fragmentada que tendia ao predomínio do poder real.

Se, por um lado, o direito civil romano se apresenta como um conjunto de regras, fruto de uma longa evolução cuja qualidade alcançou altos níveis, por outro, o direito penal permaneceu sensivelmente inferior. Todavia, os juristas medievais adotaram ambos em bloco, para reformulação dos seus princípios e métodos judiciários.

A adoção desse direito representou um inegável avanço e progresso das regras jurídicas. Entretanto, o instrumento para a obtenção da verdade do réu continuava sendo a tortura. Doravante, toda instrução criminal, até o século XVIII, será marcada pela ideia de literalmente extorquir uma confissão do réu forçada pela dor, se necessário.

Com o tempo, fixou-se uma nova orientação na justiça criminal secular, na qual se mesclavam tanto a influência do direito canônico, quanto a do direito romano. Os estudiosos do direito assinalam que tal conúbio, juntamente com outros fatores, ajudou a dar início a um tenebroso período de *vingança pública*, calcado num *sistema inquisitório*, tal como existia na Igreja, mas com a incorporação do processo secreto e escrito, no qual a defesa do réu era praticamente inexistente ou fortemente cerceada e com fácil recurso à tortura.

No passado, o rei concentrava, em suas mãos, todas as funções: dele emanavam as leis, as quais ele aplicava, depois, administrando o reino; também ao rei cabia a função de julgar, pessoalmente ou por seus delegados, as violações daquelas mesmas leis. Essa concentração de poder trouxe como corolário um maior rigor na aplicação da punição dos crimes, considerados como inaceitáveis ofensas às ordens inquestionáveis do soberano, que as julgava. De consequência, o absolutismo real estendeu o alargamento do crime de lesa-majestade. Todos os comportamentos que questionassem, mesmo que infimamente, os interesses do monarca ou da sua corte de ministros, eram imputados como crimes contra a própria pessoa do monarca e, portanto, castigados com o máximo rigor, inclusive com o frequente recurso à pena capital. Isso era compreensível porque não havia o princípio, hoje tido como constitucional, da igualdade de todos perante a lei e a Justiça. Por expressas disposições legais, os cidadãos eram tratados em conformidade com os seus laços sociais, e, portanto, de maneiras diferentes no processo e nos métodos punitivos.

Difícilmente o nobre seria torturado. As penas executadas também eram diferentes para a plebe. A pena de morte, para a nobreza, consistia na decapitação, enquanto o plebeu era enforcado ou desmembrado vivo. As próprias leis indicavam sanções distintas conforme a categoria dos condenados. Também não havia os princípios de direito processual e de direito penal que a sociedade atual considera básicos, como por exemplo, a presunção de inocência, a indicação

expressa dos delitos considerados criminosos com as suas respectivas penas e as regras segundo as quais as autoridades devem pautar a investigação e o julgamento.

Dessa forma, passaram a coexistir três jurisdições penais: a central, exercida pelos juízes do rei; a local, das cidades, ou conforme os países, das regiões mais ou menos amplas; e a eclesiástica, restrita aos delitos relacionados com a vida da Igreja. Houve, entretanto, uma exceção na Europa ocidental: a da Inglaterra, que permaneceu imune ao direito romano. Ali, sobreviveu o sistema acusatório, com a publicidade dos processos, a oralidade dos contraditórios e com a instituição de um júri de pares, sem o emprego do recurso da tortura como regra geral para a obtenção da verdade.

Do século XIII ao XVIII, a justiça comum desconheceu quase que completamente todas as garantias individuais que permeiam as ordens jurídicas atuais. A tripartição política dos Poderes do Estado somente foi fixada nas ordenações constitucionais em fins do século XVIII, por influência de Montesquieu: o Estado para ser repartido nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual soberano e independente na sua esfera de competências. Isso propicia a liberdade da Justiça e permite também uma ação mais equilibrada e imparcial.

No direito moderno, uma ação penal se deve compor necessariamente com três personagens: o acusador, quase sempre representado pelo Ministério Público, o defensor e o juiz, ou juízes, equidistantes das partes, que presidem a colheita das provas por elas indicadas, proferindo, depois, a sentença. Além disso, vigora, na nossa sociedade, o princípio da publicidade dos atos públicos (no sentido de que as partes têm total direito de acesso a todos os atos produzidos e formalizados pelo Estado) e o princípio da plenitude de defesa, que de modo algum pode ser cerceado, sob pena de invalidar todo o processual.

É a partir desses princípios que Cristiano Weber questiona o papel do advogado diante da inquisitorialidade do inquérito policial. O jovem autor soube colher, de forma excelente, as várias posições, por vezes antagônicas, do debate hodierno sobre o papel do advogado na investigação preliminar. Assumindo corajosamente uma posição garantista, Cristiano retoma a importância de um debate que, há muito tempo, vem sendo questionado por alguns operadores do Direito. Tanto

assim que o STF se posicionou sobre a mesma temática, confirmando os aspectos garantistas que devem reger uma sociedade moderna. No entanto, devemos ter sempre presente que não basta construir jurisprudências e leis modernas se os indivíduos não forem educados para uma mudança que contemple os direitos inalienáveis de todos os membros da sociedade.

Pe. Luiz Fernando Medeiros Rodrigues, SJ

Doutor em História Eclesiástica pela
Pontifícia Universidade Gregoriana
Professor do PPG em História da Unisinos

INTRODUÇÃO

A discussão sobre o sistema repressivo está cada dia ganhando mais espaço.¹ Provavelmente, a explicação se dá pelo aumento da criminalidade, que não é mais um problema só dos grandes centros urbanos. O assombroso momento por que o Brasil está passando é motivo de séria discussão. A sociedade está se convencendo, cada vez mais, de que o Estado perdeu o controle da violência e não sabe como retomá-lo (se é que já o teve). Há até quem diga que, daqui a 10 anos, ter-se-á saudades dos tempos de hoje. Mas tudo isso faz pensar e repensar: Concentrar todas as forças que o Estado possui na repressão do crime vai acabar com o problema ou irá apenas gerar mais violência e desgaste?

Antes de qualquer coisa, cabe dizer que o grande responsável pela situação atual é o próprio Estado, devidamente representado, que, de forma (in)consciente, deixa de aplicar medidas sérias em políticas públicas como a saúde, a educação profissional, a geração de empregos etc. Então, tal lacuna simplesmente é preenchida com a fabricação de leis e mais leis, criando uma falsa impressão de que o Estado trabalha e se preocupa veementemente com o que vem acontecendo com a (in)segurança pública. Aí, também entra o papel da polícia, que, muitas vezes, é usada de escudo para governos fracassados, alimentando impulsivamente seu aspecto repressor. Nesses moldes, o Estado se mostra presente e onipotente, capaz de canalizar todo o seu poder em cima de qualquer suspeita que possa comprometê-lo politicamente.

O reflexo é visível. Basta analisar a ferramenta repressora mais utilizada, o inquérito policial. É por meio dele que a polícia judiciária

¹ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29.

reúne suas forças para investigar os fatos que corromperam a ordem jurídica, seja pela falta de elementos que pudessem contribuir com a prevenção, seja por momentos de inteira falta de lucidez do indivíduo envolvido. Assim, utiliza-se o inquérito policial como parâmetro deste trabalho de pesquisa por ser o instrumento jurídico mais empregado entre os meios investigatórios promovido pelo Estado, considerando que os mesmos fundamentos são aplicáveis a qualquer procedimento de investigação realizado por outros órgãos públicos que tenham tal atribuição.

A discussão proposta foi iniciada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em 1950, precursor e defensor da ideia de estabelecer, já na fase do inquérito policial, o direito de defesa. Tal provocação leva à seguinte reflexão: Será que o direito processual penal ainda deve ser visto como uma forma que o Estado possui de investigar e punir uma pessoa ou, sob um ponto de vista constitucional, deve ser também um instrumento que garante ao acusado meios efetivos de defesa?

De tal modo, muito se ouve falar, até num certo tom pejorativo, que o inquérito policial é “mero procedimento administrativo” e possui características inquisitoriais, portanto, não caberiam nele as garantias do contraditório e da ampla defesa. Porém, tal raciocínio não deve prosperar, sobretudo, num Estado Democrático de Direito, em que vive o Brasil, pois a pura inquisitorialidade, ainda prevista no procedimento investigatório, não é motivo plausível para romper as garantias que cercam o indivíduo investigado por suposta prática de um ato ilícito. Apesar de todas as crises, os tempos são outros, e a leitura do Código de Processo Penal deve ser feita conforme o texto constitucional, e não, o contrário. Destarte, as garantias impostas pela Constituição Brasileira devem ser exercidas desde logo, ou seja, já na fase da investigação policial.

Iniciar-se-á o tema através dos sistemas processuais penais que o direito percorreu, sendo que determinada avaliação histórica é de suma importância para a devida compreensão do sistema atual. Foi por meio das diversas mudanças que ocorreram ao longo dos séculos que a influência do autoritarismo penetrou nos códigos da época, e seus resquícios continuam, de forma muito intensa, nos textos atuais. Também, discorrer-se-á sobre os aspectos básicos do inquérito policial, quem é o responsável pela condução da investigação criminal e qual é o poder que

o Ministério Público tem sobre os atos da polícia judiciária. Não obstante as mais diversas discordâncias que dizem respeito ao procedimento policial, será demonstrado que sua função é significativa para o país, considerando que o Brasil possui uma extensão territorial muito diferente dos países da Europa, por exemplo. E, por isso, a polícia judiciária é a melhor indicada para agir nos rincões deste Brasil.

Também ocorre certa oposição ao exercício do direito de defesa no inquérito policial sob argumentos de que o inquérito não é processo, mas tão somente procedimento, eis que o texto constitucional (art. 5º, LV) fala em processo judicial ou administrativo. Ora, a expressão *processo* não soa como algo jurisdicionalizado? Tão logo, qual seria a interpretação mais adequada ao que o constituinte dispôs como *processo administrativo*? Da mesma forma, pode-se dizer que “investigado”, “suspeito”, “indiciado” ou “acusado” são termos que fazem parte daquilo que está expresso como *acusados em geral*. Portanto, ao final deste modesto trabalho, acolher-se-ão as ressalvas (que são relativas), possibilitando a existência da defesa técnica já na fase do inquérito policial.

1 UM BREVE HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

“Eles não terão medo de suas armas,
mas terão medo de suas palavras.”²

Karol Wojtyła

1.1 O SISTEMA COMO UM TODO

Antes de entrar na discussão sobre os Sistemas Processuais, não se pode deixar de definir etimologicamente a palavra *sistema*, que advém do grego (*systema – syn-istemi*) e significa conjunto, ordem, organização ou totalidade.³ O conceito de sistema foi tratado por Aurélio Buarque como o “conjunto de instituições políticas ou sociais, e dos métodos por elas adotados, encarados quer do ponto de vista teórico, quer do de sua aplicação prática”.⁴ Na mesma senda, Antônio Houaiss diz se tratar de um “conjunto de regras ou leis que fundamentam determinada ciência, fornecendo explicação para uma grande quantidade de fatos; teoria”.⁵

Camargo Penteado define sistema como uma “reunião de elementos que, potencializados pela conjugação de esforços, emprega meios determinados para a consecução de um fim comum”.⁶

Já Tércio Sampaio assinala os pensamentos de Immanuel Kant, classificando sistema a partir da “natureza ‘arquitetônica’ da ‘razão’ (*Vernunft*). Afirma que sistema é uma relação entre o todo e as partes,

² Diálogo extraído do filme *Karol: a história do homem que se tornou Papa*, sobre o regime autoritário que se instalou na Polônia, em 1939, após a invasão alemã, com apoio dos soviéticos.

³ PENTEADO, Jacques de Camargo. *Acusação, defesa e julgamento*. Campinas: Millennium, 2001. p. 2.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁵ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁶ PENTEADO, 2001. p. 3.

em que a retirada ou acréscimo de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade orgânica”.⁷

Ao tratar a teoria dos sistemas sociais, Niklas Luhmann explica que, “en general, se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características tales que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema. A veces, también se llama sistema al conjunto de dichas características”.⁸

Jacinto Coutinho trata o sistema como “um conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.⁹

Pontes de Miranda classificou sistema, especificando que juridicamente “são funções das formas e estados sociais”, inclusive, considerando como *incapazes* “os inaptos à vida prática dos sistemas”.¹⁰

O sistema jurídico brasileiro nasceu do direito romano-germânico, que sofreu a influência do direito canônico e, atualmente, está dividido em vários subsistemas, como o direito constitucional, o direito civil, o direito do trabalho, o direito penal, o direito processual, o direito ambiental, além de outros ramos.¹¹ Assim, ao longo da História, os sistemas evoluíram e estão presentes em todo conjunto que a sociedade tomou por base e desenvolveu. Os sistemas que aqui interessam, dizem respeito ao que há de mais remoto na legislação processual penal e perduram hodiernamente. Desse modo, é sabido que o sistema processual penal, por influência social, política, religiosa e econômica, ao longo do tempo, ultrapassou diversos estágios, sendo ora acusatório, ora inquisitorial e ora misto.

⁷ FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio.. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 12.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 27-28.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista da faculdade de direito da UFPR*. Curitiba, ano 30, nº 30, 1998. p. 165.

¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. p. 177.

¹¹ FRANÇA, Limongi R. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo, 1997. p. 191.

1.1.1 O sistema acusatório

O sistema acusatório teve o seu início na Índia, depois seguiu em Atenas e Roma, durante o período republicano, concebido na Antiguidade clássica. Durou até o século XII e, segundo Tourinho Filho, havia uma série de garantias a serem observadas, tais como o contraditório, a igualdade entre as partes, a publicidade dos atos processuais, permitindo, na maioria das vezes, o acesso às atas do processo a qualquer homem do povo. Além disso, pessoas distintas e independentes entre si eram encarregadas de acusar,¹² defender e julgar. Ao juiz não era dado o poder de iniciar de ofício o processo, pois a iniciativa cabia à parte ofendida e, também, prevalecia a oralidade e a formalidade.¹³ Segundo Hélio Tornaghi, a investigação preliminar era realizada pelo próprio acusador, que recebia do juiz um mandado para efetuar todas as diligências que considerasse necessárias para provar a infração. Observavam-se as características do sistema, *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*, ou seja, ninguém pode ser levado a juízo sem uma acusação.¹⁴ É importante frisar que, no sistema acusatório, o réu era presumido inocente até o julgamento final, inexistindo prisões cautelares, exceto para a execução da pena.

Pertinente é a colocação de Ada Pellegrini quanto à defesa do réu no sistema acusatório do antigo período republicano, sendo que, ainda na fase da investigação preliminar, o réu tinha assegurado o direito de acompanhar pessoalmente as investigações realizadas pelo acusador mediante um “*custos*, [...] a fim de controlar a legalidade de seus atos e de conhecer as suas investigações, com a finalidade de preparar a defesa”.¹⁵

Montero Aroca denomina o sistema acusatório e inquisitorial de “*la confusión conceptual*”, pois algumas doutrinas apenas os repetem sem nenhum senso crítico. Assim, alerta o autor, deve-se observá-los com ressalva. Para o jurista, não é possível distingui-los por

¹² Quanto à acusação, qualquer um do povo poderia fazê-la, tornando-se, na maioria das vezes, um instrumento de vingança.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 88. v. 1.

¹⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 3-4. v. 2.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 30.

suas características, pois o inquisitivo não se configura como um processo, apenas responde a um momento histórico em que os tribunais aplicavam suas penas.¹⁶

Ademais, o sistema acusatório já não satisfazia mais os cidadãos, pois se mostrava insuficiente, sendo que, na maioria das vezes, deixava impune os criminosos, desamparava os fracos, facilitava a acusação falsa, deturpava a verdade, impossibilitava os julgamentos pelo grande número de dúvidas, enquanto os criminosos ainda tinham a possibilidade de fugir durante o processo.¹⁷ A insatisfação fez com que os juízes atribuíssem a si mesmos a função privada de acusar, originando um órgão que acusava e julgava de ofício, introduzindo, inclusive, a tortura como meio de coagir e punir os criminosos daquela época. Aos poucos, foi se contornando um novo sistema, baseado em princípios totalmente contrários ao acusatório, influenciado pela Igreja e pelos tribunais seculares.

1.1.2 O sistema inquisitório

É o sistema que influenciou o processo penal brasileiro, sendo que suas características se mostram fortemente presentes nos atos pré-processuais e até judiciais. Isso, obviamente, inclui o inquérito policial.

¹⁶ Montero Aroca faz quatro observações às características do sistema acusatório e inquisitorial: “1º) El que la jurisdicción se ejerza hoy por tribunales populares (el jurado) o por jueces profesionales, no sirve, sin más, para calificar a un sistema de imposición de penas de acusatorio o de inquisitivo, pues existen muchos ordenamientos basados en el llamado sistema acusatorio y con sólo jueces profesionales. 2º) El que la acción penal sea o no popular o el que la tenga en exclusiva el Ministerio Fiscal o Público es indiferente para concluir que el sistema es acusatorio o no, por lo menos a riesgo de, siendo coherentes, tener que sostener que en la mayoría de las países no tienen un sistema acusatorio de aplicación del Derecho Penal, dado que en la mayoría el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, de la que están excluidos los particulares. 3º) La situación personal del acusado, en libertad o en prisión preventiva, no es elemento que lleve a calificar un sistema de acusatorio o inquisitivo; adviértase que si así fuera, el mero hecho de que el acusado se encuentre en una o outra situación cambiaría la naturaleza del sistema. 4º) La oralidad y la escritura son reglas configuradoras del procedimiento, de la forma de los actos procesales, y no se refieren a los principios o reglas de proceso, por lo que es perfectamente compatible un procedimiento escrito con un sistema acusatorio de aplicación del Derecho Penal” (AROCA, Juan Montero. *Principios de proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 27-28).

¹⁷ TORNAGHI, 1977. p. 5-7. v. 2.

Ada Pellegrini ensina que o “embrião” do procedimento inquisitório surgiu do modelo egípcio antigo, quando a administração da Justiça era confiada aos sacerdotes.¹⁸ A partir daí, é possível verificar que o sistema é mais antigo do que propriamente relata a doutrina usual.¹⁹

Hélio Tornaghi explica seu surgimento para substituir o sistema acusatório, pois, na maioria das vezes, deixava impune o delinquente devido às garantias que eram observadas no antigo processo acusatório.²⁰ Firmou-se, então, para acabar com a sensação de impunidade e perturbação da “ordem pública”.

O surgimento do regime inquisitorial, propriamente dito, ocorre em 1232, em Roma, quando o Imperador Frederico II, temendo as divisões internas de seu domínio, criou normas com o intuito de perseguir a heresia e acabar com ela. *Heresia* é uma palavra oriunda do grego que significa opinião, ideia ou prática, boa ou má, em todos os sentidos, seja ela política, filosófica, religiosa etc. Portanto, só podem ser heréticos, segundo Santo Tomás de Aquino, aqueles que têm inteligência e vontade de contrariar uma doutrina imposta.²¹

Em 1233, o Papa Gregório IX requereu à Igreja esta tarefa, pois receava que as decisões oriundas do império pudessem influenciar na propagação da doutrina católica. A Igreja acreditava que a heresia colocava em risco a salvação eterna, sendo considerada um crime hediondo e terrível,²² subdividindo-se, então, em dois subsistemas: o eclesiástico e o civil, sendo que o religioso marcou intensamente a História.

Instituíram-se, então, o Sistema Inquisitorial Romano e o Espanhol, que, mais tarde, proibiram a leitura de autores como Descar-

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 28.

¹⁹ Do mesmo modo, não se pode esquecer do regime que crucificou Jesus Cristo, que também foi vítima de um método inquisitivo em seu tempo.

²⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14. v. 1.

²¹ EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 13 e 37.

²² BOFF, Leonardo. Prefácio. *Inquisição: um espírito que continua a existir*. In: EYMERICH, Nicolau. p. 13. No mesmo sentido, MAIA NETO, Cândido Furtado. *Inquisição e justiça penal contemporânea: tribunais do Santo Ofício e as heranças da repressão. Estado democrático versus regime ditatorial*. Revista Prática Jurídica, ano III, n. 32, p. 16-26, 30 de nov. de 2004. p. 20.

tes, Locke e outros pensadores que incomodavam “os cristãos” daquela época.²³ O mesmo regime queimou Joana D’Arc e Giordano Bruno, perseguiu Martinho Lutero, Inácio de Loyola²⁴ e Galileu Galilei²⁵. Dessa forma, a preocupação da Igreja, na Santa Inquisição, era unicamente com sua imagem, pois não apresentava interesse nos problemas dos homens e mulheres, caracterizando um sistema fanático e neurótico.²⁶

Vários intelectuais, autoridades, pessoas importantes e inclusive religiosos da própria Igreja que não aceitavam a doutrina imposta ou manifestavam alguma ideia contrária foram perseguidos como hereges e sofreram com a tortura. Não havia idade para a aplicação da tortura e, além disso, antes do tormento, o réu era avaliado por um médico que diria aos inquisidores o quanto ele poderia suportar, além de assinar um termo, pois, se o réu não suportasse e morresse, a culpa não seria dos juízes. Isso demonstra o caráter autoritário imposto pelo regime.

Seguidamente ouviu-se falar, principalmente pelos mais sábios, que, se for o réu rico, ou se for importante, certamente não sofrerá as mesmas consequências que um pobre sofreria. Essa sensação de impunidade, esse tratamento diferenciado, corrupto, é tão remoto que acabou se enraizando no sistema atual, sendo que, naquela época, em 1376, Nicolau Eymerich²⁷ já orientava os juízes inquisidores no senti-

²³ NOVINSKY, Anita Waingort. *A Inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 55 e 82.

²⁴ Inácio de Loyola foi considerado um fugitivo da Inquisição espanhola pelo frei dominicano Tomás de Pedroche, pelo arcebispo de Toledo, Martínez de Siliceo, e também pelo frei dominicano Melchor Cano, pois, entre 1534-1540, fundava uma nova ordem religiosa – Companhia de Jesus – sem a aprovação da Igreja. Finalmente, em 1581, suas obras foram reconhecidas pelo Papa Gregório XIII, como o Colégio Romano denominado hoje de Pontifícia Universidade Gregoriana (IDÍGORAS, José Ignacio Tellechea. *Inácio de Loyola: a aventura de um cristão*. Tradução de Alda da Anunciação Machado. São Paulo: Loyola, 2001. p. 57 e 65).

²⁵ Após a revisão do processo, o Papa João Paulo II, em 31/10/1992, reconheceu o erro da Igreja no julgamento de Galileu (PAUL II., Johannes. *Ansprache von Johannes Paul II an die Teilnehmer der Vollversammlung der päpstlichen Akademie der Wissenschaften*. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1992/october/documents/hf_jp-ii_spe_19921031_accademia-scienze_ge.html> Acesso em: 26 abr. 2008).

²⁶ BOFF, 1993. p. 24.

²⁷ Nicolau Eymerich nasceu em 1320, na Catalunha (Espanha), frei dominicano, teólogo, jurista, foi inquisidor-geral e capelão do Papa Gregório IX. Em 1376, escreveu o *Manual dos Inquisidores*, revisado e ampliado em 1578 por Francisco de La Peña (doutor em Direito Canônico) para servir de exemplo aos demais inquisidores.

do de como proceder se o pecador fosse conselheiro ou outra pessoa importante.²⁸

No entanto, não há que se falar em direito de defesa no processo inquisitorial. A mesma instância, de ofício, era encarregada da investigação, acusação, julgamento e da punição, inexistindo, também, acesso às atas dos processos. O réu não tinha o direito de conhecer seus delatores, nem as testemunhas que confirmavam a acusação. Era tratado como simples objeto do processo, e não, como sujeito de direitos. O papel do advogado, que era um funcionário do tribunal, consistia apenas em fazer o réu confessar e arrepende-se, mesmo que fosse inocente, ato tido como secreto e escrito. A confissão era o principal objetivo do sistema inquisitorial. Era considerada a rainha das provas e, se o acusado não confessasse, era torturado até fazê-lo. Nicolau Eymerich assinala o crime de heresia como o “concebido no cérebro e que fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu”.²⁹

Foi na Europa que se deu o desenvolvimento do sistema inquisitorial, tratado por Faustin Hélie³⁰ como a semente do Ministério Público³¹. Na Espanha, por exemplo, instalou-se junto com a justiça comum, o Tribunal Católico denominado Santo Ofício, que, mais tar-

²⁸ Eymerich escreveu todas as orientações no seu manual para que nenhum inquisidor ficasse desamparado, deixando impune qualquer crime, entre elas: “Deve-se castigar, com rigor, o pecado de desobediência ao inquisidor. No entanto, quando se tratar de conselheiros e pessoas importantes, é melhor impor-lhes penas menos duras. Por exemplo, a doação de uma grande soma em dinheiro para a construção de um local para o culto, ou para outros fins, de tal maneira que o crime não fique impune e que as outras pessoas aprendam a ter medo. Porém, o inquisidor terá muito cuidado antes de punir: vai precisar constantemente dos poderes civis, cuja amizade e simpatia serão indispensáveis. Portanto, que os inquisidores consultem logo os grandes inquisidores e que se deixe, de preferência, a cargo do inquisidor geral, e até mesmo do Papa, a responsabilidade de resolver esses casos” (EYMERICH, Nicolau. *Directorium inquisitorium – manual dos inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 93).

²⁹ EYMERICH, 1993. p. 138.

³⁰ *Apud* PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 99.

³¹ O Ministério Público, segundo Marcellus Polastri Lima, surgiu aproximadamente em 1302, na França, por meio das *Ordenances*, conferindo aos *Procurateurs* atribuições semelhantes às dadas aos Promotores de Justiça de hoje (LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério público e a persecução criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-2).

de, se modernizou e passou a se chamar Sagrada Congregação do Santo Ofício e, logo depois, de Congregação do Santo Ofício. Naturalmente, a competência era cada vez menor, encaminhando-se para sua abolição em 1834.³²

Na Alemanha, editaram-se a *Constitutio Criminalis Bambergensis*, em 1507, e a *Constitutio Criminalis Carolina*, em 1532, ambas com forte influência inquisitorial, ou seja, como assevera Geraldo Prado, “trata-se do ingresso legal indiscutível da Inquisição na Alemanha e demais áreas de influência”.³³ Posteriormente, a *Ley Alemana de Enjuiciamiento Criminal*, em 1877, influenciada pelo modelo francês, superou a distinção entre modelo inquisitivo e acusatório, como afirma James Goldschmidt: “La forma acusatoria se manifiesta solamente en el juicio oral; el sumario es completamente inquisitivo”.³⁴

Montero Aroca, ao definir as características de um e de outro, destaca, num sentido idêntico, mas com ressalvas, que “el procedimiento del proceso acusatorio es oral, inmediato, concentrado y público, mientras que el procedimiento inquisitivo es escrito, mediato, disperso y secreto”. Critica, porém, a concepção de um e de outro, pois, para ele, o processo inquisitivo não deve ser considerado um verdadeiro processo, levando em consideração a falta de imparcialidade do julgador, enquanto o processo acusatório garante e exige a imparcialidade do juiz.³⁵

A França suportou as consequências do modelo inquisitorial, em 1254, quando Luis IX é ordenado com a influência do Direito Romano-Canônico.³⁶ Esse regime perdurou até a Revolução Francesa, em 1789, quando se desencadeou um novo processo político-econômico, constituído pelos princípios do fim de século e designados como liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, criou-se uma alavanca para o progresso social e político, por meio de outro sistema chamado misto ou eclético, muito distante daquele que se gostaria de ter, mas, para a época em

³² PRADO, 2001. p. 101.

³³ *Idem*, p. 101.

³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América. p. 115.

³⁵ AROCA, Juan Montero.. *Principios de proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 26-27.

³⁶ PRADO, 2001. p. 101-102.

que surgia, era muito bem-vindo, pois substituía em tese o regime autoritário, abolindo as torturas e exigindo sentenças motivadas, além de uma indenização pelos danos morais cometidos contra o acusado que era absolvido.³⁷

No Brasil, a Santa Inquisição instalou-se oficialmente em 1572, estendendo-se até a Independência³⁸ e, conforme Neusa Fernandes, “o Santo Ofício interferiu profundamente na vida colonial, durante mais de dois séculos, perseguindo portugueses, brasileiros, índios e africanos nos quatro cantos do Brasil”.³⁹

Para entender melhor as barbáries cometidas na Inquisição, nada melhor do que as palavras de Hélio Tornaghi, pois, segundo o autor, a Inquisição não fez nada além de seguir os costumes da sua época, restando apenas lamentar os abusos.⁴⁰ Da mesma forma, Michel Foucault aborda a tortura quando diz que sua prática “remonta à Inquisição, é claro, e mais longe ainda do que os suplícios dos escravos. Mas ela não figura no direito clássico como sua característica ou mancha”.⁴¹ Ou seja, ela já vem impregnada de um sistema acusatório falho, fracassado politicamente e que praticamente persiste.

A tortura já era repudiada por todos os que defendiam um modelo democrático, verdadeiramente cristão, que estivesse livre de qualquer influência medíocre e autoritária. Nesse sentido, no século

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86. v. 1.

³⁸ Ou melhor, até os dias de hoje, porém num aspecto “moderno”, ou seja, sem tortura, em tese.

³⁹ *Apud* CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 12.

⁴⁰ Tornaghi explica que “é preciso julgar o processo inquisitório (e os próprios tribunais de Inquisição) não com a mentalidade de hoje, mas com a da época. O contrário seria distorcer as coisas e incidir num anacronismo de funestas conseqüências. Especialmente no que diz respeito à tortura convém lembrar que se hoje ela repugna, naqueles tempos estava em perfeita consonância com a dureza dos homens. É possível que daqui a mil anos nos considerem bárbaros por sujeitarmos pessoas a tantos vexames num processo criminal (e por lhes impormos 30 anos de reclusão, com todos os seus consecutórios de abandono dos filhos, da mulher, de psicose carcerária, problema sexual das prisões, contaminação dos bons pelos maus etc.). No entanto, não há homem de bem que, atualmente, não encare tudo isso com a maior naturalidade. E é preciso não esquecer que a tortura não foi uma invenção do processo inquisitório. Ele já a encontrou com larga tradição entre todos os povos antigos” (TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 16-19. v. 2).

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 31.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 35.

XVIII, criava-se, na Europa, uma estratégia para abolir de vez a tortura. Tourinho Filho comenta a recusa de Montesquieu à tortura e sua postura favorável em relação à instituição do Ministério Público, pois esta acaba com os delatores.⁴²

Sob um ponto de vista interessantíssimo, Jacinto Coutinho, na defesa de sua tese doutoral, na Univesità degli Studi di Roma (La Sapienza), em 1988, chega à conclusão de que “a única solução para uma substancial reforma do processo penal brasileiro é, portanto, o abandono integral do sistema inquisitório”. Defende, ainda como democracia, uma “efetivação plena do contraditório, em um processo de partes que cubra toda a persecução penal e, portanto, veja excluído, no nosso caso, o malfadado Inquérito Policial”.⁴³

Portanto, trata-se do sistema processual penal que jamais será esquecido pelos historiadores, juristas, teólogos e filósofos, pois nenhum outro marcou tanto a humanidade como o inquisitorial, fruto de um momento político consolidado pelo fanatismo religioso e ganancioso. Como diz Jacinto Coutinho, “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece”.⁴⁴

1.1.3 O sistema misto

Após a Revolução Francesa, inspirada pelos princípios basilares da *liberté, égalité e fraternité*, surge o sistema misto, também chama-

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85. v. 1.

⁴³ Tradução livre do original: “L'unica soluzione per una sostanziale riforma del processo penale brasiliano è, pertanto, l'abbandono integrale del sistema inquisitório” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 31). Em outro ensaio, o autor explica que, “para tanto, entre outras coisas, é preciso acabar com o inquérito policial, na forma como temos hoje, o que não significa acabar com as investigações, as quais, melhor que ninguém, faz a própria polícia. Enfim, é preciso acabar com a burocracia da fase preliminar, ou seja, com a produção de provas (salvo a técnica, em que pese ser imaginável um controle da prova real, que aí deve ser procedida, por óbvio, mormente nos chamados *delicta factis transeuntis*), de modo a evitar-se o que ocorre – ou deveria ocorrer – hoje, isto é, uma inaceitável duplicidade de instruções” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O sigilo do inquérito policial e os advogados*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 5, n. 18, abr.-jun. de 1997. p. 127).

⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In: *Crítica à teoria geral do direito processual...*, p. 18.

do de acusatório formal, abolindo gradualmente os traços inquisitoriais mais cruéis que a humanidade conheceu. Como refere Tourinho Filho, foi introduzido pelo *Code d' Instruction Criminelle*, em 17 de novembro de 1808.⁴⁵ Sistema que foi chamado de “el proceso moderno” por Gonzáles Bustamante, em virtude das ideologias travadas pela Revolução Francesa e instituídas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 2 de outubro de 1789, dividiu-se em duas partes.⁴⁶ Atualmente, é o sistema mais utilizado no mundo.⁴⁷ Tourinho Filho expõe que, “na própria França, a Lei Constans, de 8-12-1897, assegurava ao acusado o direito de defesa no curso da instrução preparatória. Antes mesmo daquela lei francesa, outros Códigos Europeus, como o austríaco, o alemão e o norueguês, já haviam sido atingidos pela corrente liberal”.⁴⁸

Há quem diga que não se trata de um sistema, pois este carece de originalidade na medida em que faz uma conjunção entre os princípios acusatórios e inquisitoriais.⁴⁹

Lauria Tucci explica que o procedimento misto é resultado da soma das qualidades e vantagens reconhecidas no acusatório e inquisitivo.⁵⁰ A falta, porém, de pensamentos contrários não está presente, pois, segundo Mendes de Almeida, “os tipos mistos são aqueles em que a forma acusatória não absorve a inquisitorialidade judicial; ou aqueles que, desdobrados em fases, as contêm de tipos diferentes”.⁵¹

Enquanto o processo inquisitivo se caracteriza por desenvolver, nas suas fases, secretamente, a investigação preliminar, a instru-

⁴⁵ TOURINHO FILHO, 2003. p. 91. v. 1.

⁴⁶ BUSTAMANTE, Juan Jose Gonzáles. *Principios de derecho procesal penal mexicano*. 5.ed. Mexico: Porrua, 1971. p. 9.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 174.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92. v. 1.

⁴⁹ BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006. p. 19.

⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 131.

⁵¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 28.

ção preparatória e o julgamento, no processo misto, as duas primeiras fases, investigação e instrução, continuam a desenrolar-se de forma sigilosa e não contraditórias, e o julgamento, preleciona Tourinho Filho, é desenvolvido *oralemment, publicquement et contradictoirement*. Aqui, é resgatado o papel de intervenção do defensor, sendo que acusação, defesa e julgamento ficavam a cargo de pessoas diversas.⁵² Então, surge definitivamente o Ministério Público, incumbido da acusação, da fiscalização da lei e, sobretudo, “garantidor da imparcialidade” do julgador, que é outro membro do Estado, distinto e imparcial, encarregado do julgamento.

Aury Lopes⁵³ levanta quatro problemas referentes à insuficiência do sistema misto. O primeiro é tratado como “a falácia do sistema bifásico”, em que continua inquisitorialmente o inquérito policial e, na fase processual, o acusatório, sendo que, na maioria das vezes, a prova colhida na fase preparatória é simplesmente homologada pelo juiz, caracterizando a fraude do sistema. Como diz o autor, “alguém imagina que Napoleão aceitaria o tal sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas um ‘mudar para continuar tudo igual?’”.⁵⁴ O segundo, apontado pelo autor, diz respeito “à insuficiência da separação (inicial) das atividades de acusar e julgar”, pois salienta que de nada adianta termos parte do sistema como acusatório se, no decorrer dos atos processuais, o julgador tem à sua disposição meios legais para agir como parte acusadora, como determinar diligências de ofício, entre outras. O terceiro se refere “à gestão da prova”, que ora se mostra inquisitiva, nas mãos do julgador, ora dispositiva, nas mãos das partes, sendo que o princípio inquisitivo é o que mais causa preocupações para a efetivação do Estado Democrático de Direito.⁵⁵ O quarto problema reforça o argumento discutido no segundo, quando o julgador está revestido de poderes instrutórios, tornando-se um Juiz-Inquisidor, acabando de vez com sua imparcialidade, pois, uma vez decidido

⁵² TOURINHO FILHO, 2003. p. 91-92. v. 1.

⁵³ LOPES, Jr., Aury. *Introdução crítica...*, 2006. p. 175-184.

⁵⁴ LOPES, Jr., Aury. *Introdução crítica...*, 2006. p. 176.

⁵⁵ No que se refere ao princípio inquisitivo e à gestão da prova, pode-se dizer que esta está contagiada por aquele, sendo que a expressão “a busca da verdade real”, verdade esta obscura de difícil definição, definida por Aury Lopes Jr. como um “mito”, remonta à Inquisição (LOPES, *Introdução crítica...*, 2006. p. 165 e 171).

em buscar a prova de que necessita, estará contaminado e consequentemente poderá já estar pré-julgando o acusado.⁵⁶

Por isso, para Luigi Ferrajoli, o Código Napoleônico de 1808 deu vida a um “monstruo, nascido de la unión del proceso acusatório con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase”.⁵⁷

1.1.4 O sistema adotado pelo Brasil

Para entender o sistema brasileiro, é interessante que se faça uma breve análise das Ordenações do Reino de Portugal. Cândido de Almeida salienta que, com as Ordenações Afonsivas, Portugal foi o país pioneiro na Europa a instituir um “Código completo, dispondo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado”.⁵⁸ Frederico Marques lembra que as Ordenações Afonsivas foram publicadas em nome de Afonso V, em 1446, sendo que regulavam o direito e processo penal sob forte influência canônica.⁵⁹ Em seguida, em 1521, no Reinado de D. Manuel, foram promulgadas as Ordenações Manuelinas, disciplinando o mesmo assunto, como bem explica Rebello Pinho ao dizer que é a “ vaidade do rei de ligar seu nome a um Código como já o unira às descobertas marítimas preparadas por seus antecessores e ocorridas durante seu feliz reinado”.⁶⁰ No entanto, segundo o mesmo autor, as Ordenações Manuelinas tiveram também a finalidade de consolidar o direito português. Em 1603, surgem as Ordenações Filipinas, de D. Filipe II da Espanha e Filipe III de Portugal, que vigoraram até 1830, pois o Brasil já se encaminhava à obtenção de um próprio código, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832. O Código Filipino, apesar de conter, sem muita revolução, a mesma matéria do código anterior, tinha outro

⁵⁶ LOPES, Jr., Aury. *Introdução crítica...*, 2006. p. 183.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. 5.ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 566.

⁵⁸ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philipino ou ordenações e lei do reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*. 14.ed. Rio de Janeiro: Typographia Instituto Philomathico, 1870. p. XXI. v. 1.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico.. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 95-96. v. 1.

⁶⁰ PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Bushatsky, Universidade de São Paulo, 1973. p. 6.

espírito. Nesse sentido, Cândido de Almeida⁶¹ explica que a verdadeira finalidade do código era obter uma aliança política entre a Realidade e o Concílio de Trento⁶². Em 1824, a Constituição Política do Império, no artigo 179, já definia alguns “direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, superando, aos poucos, as rigorosas ordenações que tiveram grande influência no sistema jurídico brasileiro.⁶³

Ao analisar as raízes do Código Criminal do Império, Rebello Pinho elucida que “os juristas coloniais, à luz de novos valores, adaptaram as normas do Livro V das Ordenações do Reino às circunstâncias de fato do mundo em que viveram. E, assim, criaram condições para o advento do Código Criminal do Império do Brasil”.⁶⁴

Desde o início, o catolicismo foi a religião oficial dos reinos da Espanha e de Portugal. Quando Cristóvão Colombo descobriu as novas terras, em 1492, essas foram repartidas pelo Papa Alexandre VI entre a Espanha e Portugal por meio da Bula *Intercoetera*, de 1493, que, logo depois, foi reformulada pelo Tratado de Tordesilhas, em 1494. Na negociação, Portugal acabou ganhando uma parte do território que hoje é o Brasil. Com a invasão napoleônica de Portugal, em 1808,

⁶¹ ALMEIDA, Cândido Mendes de. 1870. p. XXIII. v.1.

⁶² A principal causa da convocação do Concílio de Trento foi a reforma protestante iniciada por Martinho Lutero. Sobre o Concílio de Trento, ver JEDIN, Hubert. *Concilia ecumênicos: história e doutrina*. Tradução de Nicolas Boér. São Paulo: Herder, 1961. p. 107-141.

⁶³ Sobre os sistemas indígenas no Brasil-colônia, não se pode deixar de mencionar o direito penal (regulamentado em 1689), que foi instaurado na “República dos Jesuítas” e, conforme Clóvis Lugon, “a polícia velava pela aplicação das leis e manutenção da ordem, de um modo sobretudo preventivo. As advertências eram suficientes, na maioria dos casos, para evitar infrações. A calçada, ao nível das habitações, facilitava as rondas e o controle. À noite, a partir da hora de recolher, tôdas as saídas injustificadas eram interditas. As patrulhas eram rendidas de três em três horas. Tinham de estar também prevenidas contra as surpresas dos inimigos externos, ‘pois havia por toda parte índios errantes’. Um homem presumivelmente culpado era conduzido ao juiz, sem correntes nem algemas de espécie alguma, por muito grave que fôsse o delito. Nenhuma pena era aplicada arbitrariamente ou sem prévio inquérito. Cada caso, mesmo pouco importante, era conscienciosamente estudado. As testemunhas eram ouvidas e acareadas. [...] O direito penal da República dos Jesuítas era, como se vê, de uma benignidade extrema, comparado com o direito colonial ou mesmo com o direito vigente nessa época nos países europeus mais avançados.” (LUGON, Clóvis. *A república “comunista” cristã dos guaranis: 1610-1768*. Tradução de Álvaro Cabral. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 93 e 95).

⁶⁴ PINHO, 1973. p. 197.

e as ideias revolucionárias vindas da França, a corte portuguesa se instala no Rio de Janeiro. Passado o conflito, D. João VI volta à Europa deixando ao seu filho o trono e todos os privilégios políticos, incluindo o direito lusitano. Finalmente, com a proclamação da República, em 1889, houve a ruptura entre Estado e Igreja.⁶⁵

Assim, os sistemas processuais se desenvolveram orientados pelo momento político de determinada época. Alguns países que prezam pela liberdade do ser humano optam pelo acusatório. Outros, mais autoritários, optam pelo inquisitorial. Deve-se levar em consideração, também, outros aspectos, como históricos, culturais, econômicos e sociais, que influenciam direta ou indiretamente o período político. O Brasil, naturalmente, herdou do sistema europeu todo o traço jurídico, seguiu os princípios da Revolução Francesa, liberdade, igualdade, fraternidade, e estabeleceu um sistema político constituído em torno do Estado Democrático de Direito, em que as garantias constitucionais são entregues ao Estado que, por meio de seus representantes eleitos, as pratica.

Para se verificar o sistema adotado pelo Brasil, deve-se observar qual a posição que ocupam os sujeitos no processo penal. As funções de acusar, defender e julgar devem ser divididas e entregues a pessoas diferentes. No entanto, essa é uma definição muito simplista do sistema, sendo necessária a observância de outras características que também o definem, como a igualdade das partes, o dever de o juiz aguardar a provocação das partes, o procedimento, que deve ser oral e público, a permissão do contraditório, o convencimento natural do juiz, entre outras.⁶⁶

⁶⁵ CATÃO, Francisco A. C. *O que é teologia da libertação*. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1986. p. 44. Rogério Tucci e Carlos de Azevedo destacam que, “no Brasil, foi somente pelo Decreto 119-A, de 7-1-1890, que se deu a separação da Igreja do Estado, e o reconhecimento expresso, a todas as igrejas e confissões religiosas, da personalidade jurídica; sendo certo que o art. 1.º do mencionado diploma proibiu o poder temporal de legislar sobre matéria eclesiástica” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 16).

⁶⁶ BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2006. p. 21-23.

Ao se fazer a leitura do texto constitucional, verifica-se que o modelo adotado pelo Brasil é o acusatório, mas, como ensina Flávio Gomes⁶⁷, não é puro, pois o juiz ainda tem em mãos a gestão da prova. Paulo Rangel⁶⁸ diverge quanto à realização de provas determinadas pelo juiz, pois, para o autor, é atividade ligada ao princípio da verdade real, e não, ao sistema acusatório. No entanto, ao percorrer os artigos da Magna Carta, encontra-se o espírito democrático instituído em 1988 e que, muitas vezes, é atropelado ou mal-interpretado, quer por influência política ou até mesmo pela insegurança pública, que circunda a sociedade, enquanto o Código de Processo Penal ainda carrega características inquisitoriais.

A Constituição Brasileira definiu e separou bem as tarefas que formam o “sistema acusatório” e tem como marco o artigo 129, inciso I, que indica expressamente que, entre outras, é função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública. Excepcionalmente, em casos previstos pela lei, o particular poderá propor a ação penal ou privada. Além disso, preza-se a independência dos poderes, para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, Marcellus Polastri⁶⁹ explica que “o sistema processual pátrio é o *acusatório*, mormente após a Constituição Brasileira de 1988, com a acusação, em regra, a cargo de Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório”, enquanto a fase investigatória, conclui o autor, é inquisitiva.

O que não se pode deixar de reconhecer é que, ao se fazer uma releitura dos sistemas passados, o atual se apresenta como “o melhor”, em virtude dos que já existiram, e atualmente é o que mais se aproxima de um modelo ideal.⁷⁰ Mesmo assim, Tourinho Filho assinala o caso do processo de impeachment, em que o julgamento é feito por um juízo político, e o julgamento realizado por juízes populares, como

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 182.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52.

⁶⁹ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 52 e 53.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 182. No terceiro capítulo, buscar-se-á definir o que é ou o que se aproxima de um modelo ideal.

o Tribunal do Júri em crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados.⁷¹ Em suma, o processo é contraditório e inexistente a figura do juiz instrutor.

Para Hélio Tornaghi, o sistema brasileiro pode ser considerado misto, pois “a apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial”, enquanto o processo compreende a instrução e o julgamento.⁷² Nesse mesmo raciocínio, incorre Lauria Tucci,⁷³ já que a persecução é dividida em duas fases: investigatória e judicial. Esta observa os princípios do contraditório, oralidade e publicidade, enquanto aquela apresenta as características do procedimento inquisitivo. Por isso, parte da doutrina entende ser mais misto do que acusatório o sistema adotado pelo Brasil. Já, para Jacinto Coutinho⁷⁴ e Aury Lopes⁷⁵, o que caracteriza o sistema é a gestão da prova, que o torna inquisitorial, pois está nas mãos do juiz. O que se sabe, sem dúvida, é que o Código de Processo Penal, de 1941, ainda carrega os traços inquisitoriais, atingindo conseqüentemente o inquérito policial. Isso é visível quando se vê o juiz requisitando o inquérito, decretando prisão preventiva de ofício, ordenando os meios probatórios que achar cabível, ferindo, dessa forma, o princípio acusatório. Por outro lado, apresenta-se uma nova constituição, de 1988, que está acima do Decreto-

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92. v. 1.

⁷² TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 20. v. 2.

⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 117.

⁷⁴ Para o autor, “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadex, nº 01, 2001. p. 29). Veja também do mesmo autor: O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17.

⁷⁵ Segundo Aury Lopes, “o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc. não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, claramente inquisitório na sua essência, ainda que com alguns ‘acessórios’ que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transforma em acusatório).” (LOPES, Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 179-180).

lei de 1941. Também chamada de Carta Cidadã, é conhecida por ter elencado um rol de garantias que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

1.2 A INFLUÊNCIA DO AUTORITARISMO NO INQUÉRITO POLICIAL

Ao longo dos séculos, poucas modificações ocorreram na persecução penal. O atual Código de Processo Penal mantém os traços inquisitoriais, e a prática demonstra que algumas autoridades não interpretam adequadamente as regras e os princípios estabelecidos pela Carta Cidadã. Como ensina Figueiredo Dias, “diz-me como trata o argüido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o institui”.⁷⁶ Um Estado não tão democrático, mas carente e inseguro.

Um exemplo clássico que retrata as características autoritárias impregnadas na investigação preliminar e, depois, até no processo, é a falta de consideração com a presunção de inocência que sofre o sujeito passivo, pois, na maioria das vezes, já é investigado e condenado antecipadamente. Se for pobre, negro ou tiver algum registro por furto, as probabilidades de desrespeito são muito maiores. Cesare Beccaria, ao denunciar a tortura e outros atos bárbaros praticados contra o suspeito, considerava vergonhoso o seguinte raciocínio: “És culpado de um crime; é, portanto, possível que tenhas praticado outros cem. Tal suspeita me preocupa; quero estar certo; vou usar minha ‘prova da verdade’. As leis vão te fazer penar pelos delitos que praticaste, pelos que poderias praticar e por aqueles que te quero considerar culpado”.⁷⁷

Tudo isso provém de uma lógica, a Inquisição. Esta pode ser considerada como o engenho da ditadura, sendo que nela muitos ditadores se inspiraram. Leonardo Boff⁷⁸ explica que, na Santa Inquisi-

⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 428. v. 1.

⁷⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 41.

⁷⁸ Pergunta o autor: “Não pensavam assim os agentes da repressão militar em regime de segurança nacional: quem discutir publicamente política é já suspeito de subversão e, logo, de seqüestro, de tortura e de cárcere? Mudem os sinais, mas não a lógica de um sistema totalitário e por isso repressivo de toda e qualquer diferença” (BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Di-*

ção, já era suspeito quem pensasse a fé, conseqüentemente, submetido à repressão. Jamais se permitia discutir ou questionar e isso é algo que se assemelha aos tempos atuais, quando retratamos a fase do inquérito policial.

Paulo Tovo lembra a influência do Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, recebida pelo “Código Rocco” ou “Código de Mármore”, editado por Benito Mussolini, em 1930. Influenciado pelo Sistema Inquisitorial, permaneceu, mesmo após a edição das constituições democráticas de 1946 e 1988, sobretudo no inquérito policial. Para o autor, continua “o ser humano a ser nele tratado como objeto de uma investigação, e não como sujeito de direitos”.⁷⁹ A herança que se obtve do Código Rocco está claramente expressa no item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Francesco Carnelutti, em 1963, já estudava uma reforma, por intermédio de seu anteprojeto, capaz de dissolver o Sistema Inquisitorial do Código Rocco, optando por um sistema exclusivamente acusatório.⁸⁰ Apesar de a ideologia totalitária de 1930 (fascista) e, depois, de o regime ditatorial de 1937 (liderado por Getúlio Vargas) terem conduzido a legislação processual penal brasileira por um meio hoje insuficiente, a Constituição de 1988, felizmente, ameniza tal realidade e faz o contraponto, estabelecendo os direitos fundamentais para a dignidade do sujeito passivo.

1.2.1 A gênese do inquérito policial

O vocábulo *inquérito* vem do latim *inquaeritare* e significa indagar, interrogar, averiguar, buscar, investigar. Aurélio Buarque classificou o termo como um “conjunto de atos e diligências que visam a apurar alguma coisa; sindicância”.⁸¹ Para Antônio Houaiss, consiste

receptorium inquisitorum – manual dos inquisidores. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 20).

⁷⁹ TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: *Estudos de direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 207. v. 2.

⁸⁰ *Apud* BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 24.

⁸¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

em um “conjunto de atos e diligências necessários para a apuração da autoria e demais circunstâncias de um ilícito penal; investigação criminal”.⁸² A expressão tem como sinônimo a palavra *Inquisição*. Tourinho Filho rotulou o inquérito policial como “um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou judiciária (como a denomina o Código de Processo Penal), visando a elucidar as infrações penais e sua autoria”.⁸³

Sustenta Bismael Moraes que o inquérito policial surgiu no Império Romano com raízes no processo inquisitorial, porém não com esse nome; era chamado de *inquisitio*.⁸⁴ Todavia, tudo indica que este sistema é mais antigo quando se verifica que, entre atenienses, já havia atividades de polícia, e estas ficavam a cargo dos *dez astínomos*.⁸⁵ Como se viu, o sistema acusatório não mais satisfazia as necessidades dos cidadãos daquela época, acabando, na maioria das vezes, na impunidade dos criminosos. Conforme Mendes de Almeida, o poder romano decidiu pela organização de “uma polícia oficial fortemente centralizada, com funções cada vez mais judiciárias, enquanto o espírito policial do povo foi desaparecendo”.⁸⁶ Num segundo momento, surge o poder eclesiástico que, com grande influência política, traça as características inquisitoriais do sistema que permanecem até hoje.

No Brasil, a oficialização da expressão *inquérito policial* se deu com a criação do decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871. No entanto, seus atos já perduravam desde a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, funções atribuídas à polícia judiciária.⁸⁷ Esta tem tal nome porque, até 1871,

⁸² HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64.

⁸⁴ MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 124 e 125.

⁸⁵ Eram os magistrados criados pela democracia ateniense e tinham o cuidado da polícia (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando Aguiar. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 373).

⁸⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 48.

⁸⁷ Leciona Almeida Júnior que “o inquérito policial não é como muitos têm afirmado, uma criação do decreto 4.824, de 22.11.1871. Esta suposição parte do esquecimento das antigas práticas do nosso processo criminal e da abusiva execução que foi dada ao dis-

as funções policiais e judiciárias eram exercidas conjuntamente, inclusive cargos de chefe de polícia e delegados eram ocupados por juizes e desembargadores. Mais tarde, veio a separação e se deu pela Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, que não utilizava a expressão *inquérito policial*, mas *diligências*. Para Bismael Moraes, o parágrafo 9º do artigo 4º da Lei 261, de 1841, é considerado a verdadeira origem do nosso inquérito policial.⁸⁸

Assim, a História e a evolução legislativa foram contornando o inquérito policial, que foi definido pelo artigo 42 do decreto 4.824, de 1871 como “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; deve ser reduzido a escrito [...]”.

Em 1930, Batista Luzardo, Chefe de Polícia da Capital Federal, no Rio de Janeiro, quis acabar com o inquérito policial da legislação processual penal do Distrito Federal, pois elegeria melhor o juizado de instrução. Surgiram várias opiniões contrárias à mudança que restou impraticável. No mesmo sentido, pensava o Ministro da Justiça, Vicente Ráo, que, também, propôs a supressão do inquérito para estabelecer o juizado de instrução na legislação brasileira. Por fim, na gestão do Ministro Francisco Campos, foi mantido o procedimento policial que persiste hodiernamente.⁸⁹ Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o próprio Ministro reconheceu sua prevalência sobre o juizado de instrução, sendo “uma garantia contra apressados e errôneos juízos”, além de assegurar “uma Justiça menos aleatória, mais prudente e serena”.

posto naquele decreto, execução que se afastava do seu espírito e da sua letra. Já muito antes desse decreto havia uma inquirição de testemunhas na polícia, à qual se referem muitos julgados dos nossos tribunais, entre outros o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de dezembro de 1859, que se pode ler na nota 115, de Filgueiras, ao artigo 86, do Código de Processo” (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Globo, 1920. p. 75. v. 2).

⁸⁸ Diz o dispositivo citado: “Art. 4º. Aos Chefes de Polícia, em toda a Província e na Corte, e aos seus delegados, nos respectivos distritos, compete: [...] § 9º. Remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e das circunstâncias, aos juizes competentes, a fim de formarem a culpa” (MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 128).

⁸⁹ MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 129-130.

Não se pode olvidar que a procedência de todo esse aparato jurídico se deu pelas antigas leis de Portugal, no período de 1500 a 1830, vigorado pelas Ordenações Afonsinas e Manuelinas e, mais tarde, pela vigência das Ordenações Filipinas, com forte influência canônica, as quais se prolongaram por mais de três séculos. Foram as Ordenações Filipinas, segundo Luiz Carlos Rocha, que deram início às polícias urbanas no Brasil, serviço gratuito que era exercido pelos moradores da cidade.⁹⁰

1.3 A FUNÇÃO DAS POLÍCIAS NO BRASIL

Bismael Moraes destaca que, há aproximadamente três milênios antes de Cristo, o Faraó Menés, em seu código, tratou a polícia como o primeiro e grande bem de um povo.⁹¹ Polícia que, segundo Tourinho Filho, significava o ordenamento jurídico do Estado, governo da cidade e a arte de governar. O termo advém do latim *politia* e do grego *politéia* de *polis*, que significa cidade.⁹² O filólogo Francisco Bueno esclarece que “o sentido moderno de vigilância armada para a repressão de crimes e desmandos do povo provém da Revolução Francesa”.⁹³ Justamente este é o caminho seguido pelo sistema policial brasileiro, o francês, dando-se à polícia uma dupla função, respectivamente, administrativa e judiciária.⁹⁴

Mendes de Almeida enfatiza que “as autoridades policiais são meramente administrativas” e que podem ser divididas em duas, administrativa e judiciária.⁹⁵

⁹⁰ *Apud* MORAES, 1986. p. 26-27.

⁹¹ MORAES, 1986. p. 16.

⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62.

⁹³ SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Grande dicionário etimológico-prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 3104. v. 6.

⁹⁴ Segundo Antonio Carlos de Castro Machado e Carlos Alberto Marchi de Queiroz, a divisão entre polícia administrativa e judiciária é criação do Código de Brumário, oriundo da França revolucionária, fato que se deu antes da época napoleônica (*Apud* NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 299).

⁹⁵ O autor segue a observância básica de dois critérios distintos, quais sejam: “O primeiro critério baseia-se na distinção entre funções preventivas e funções repressivas. As primeiras são puramente administrativas. As segundas são de polícia judiciária, porque se exercem, sempre, tendo em vista auxiliar a justiça. A polícia administrativa age antes

Ao conceituar o poder de polícia, Hely Lopes trata a polícia administrativa como algo distinto da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública. Salienta que “a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente”. Segundo o autor, a polícia administrativa é inseparável estendendo-se por toda a Administração Pública.⁹⁶ As demais, denominadas de Polícia Civil e Polícia Militar, são subordinadas a um determinado órgão, a Secretaria Estadual de Segurança Pública. A Polícia Civil, ou Polícia Federal no âmbito nacional, assume as funções de polícia judiciária. É importante destacar que a polícia judiciária tem este nome em função de sua História, como já se viu, mas, nem por isso, deixa de ser “atividade administrativa”, como ensina Frederico Marques.⁹⁷

Tourinho Filho utiliza o termo *Polícia de Segurança* para aquela que atua com medidas de prevenção, controlando a manutenção da ordem pública independentemente de qualquer autorização judicial, pois “não seria possível nem admissível que a polícia, para evitar um ‘tiroteio’ ou um ‘quebra-quebra’, devesse procurar as autoridades judiciárias a fim de receber autorização para agir”. Já a *Polícia Civil*, termo utilizado pela Constituição Federal, serve para atuar quando as medidas de prevenção adotadas pela polícia de segurança forem ineficazes, pois aí sua finalidade é de “investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo”.⁹⁸

das infrações para evitá-las. A polícia judiciária opera depois das infrações para investigar a verdade e, a respeito, prestar informações à justiça. O segundo critério funda-se na diferença de efeitos judiciais das funções policiais. O valor meramente informativo indica um ato simplesmente policial de polícia administrativa. O valor de prova judicial assinala um ato judiciário da polícia, uma função de polícia judiciária. Sob esse ponto-de-vista, a polícia administrativa apenas informa a justiça; e a polícia judiciária prova” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 60).

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 123.

⁹⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 159. v. 1.

⁹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 188-189. v. 1.

Louis Rolland rejeita a simples oposição de caráter preventivo e repressivo na distinção de polícia judiciária e administrativa. Segundo o autor, apenas essa distinção não é absolutamente exata, pois a Administração, no exercício da polícia administrativa, com frequência, age de modo repressivo, empregando a coerção para interromper a desordem começada. Esclarece que “a polícia judiciária não reprime. Ela intervém para ajudar na repressão resultante da condenação pronunciada pelo juiz. Aí reside toda sua tarefa”.⁹⁹ No entanto, não se pode esquecer de que, no modelo francês, a instrução preliminar é de competência do juiz de instrução ou do Ministério Público.

Para Celso Mello, “o que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais, enquanto, a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica”. Esclarece o autor que a grande diferença entre polícia administrativa e judiciária é que esta segue as normas do Código de Processo Penal, enquanto aquela deve orientar-se pelas normas do direito administrativo.¹⁰⁰

Apesar de toda discussão doutrinária conceituando e classificando a polícia em judiciária (civil ou federal) e preventiva (militar), não se consegue compreender a importância da separação se a polícia é uma só. Ou não? Por que as “duas” polícias não podem trabalhar juntas, talvez apenas dividindo algumas tarefas por departamentos, como se faz na Alemanha, Inglaterra ou EUA? Como pode haver um bom serviço policial, se ambas não utilizam o mesmo sistema, sendo uma militar e outra civil? Apesar de não ser objeto deste estudo, é relevante colocar que, para alguns doutrinadores, a militarização da polícia preventiva não é o melhor modo de zelar pela segurança pública. Na opinião de Dalmo Dallari, a separação entre Polícia Militar e Polícia Civil “é uma distorção, é uma deformação extremamente grave. Estou convencido de que, enquanto permanecer esta dualidade, nós vamos enfrentar, no

⁹⁹ ROLLAND Louis. *Precis de droit administratif*. 10.ed. Paris: Dalloz, 1951. p. 397. Tradução livre do original: “La police judiciaire ne réprime pas. Elle intervient pour aider à la répression résultant de la condamnation prononcée par le juge. C’est là toute sa tâche.”

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 793.

Brasil, problemas, às vezes até muito graves, em relação à eficiência das atividades policiais”.¹⁰¹

Ao conceituar a polícia, Luiz Rocha entende que a distinção entre as duas polícias é “artificial”, pois a polícia só pode ser uma (ou uma).¹⁰² Ao reverso, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de Córdoba, Sebastián Soler e Vélez Mariconde recomendam que, para realizar sua missão, a polícia judiciária deve estar separada da polícia de segurança, da polícia política e de qualquer outro órgão que possa comprometê-la quer por influências partidárias ou administrativas.¹⁰³

No entanto, este trabalho se limita ao órgão policial encarregado da instauração e condução do inquérito policial, sabendo que existem, evidentemente, outros inquéritos que não são de atribuição da Polícia Civil e Federal, como o parlamentar (mais conhecido como Comissão Parlamentar de Inquérito), o militar, o administrativo (mais conhecido como procedimento administrativo disciplinar), o civil (destinado a apurar os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e outros que podem dar ensejo à ação civil pública) e o trabalhista (mais conhecido como inquérito para apuração de falta grave), por exemplo. A polícia judiciária, denominada de Polícia Civil (no âmbito estadual) e Polícia Federal (no âmbito federal), exerce fundamental colaboração às autoridades judiciárias na repressão do crime, tendo como instrumento de trabalho o inquérito policial, tema deste estudo.¹⁰⁴

¹⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. A polícia civil no estado brasileiro. In: MORAES, Bismael Batista (coordenador). *A polícia à luz do direito: um seminário na faculdade de direito da USP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 59.

¹⁰² ROCHA, Luiz Carlos. *Prática policial*. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1.

¹⁰³ *Apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 176. v. 1.

¹⁰⁴ A Constituição de 1988 outorgou as seguintes funções a cada uma: Art. 144. [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV – exercer, com

Em tese, os atos investigatórios realizados pela polícia judiciária estão sob a vigilância do Ministério Público, mas, infelizmente, na prática, isso não ocorre, produzindo o órgão policial, na maioria das vezes, atos sem qualquer conhecimento do órgão encarregado da ação penal e fiscalização da lei, pois a ele se dirige a peça fundamental que é o inquérito policial¹⁰⁵ e que se passa agora a caracterizar, segundo a legislação processual.

exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5.º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; [...].

¹⁰⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. Polícia e estado de direito na América Latina: relatório brasileiro. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33.

2 A PERSECUÇÃO CRIMINAL ATRAVÉS DO INQUÉRITO POLICIAL

“Felizes as nações entre as quais
o conhecimento das leis
não é uma ciência.”¹⁰⁶

Cesare Beccaria

2.1 O INQUÉRITO POLICIAL E SUA CARACTERIZAÇÃO

Atém-se ao andamento da investigação feita por meio do inquérito policial, apresentando neste capítulo, brevemente, suas principais peculiaridades, análise indispensável à compreensão do tema desta pesquisa.

O vocábulo *persecução*, utilizado por Frederico Marques¹⁰⁷ e Tourinho Filho¹⁰⁸, advém do latim *persecutione*, que significa perseguir, ir ao encalço, seguir sem parar,¹⁰⁹ ato que só pode ser realizado por agentes oficiais, pois é inadmissível que, num Estado Democrático de Direito, tenha o particular em mãos a delicada tarefa de investigar um crime, como já foi em tempos passados, por meio do antigo sistema acusatório e inquisitorial. No entanto, para que o Estado possa agir, por intermédio de seus funcionários, é necessário que tenha a notícia de um crime ou que presuma um fato tipificado, assim como, para o Ministério Público dar início à ação penal, é necessária uma investigação prévia que pode ser feita pelo próprio MP ou pelo órgão encarregado do inquérito policial, que é a polícia judiciária.¹¹⁰ Por

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 29.

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v.1.

¹⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

¹⁰⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 605.

¹¹⁰ A par da divergência sobre o órgão encarregado da investigação criminal, dedica-se a seguir o item 2.2.

isso, Frederico Marques¹¹¹ ensina que “a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal”. Ação penal, acrescenta o autor, “é o pedido de julgamento da pretensão punitiva”, enquanto que a investigação “é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo”. Nesse sentido, classifica-se o inquérito como um procedimento administrativo pré-processual, destinado a preparar a ação penal, mas há quem o classifique num sentido um tanto pejorativo de “mero procedimento”.¹¹² Apresenta como principais peculiaridades o sigilo, a inquisitorialidade, a sistemática, a formalidade, a discricionariedade e a unidirecionalidade, aspectos que merecem um conciso comentário.

2.1.1 O aspecto sigiloso

O *sigilo*, conforme conceitua Bismael Moraes, corresponde a *segredo* e sua origem vem de *sinete*, que significa “um selo ou carimbo, ou marca, sobre algo que não pode ser revelado ou violado”.¹¹³ Logo, somente as pessoas a quem isso diz respeito têm esse direito. O vocábulo lembra uma prática que remete aos tempos medievais, quando um mensageiro era encarregado de entregar, nas mãos do destinatário, uma carta com o carimbo da realeza, o que significava que somente a pessoa a quem se destinava a missiva poderia ficar sabendo do conteúdo que nela havia. Assim, o sigilo também é uma herança do antigo Sistema Inquisitorial.

O *caput* do art. 20 do Código de Processo Penal diz que a autordade assegurará no inquérito o *sigilo* necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. A Constituição Brasileira tra-

¹¹¹ MARQUES, 2000. p. 138.

¹¹² Ao tratar a natureza jurídica do inquérito policial, Bismael Moraes ensina que não se deve olhá-lo como se fosse somente mero procedimento administrativo e salienta também que não é processo ou procedimento judicial. Segundo o professor, deve-se vê-lo como um “*procedimento híbrido*, composto de atos de ordem administrativa e atos de valor processual definitivo”, pois tem validade jurídico-processual em vários de seus atos e, às vezes, até no seu todo, como se pode observar quando ocorre o auto de prisão em flagrante (MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 134-135).

¹¹³ MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 202.

tou o sigilo no art. 5º, inciso XXXIII, dispondo no sentido de que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. O argumento principal para o uso do sigilo no andamento das investigações é que, sem ele, não poderá a autoridade proceder a todas as diligências com o devido sucesso, podendo dificultar a descoberta do autor, a comprovação da materialidade do delito, ocasionar a destruição de vestígios e a intimidação de testemunhas.

Para Paulo Rangel, “o sigilo imposto no curso de uma investigação policial alcança, inclusive, o advogado”. Entende o promotor de justiça que o Estatuto da Advocacia não se aplica ao inquérito que corre sob sigilo; caso contrário, poderia prejudicar a investigação.¹¹⁴

Muito já se falou sobre o fato de que o sigilo não pode atingir o representante do Ministério Público, tampouco a autoridade judiciária, mas pode atingir o advogado, caso seja decretado judicialmente para andamento das investigações, assim como não poderá o defensor acompanhar os atos do inquérito que estão sob sigilo. Isso pelo simples argumento de que o sigilo no inquérito deve ser visto como uma forma de garantir a intimidade do investigado, resguardando-se seu estado de inocência.¹¹⁵ No entanto, há entendimentos diversos, como sustenta Salles Júnior, quando dispõe sobre o reconhecimento do direito do advogado em “consultar os autos do inquérito policial, mesmo sem estarem as peças em autos próprios”.¹¹⁶ Ou, ainda, como ensina Scarance Fernandes, em face do princípio da ampla defesa, o sigilo, descrito pelo art. 20 do CPP, não pode ser oposto ao advogado do suspeito, sendo que a “defesa pode atuar na fase do inquérito policial, e, dessa forma, não teria sentido que a sua atuação ficasse prejudicada pela impossibilidade de compulsar os autos”.¹¹⁷

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 86.

¹¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69.

¹¹⁶ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 7.

¹¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 283-284.

Luciano Feldens e Andrei Schmidt reconhecem o acesso do advogado aos autos do inquérito, porém, somente, nos casos em que o sigilo não se sobrepõe, cabendo ao Poder Judiciário o controle dos atos abusivos da autoridade que insiste na investigação sigilosa.¹¹⁸

2.1.2 O aspecto inquisitorial

A inquisitorialidade é considerada pelos defensores do direito de defesa uma peculiaridade fulminante do inquérito policial que tem raízes do antigo Sistema Inquisitorial apresentado no capítulo anterior. Segundo a doutrina dominante, é inquisitivo porque, sendo “um procedimento de índole meramente administrativa”,¹¹⁹ sem qualquer acusação, não oportuniza ao suspeito o princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo a autoridade policial o poder de conduzir os atos do inquérito como melhor entender necessário, assim como colher “a prova sem necessidade de dar ciência ao suspeito”,¹²⁰ sendo que inexistem, nessa fase, regras que determinam a forma ou o rito de elaborar e dirigir o inquérito.

Luciano Feldens e Andrei Schmidt sustentam que caracterizam a inquisitorialidade os fatos de não haver contraditório, haver imposição de sigilo e existir a impossibilidade de pessoas estranhas intrometerem-se nos atos investigatórios.¹²¹

Salles Júnior acrescenta que, para entender a inquisitorialidade do inquérito, basta fazer uma leitura do art. 107 do CPP, que veda que se oponha suspeição às autoridades policiais, sendo que elas deverão declarar-se suspeitas quando houver algum motivo.¹²²

Frederico Marques faz menção ao art. 14 do CPP, que confere à autoridade policial a discricionariedade de realizar ou não qualquer diligência requerida pelo ofendido ou seu representante e pelo indicia-

¹¹⁸ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Verbo. Jurídico, 2005. p. 75.

¹¹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 69.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. *Prática forense penal*. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

¹²¹ FELDENS; SCHMIDT, 2005. p. 22.

¹²² SALLES JÚNIOR, 1989. p. 7.

do. Reforça o autor que o contraditório não pode ser admitido no inquérito, pois, se admitido, poderia embaraçar as investigações. Entende ainda que à “polícia judiciária deve ser dado um amplo campo de liberdade de ação, limitado tão-só pelas sanções aos atos ilegais que seus agentes praticarem”.¹²³

2.1.3 O aspecto sistemático e formal

Paulo Rangel enfatiza que todos os atos praticados no curso da investigação “devem ser documentados nos autos do inquérito, a fim de que se possa fazer uma reconstrução probatória dos fatos”, sendo que as peças reduzidas a termo devem ser rubricadas pela autoridade policial.¹²⁴ Já que “o inquérito é um livro que conta uma história”, explica o autor, precisa obrigatoriamente seguir uma “seqüência lógica, para que possamos entender a ordem cronológica em que os fatos se deram”.¹²⁵ Do mesmo modo, a necessária formalidade do inquérito é justificável quando se tem, diante dos olhos, por exemplo, um auto de prisão em flagrante delito em que todos os direitos e garantias devem ser rigorosamente observados.

Assim, mesmo que não haja, no inquérito policial, um rito a ser seguido, há formalidades expressas no texto constitucional e no art. 4º a 23 do Código de Processo Penal.

2.1.4 O aspecto discricionário

Num Estado Democrático de Direito, os atos policiais não devem ser arbitrários, mas apenas discricionários. Não se pode confundir arbitrariedade com discricionariedade. A arbitrariedade caracteriza um ato autoritário e abusivo, enquanto a discricionariedade é a

¹²³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 163-168.

¹²⁴ Diz o art. 9º do CPP: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. Esse ato, segundo Paulo Rangel, visa a exigir que as autoridades policiais realmente acompanhem todas as investigações e atos realizados por seus agentes, evitando, que escrivães lavrem um flagrante, por exemplo, e depois o delegado assinar (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 85).

¹²⁵ RANGEL, 2007. p. 85.

opção que tem o agente público de agir com diversas maneiras limitadas pela lei.

Nas palavras de Odete Medauar, o poder discricionário diz respeito à “faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis. [...] É conferido por normas legais e deve atender a parâmetros no seu exercício”.¹²⁶ Por isso, não há um rito pré-estabelecido no inquérito, o que existe é tão somente a observância da legalidade.

No entanto, é relevante destacar que a inexistência de rito no inquérito não significa a inobservância de um mínimo de coerência lógica e formal. Ademais, se a autoridade policial cometer alguma arbitrariedade no curso das investigações, poderá ser processada por abuso de autoridade, além de outros instrumentos jurídicos disponíveis, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, que podem ser utilizados para coibir o excesso, assim como não poderá deixar de agir quando estiver diante da notícia de uma infração penal de ação penal pública sob pena de prevaricação.

2.1.5 O aspecto unidirecional

É unidirecional porque a autoridade policial não pode fazer nenhum juízo de valor ao elaborar seu relatório conclusivo. Ela está atrelada apenas a apurar as infrações penais e sua autoria. Assim, não pode adentrar no mérito do juiz e promotor, pois sua função é tão somente a de investigar. Paulo Rangel lembra que “há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças”. Não é esse o objetivo do inquérito, que é uma peça subsidiária, destinada ao Ministério Público a fim de formular a denúncia. Deve-se reconhecer que, em alguns casos, realmente pode ser difícil ou, até mesmo, haver dúvidas quanto à tipificação do fato, sendo razoável descrever os fatos minuciosamente e optar pelo tipo mais benéfico ao indiciado que poderá ter sua liberdade cerceada.¹²⁷

¹²⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119-120.

¹²⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 86.

É relevante enfatizar que não poderá a autoridade policial, após a instauração do inquérito, proceder ao seu arquivamento. É o órgão do Ministério Público que deverá pedir ao Juiz o arquivamento do inquérito. Se o Juiz não concordar, encaminhará os autos do inquérito ao Procurador-Geral, que oferecerá a denúncia, ou designará que se faça, ou optará por insistir pelo arquivamento, estando o Juiz, então, obrigado a atender ao pedido. Na Alemanha, é o Ministério Público que decide sobre o arquivamento do inquérito, sem interferência do juiz, como esclarece Ricardo Levene: “El fiscal es quien decide si el sumario que ha recibido de la policía debe o no seguir adelante, ante el juez; es decir, impera aquí un sistema acusatorio puro”.¹²⁸

2.2 ÓRGÃO ENCARREGADO DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS

A Constituição Brasileira, no art. 144, parágrafo 1º, inciso IV, diz que cabe à Polícia Federal, entre outras, “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”, além de apurar as infrações penais de sua atribuição, enquanto o parágrafo 4º dá à Polícia Civil “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais”, exceto aquelas atribuídas à União e aos militares.

De fato, é a polícia que recebe as primeiras informações de um crime (*notitia criminis*), tendo a discricionariedade de agir da forma que entender necessário, dirigindo a produção de provas e ouvindo quem julgar conveniente, por exemplo. Somente em casos especiais, como aqueles que infringem os direitos fundamentais, agirá com autorização judicial.

Se for feita uma interpretação literal dos dispositivos acima citados, chegar-se-á à conclusão de que cabe, “exclusivamente”, à polícia judiciária da União a condução das investigações criminais, ou seja, é o órgão titular da investigação, estando subordinada ao próprio departamento de polícia, por isso, a denominação de inquérito policial. Assim como o art. 129, inciso VIII, da Constituição Brasileira dá a

¹²⁸ Apud LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e a persecução criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 4.

impressão de que cabe ao Ministério Público somente “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Deteria, dessa forma, a polícia judiciária o “monopólio”¹²⁹ da investigação criminal?

Há entendimentos favoráveis à investigação ministerial no Superior Tribunal de Justiça,¹³⁰ que inclusive sumulou a matéria da seguinte maneira: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspensão para o oferecimento da denúncia”.¹³¹ No entanto, diverge a posição do Supremo Tribunal Federal, que decidiu em *habeas corpus*, oriundo do Distrito Federal, pela impossibilidade de o *parquet* realizar e presidir inquéritos.¹³²

¹²⁹ A expressão *monopólio* é usada por Lenio Streck e Luciano Feldens em *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 87.

¹³⁰ EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATOS INVESTIGATÓRIOS REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VALIDADE. ORDEM DENEGADA. I. São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento de denúncia. II. Ordem que se denega (STJ – HC 7.445. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data da Publicação: 01/02/1999) [grife-se].

¹³¹ Súmula do STJ, nº 234, publicada no DJU em 07/02/2000. No que diz respeito ao conteúdo da súmula ora citada, Aury Lopes chama atenção para o seguinte tema: “Sem dúvida que, para os defensores da imparcialidade do MP, a figura do promotor investigador leva – obrigatoriamente – à conclusão de que esta mesma pessoa que investigou não poderá acusar no processo, pois sua imparcialidade está comprometida por toda uma série de atos e prejulgamentos que realizou no curso da investigação preliminar. Das duas uma: ou se repensa a imparcialidade do MP; ou se proíbe que o mesmo agente investigue e acuse, porque isso é absolutamente incompatível com a defendida imparcialidade sobre a qual está atualmente estruturada a participação processual do *parquet*” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 100).

¹³² EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRÇÃO. ILEGITIMIDADE. [...] 2. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de

Tourinho Filho entende ser inviável a investigação pelo *parquet*, pois a nossa estrutura constitucional não permite, sendo que ao MP foi conferida somente a função de promover a ação penal, requisitar¹³³ diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, enquanto a função da polícia é a de investigar. Salienta que somente uma emenda constitucional poderá atribuir ao MP a legitimidade da função investigatória e que, se prevalecer a investigação ministerial, deve o *parquet* investigar todos os tipos de crime, e não somente aqueles que ganham a mídia, como crimes políticos e do colarinho branco.¹³⁴ Segundo o autor, “permitir a estes apenas as investigações dos crimes do colarinho branco é subestimar e afrontar a atividade daqueles que lutam corpo a corpo com a criminalidade”.¹³⁵

No mesmo raciocínio incorre Geraldo Prado, quando sustenta que ao MP foi dada, constitucionalmente, a função de controle externo da atividade policial, não podendo investigar diretamente, ou seja, separado da polícia, portanto, sendo inoportuna a atividade investigatória pelo *parquet*. Conforme o autor, se surgir alguma lei nova disciplinando a matéria, “esta não poderá dar ampla liberdade ao Ministério Público para escolher o que investigar”. Conclui, citando Nico-

autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido (STF – RHC 81.326-7. 2ª Turma. Relator: Ministro Nelson Jobim. Data da Publicação: 01/08/2003) [grife-se].

¹³³ Cumpre ressaltar que a expressão *requisitar* tem um propósito peculiar. Aurélio Buarque conceitua o termo no sentido de “pedir ou exigir legalmente; requerer; exigir” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999). Tecnicamente, o significado da palavra é mais forte. Nesse sentido, De Plácido e Silva explica que a *requisição* é a “exigência legal ou a ordem emanada da autoridade para que se cumpra, para que se faça ou para que se preste o que é exigido, ordenado ou pedido” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 706). Desse modo, entende Fauzi Hassan que, se a autoridade policial não atender à requisição do Ministério Público, pode, inclusive, incorrer no crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Polícia e estado de direito na América Latina: relatório brasileiro*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33).

¹³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 288-289. v. 1.

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 106.

las Becerra,¹³⁶ Chefe do Ministério Público Federal da Argentina, que entende como dever do MP garantir a respeitabilidade, pelo Poder de Estado, aos paradigmas do modelo republicano.

Lauria Tucci enfrenta o problema com certo receio, ao comentar a existência “de alguns membros do Ministério Público, ávidos de promoção pessoal e de publicidade, e até mesmo desprezando inafastáveis valores éticos, assumirem a condição de inquisidores, travestindo-se de ‘investigadores’”.¹³⁷

Em sentido contrário, sustenta Scarance Fernandes a legitimidade do MP para a investigação criminal, lembrando as Comissões Parlamentares de Inquérito, em que também há atividade de investigação, e aquelas que são instauradas através de sindicâncias e processos administrativos.¹³⁸ Além dos dispositivos constitucionais, o CPP, no art. 4º, deu a mesma atribuição à polícia judiciária, ou seja, apurar as infrações penais e sua autoria. No entanto, o legislador dispôs, no parágrafo único, do dispositivo ora citado, que outras autoridades administrativas poderão apurar infrações penais quando por lei incumbidas, ou seja, terão a atribuição de investigar.¹³⁹

Rodrigo Pinho, ao proferir palestra no Seminário Internacional: *Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à*

¹³⁶ Cita um trecho da obra de Nicolas Becerra: “Neste controle externo o Ministério Público deve colaborar com a consolidação de um sistema no qual, ninguém, ninguém deve ser nem bom, nem mau guardião de seus próprios atos, o que significa, entre muitas outras coisas, que quem investiga não pode ao mesmo tempo controlar” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 133).

¹³⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78-79.

¹³⁸ Para o autor, o “fato de ter sido afirmado que as polícias federal e estadual exercem as funções da polícia judiciária não significa a impossibilidade de que outros órgãos venham, em determinadas circunstâncias, quando autorizadas pelo ordenamento jurídico, a apurar direta ou indiretamente, fatos criminosos” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 251).

¹³⁹ O art. 4º do CPP apresenta a seguinte redação: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único: A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

impunidade, salientou que “nem no regime militar se cogitou restringir o poder de investigação do Ministério Público”.¹⁴⁰

Ainda, no que diz respeito ao termo “exclusividade”, adotado pela Constituição Brasileira, admite Greco Filho que pode haver mais de um órgão com atribuição de apurar as infrações penais, que, aliás, são de interesse público.¹⁴¹

Lenio Streck e Luciano Feldens defendem a inexistência de monopólio da Polícia nas investigações, sendo que, segundo os autores, a Constituição fez nada mais do que distribuir a cada órgão de polícia suas atribuições, por isso, a divisão do art. 144 em parágrafos.¹⁴²

Ademais, faça-se constar o entendimento de Fauzi Hassan, ao expressar que o procedimento policial “é apenas uma espécie do gênero *investigação criminal*, repudiando-se a assimilação de uma coisa a outra e a redução de todas as formas de investigação ao inquérito policial”.¹⁴³

Outro ponto que faculta ao Ministério Público o poder de realizar diligências investigatórias é o próprio texto Constitucional, ao dispor, no art. 129, as funções institucionais do MP, como: “IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a con-

¹⁴⁰ REBELLO PINHO, Rodrigo César. Ministério Público e Investigação Criminal. In: Centro de Estudos Judiciários, Série Cadernos, volume 25. *Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica. Brasília: CJF, 2005. p. 51.

¹⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 93.

¹⁴² Para os autores, “[...] ao referir-se à ‘*exclusividade*’ da Polícia Federal para exercer funções ‘*de polícia judiciária da União*’, o que fez a Constituição foi tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviárias, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí por que, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil ‘*apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas*’ (art. 144, § 1º, I), pois que, no espectro da ‘*polícia judiciária*’, tal atribuição está reservada à Polícia Federal” (STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 87 e 88).

¹⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 71.

sultoria de entidades públicas”. Isso porque também há previsão infraconstitucional, pelo que consta no art. 8º e seus incisos da Lei Complementar 75/93, que garante, entre outras, a realização de inspeções e diligências investigatórias.¹⁴⁴ Desse modo, alguns atos são característicos da polícia judiciária, como, por exemplo, a preservação do local de crime, a reconstituição do crime, o indiciamento e a identificação criminal, pois esses atos dependem de suporte técnico que, na maioria das vezes, só a polícia possui. Já o indiciamento e a identificação criminal são atos exclusivos da polícia judiciária, que podem ser requisitados pelo juiz ou promotor.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Diz o dispositivo citado:

Art. 8º. Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III – requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas; V – realizar inspeções e diligências investigatórias; VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX – requisitar o auxílio de força policial [grife-se].

O Supremo Tribunal Federal também se manifestou da seguinte maneira: EMENTA: HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90). Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal. Caso que não se confunde com o RHC 81.326 que tratava de falta de legitimidade do *Parquet* para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial. A questão é relativa à infância e à juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90). *Habeas Corpus* indeferido (STF – HC 82.865-5. 2ª Turma. Relator: Ministro Nelson Jobim. Data da Publicação: 14/10/2003) [grife-se].

Ressalta-se que o termo *sindicância* equivale a *inquérito*, *devassa* e *investigação*, pois “resulta num processo de informações, acerca de fatos que se querem apurar”, conforme SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 760. Assim como o termo *diligência* também é empregado na linguagem policial e equivale a *sindicância* (SILVA, 2001. p. 267).

¹⁴⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 187.

De acordo com Aury Lopes,¹⁴⁶ existem alguns benefícios decorrentes dos atos investigatórios realizados pelo “promotor investigador”, entre eles: a) poderia ser uma alternativa aos atos de investigação feitos pelo juiz no decorrer do processo (art. 156 do CPP), dando uma garantia melhor à imparcialidade do julgador; b) o promotor investigador, a princípio, teria melhores meios de acusar, sendo que foi ele quem promoveu a investigação; c) evitar-se-iam, também, atos investigatórios considerados atos de prova, pois seriam valorados na presença do juiz; d) o processo tenderia a ser mais célere; e) e a distribuição do poder ficaria mais justa, criando-se a figura do juiz de garantias. No entanto, destaca o autor, ao mesmo tempo, há inconvenientes, como, por exemplo: na prática, o promotor que perquire torna-se uma parte, com toda parcialidade pendendo contra o investigado¹⁴⁷, e a defesa deverá estar preparada para promover sua própria investigação, o que seria complicado para aqueles que não podem pagar um advogado. Conforme Aury Lopes, seria “uma ilusão acreditar que a inquisição do acusador possa também se preocupar com a defesa”.¹⁴⁸

Apesar das vantagens e desvantagens, a investigação criminal comandada pelo órgão do Ministério Público pode apresentar mais benefícios do que inconveniências, o que já aconteceu na polícia, sendo notórios os abusos que são cometidos pela polícia no decorrer das investigações.¹⁴⁹ É evidente que a inconveniência pode existir em

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91.

¹⁴⁷ Na Itália (art. 358 do CPP) e na Alemanha (§ 160 da StPO), por exemplo, o promotor deve obrigatoriamente observar a regra que impõe a coleta de elementos favoráveis ao imputado, além daqueles que desfavoreçam (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2006. p. 96).

¹⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2006. p. 96-104.

¹⁴⁹ “ADOLESCENTE FICA PRESA EM CELA COM 20 HOMENS NO PA. Uma jovem presa em flagrante por furto ficou detida em uma cela com cerca de 20 homens na delegacia de Abaetetuba, região metropolitana de Belém, por pelo menos 26 dias. Segundo o Conselho Tutelar do município, ela tem 15 anos e disse ter sido abusada sexualmente na prisão (FREIRE, Sílvia. Adolescente fica presa em cela com 20 homens no PA. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 21 nov. 2007. Folha Cotidiano. Caderno 5). ESPANCAMENTO EM GRAMADO – C.V.S., residente em Gramado/RS, relatou à CCDH que, no dia 24/02/01, teria sido vítima de agressões físicas por parte de policial civil, nas dependências da DP de Gramado. Encaminhando seu telefone à Ouvidoria da Justiça e Segurança, através do of. nº 2039/01, nenhum retorno nos foi dado até o fechamento

ambos, mas no MP, como diz Aury Lopes, elas poderão ser “mais facilmente contornáveis e passíveis de superação”.¹⁵⁰ Agora, não pode o Ministério Público, ao ter a faculdade de realizar diligências investigatórias, almejar, por conta própria, a quebra de garantias constitucionais, como já pretendeu.¹⁵¹ E, também, deve se atentar para o fato de que, no inquérito policial, ainda há algum regramento explícito no Código de Processo Penal, inclusive com prazo de término (art. 10 do CPP), enquanto a investigação preliminar, realizada pelo órgão ministerial, não encontra regramento semelhante, muito menos um prazo de término, ficando simplesmente a critério do promotor investigador.

deste 'Relatório'. [...] OITO ANOS DE AMEAÇA – Em 07/05/01, S.V. compareceu à CCDH denunciando ameaças de policiais civis, que viria sofrendo há cerca de oito anos, sem que os mesmos tenham recebido qualquer espécie de punição. Foi obrigada a mudar-se diversas vezes e seus familiares ainda sofrem perseguições e ameaças. Oficiada a Ouvidoria, através do of. nº 2505/01, solicitamos que fossem tomadas as medidas necessárias, informando a esta Comissão, para que, se necessário fosse, fizéssemos novos encaminhamentos. Não tivemos retorno até a conclusão do presente 'Relatório' (Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório azul: garantias e violações dos direitos humanos no RS, 2001/2002*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do RS, 2002. p. 461). POLÍCIA RESPONDE POR 70% DOS CASOS DE TORTURA NO BRASIL (O Estado de São Paulo, 12/04/2001) São Paulo: 'A Polícia Civil é responsável por 70% dos casos de tortura registrados pela Ouvidoria das Polícias Civil e Militar no Estado de São Paulo. Este levantamento foi anexado ao Relatório sobre a Tortura no Brasil, produzido pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e apresentado simultaneamente nesta quarta-feira em Genebra (Suíça), Rio de Janeiro, Recife, Belém e na Assembléia Legislativa de São Paulo'. Por Célia Froufe" (Apud CHOUKR, Fauzi Hassan. *Polícia e estado de direito na América Latina: relatório brasileiro*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 43) [grife-se].

¹⁵⁰ LOPES JR., Aury. *A opacidade da discussão em torno do promotor investigador: mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, nº 142 – setembro, 2004.

¹⁵¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. A norma inscrita na inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. R.E. não conhecido (STF – RE 215.301-0. 2ª Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data da Publicação: 13/04/1999) [grife-se].

Diante do exposto, relevante é o pensamento de Aury Lopes, quando chama a atenção para o fato de que “muito mais importante do que decidir quem vai fazer a inquirição (MP ou Polícia), está em definir como será a inquirição”. Para o autor, mais importante é definir a posição do juiz na investigação criminal, sendo um juiz de garantias, sem dispositivos que possibilitem sua participação na fase pré-processual.¹⁵²

Nesse diapasão, já que é o interesse público que predomina nos esclarecimentos das infrações penais, não seria melhor Ministério Público e Polícia Judiciária deixarem de lado o atrito funcional e investigarem juntos?

2.2.1 O controle externo da polícia judiciária pelo Ministério Público

A Constituição Brasileira estabeleceu, como atribuição do Ministério Público, entre outras, o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar (art. 129, VII). A Lei Complementar nº 75/93, que disciplina a atividade ministerial, dispôs, em seu art. 3º, que ao Ministério Público da União¹⁵³ caberá o controle externo da atividade policial. Viu-se que a atividade policial pode ser dividida em judiciária e preventiva, como já foi definido no capítulo anterior. A própria polícia judiciária poderá exercer atividade ostensiva de segurança pública, no entanto, ao referir-se ao controle externo da polícia, tem-se que o legislador quis delimitar somente a atividade de polícia judiciária, até porque não cabe ao MP exercer uma espécie de “corregedoria de polícia”.

Nesse sentido, explica Afrânio Jardim que “o controle da atividade de polícia administrativa não depende sequer de lei federal”; já o controle da polícia judiciária, “este sim, pelo papel processual outorgado ao Ministério Público, tem *status* de função institucional e relevância constitucional”, mas isso não quer dizer que a polícia judiciária está condicionada hierarquicamente ao Poder Judiciário ou a órgão ministerial.¹⁵⁴

¹⁵² LOPES JR., Aury. *A opacidade da discussão em torno do promotor investigador...*, 2004.

¹⁵³ O art. 80 da Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, determina que as normas da Lei Orgânica do MPU aplicam-se, subsidiariamente, aos Ministérios Públicos dos Estados.

¹⁵⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 326.

Frederico Marques leciona que não há nenhuma subordinação hierárquica e administrativa da polícia judiciária ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público. O que existe é uma dependência funcional, subordinando-se a polícia judiciária operacionalmente a tais órgãos, pois é ela quem prepara os atos que dão ensejo à ação penal. E essa subordinação, diz o autor, “deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal”.¹⁵⁵

Assim, não pode, por exemplo, o *parquet* exigir o livro-ponto dos policiais, pois estes já estão submetidos a um controle interno exercido pelos Chefes de Polícia; nesse sentido, é o entendimento de Araújo Júnior, quando dispõe que o interesse do MP deve ser apenas sobre a “atividade-fim da polícia” e não a administrativa.¹⁵⁶

Entrementes, advém de Aury Lopes a seguinte crítica: “Que polícia judiciária é essa que não está subordinada ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público?”.¹⁵⁷ Para o autor, a polícia judiciária nada mais é do que um “órgão auxiliar” e, por ter essa característica, é evidente que deve estar subordinada, funcionalmente, aos juízes e promotores, que também são os dirigentes da atividade de polícia judiciária. Acrescenta dizendo que não há, na legislação vigente, um dispositivo que define, de forma clara, a regulamentação do controle externo da atividade policial pelo MP, sendo que os recursos existentes na lei complementar acima citada são meramente para controle da legalidade dos atos policiais.¹⁵⁸

¹⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 201-202. v. 1.

¹⁵⁶ O autor esclarece que “o controle externo da atividade policial cinge-se única e tão-somente aos atos de polícia que se relacionam diretamente com a função do Ministério Público. Assim, inspecionar os livros de registro de ocorrências, registro de inquiridos policiais, registro de fianças criminais, registro geral de presos, registro de objetos apreendidos e registro de ocorrências referidas na Lei n.º 9.099/95, que são fontes de interesse do Ministério Público, pois a ele incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não caracteriza controle interno do Ministério Público no âmbito da polícia” (ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Taumaturgo de. *Controle externo da atividade policial, o outro lado da face*. Disponível em: < <http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigos.asp?iCodigo=34> > Acesso em: 03 dez. 2007).

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. *A opacidade da discussão em torno do promotor investigador: mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.º 142, set, 2004.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 160 e 161.

Pode não haver dispositivos legais que regulamentem claramente o controle externo da polícia judiciária, mas deve-se ter presente, e isso é essencial, que, acima do controle externo exercido pelo promotor de justiça, está o controle exercido pela participação popular, pois todo poder emana do povo, inclusive o poder de polícia. Assim como o povo pode delegar poderes, pode transformá-los e controlá-los. Nesse sentido, para aproximar a polícia do povo, Maria Benevides sugere que se comece “redescentralizando a organização policial para os municípios”, tendo, dessa forma, o povo melhores condições de exercer este poder, através dos Conselhos Populares de Segurança.¹⁵⁹

2.2.2 A importância do procedimento policial

Ao se verificarem os artigos 39, § 5º e 46, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, constatar-se-á que o inquérito policial poderá ser dispensado, se o órgão ministerial tiver elementos suficientes à propositura da ação penal. Ademais, o artigo 27 do CPP dispõe que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. No entanto, o inquérito policial tem uma nobre função na elucidação das infrações penais e sua autoria. Ele deverá servir como um “filtro processual”, que evita acusações falsas e injustas e provas inúteis, dando maior sustentabilidade para quem irá propor a ação penal.¹⁶⁰ Por isso, não pode o procedimento policial ser considerado uma “simples peça informativa” ou “um nada jurídico”, como muitos têm sustentado, pois ele não infor-

¹⁵⁹ Segundo a autora, “questionamos, então, se seria viável pensar na eletividade do Chefe de Polícia local diretamente pelo povo, ou numa outra versão, pela Câmara de Vereadores, e com a conseqüente possibilidade de revogação de seu mandato por improbidade administrativa, por crime de responsabilidade, por direitos claramente tipificados. Mas, seria de se perguntar, ainda sobre a viabilidade desses *conselhos populares de segurança*, no nível também municipal, ou, separadamente, conselhos nas grandes cidades, por regiões ou bairros. E esses conselhos poderiam ter uma competência dupla: indicar diretrizes e definir prioridades; e, em segundo lugar, controlar, fiscalizar, encaminhar denúncias” (MESQUITA BENEVIDES, Maria Victoria de. *A Polícia sob controle da sociedade a que serve*. In: *O papel da polícia no regime democrático*. Coordenador Bismarcel B. Moraes. São Paulo: Mageart, 1996. p. 73-87).

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar...*, 2006. p. 65.

ma apenas; ele traz declarações do ofendido, declarações do acusado, depoimento das testemunhas, acareações, reconhecimento de pessoas, provas periciais, identificação e vida pregressa do suspeito e até a reconstituição do crime em alguns casos.¹⁶¹ Como lembra Frederico Marques,¹⁶² “é com base no inquérito que o juiz decreta a prisão preventiva do acusado” e, no mesmo sentido, acrescenta Miguel Wedy¹⁶³ que a prisão preventiva só é possível através da instauração prévia de inquérito ou de investigação direta pelo Ministério Público.

Isso demonstra que não é pouco o valor que tem o procedimento policial, que está inclusive previsto na Magna Carta, em seu art. 129, VIII, sendo pouco o reconhecimento que a ele é dado, e esse reconhecimento começa na academia. Basta que se vejam os raros livros jurídicos que tratam sobre o inquérito ou, quando tratam, é de uma maneira muito superficial. Na verdade, quando o assunto se refere à Polícia, há certo preconceito por parte da sociedade, pois, caso contrário, não seria a investigação preliminar “relegada a um segundo plano” como diz Aury Lopes e como diria também Albert Einstein: “Que época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo!”.¹⁶⁴

Como já foi mencionado, o inquérito pode ser dispensado, mas há casos em que só a polícia consegue agir, ainda mais quando exposta a todos os perigos e armadilhas do crime. Bismael Moraes, ao tratar da imprescindibilidade da polícia judiciária, traz um dado interessantíssimo comprometendo a tese da dispensabilidade do inquérito, no sentido de que “mais de 99% de todos os autos de prisão em flagrante delito realizados e que dão entrada no Poder Judiciário [...] são fruto de trabalho elaborado nos chamados ‘Plantões Policiais’”, dados que o autor traz da cidade de São Paulo e também que, “de mil processos

¹⁶¹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161. Ver também MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 296.

¹⁶² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 170.

¹⁶³ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 136.

¹⁶⁴ LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 0, mai-ago, 2000. p. 57.

criminais julgados, apenas três a cinco não tiveram início pela prova material colhida na Polícia”.¹⁶⁵

Nesse mesmo raciocínio, cumpre destacar o entendimento de Francesco Carnelutti ao proferir que, “en efecto, en la práctica, por poco que el hecho tenga importancia, la instrucción comienza, con las informaciones sumarias, en el ambiente de la policía judicial y con frecuencia allí toma la forma definitiva”.¹⁶⁶ Por isso, referiu-se, no capítulo anterior, que o valor dado ao inquérito policial está expresso no item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, quando o Ministro Francisco Campos o tratou como sendo indispensável.¹⁶⁷

Situação bem diferente ocorre em países da Europa, como Alemanha, Itália e Portugal, por exemplo, onde, depois de passarem por uma reforma na legislação, concederam a investigação criminal ao Ministério Público, estando a polícia judiciária subordinada a este órgão. Nesse sentido, sublinhe-se o pensamento de Aury Lopes, que é o de ser a investigação realizada pela polícia “um sistema arcaico e totalmente superado”, sendo normal a “tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da instrução preliminar”.¹⁶⁸

No entanto, o Brasil apresenta características muito diferentes daquelas deparadas em alguns países da Comunidade Europeia, entre elas, a começar pela extensão territorial que tem o país. Ora, alguém

¹⁶⁵ MORAES, 1986. p. 294 e 295.

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950. p. 99. v. 2.

¹⁶⁷ Para o Ministro, “ele é 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 suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeito a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou a instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 0, mai-ago, 2000. p. 62 e 68.

já parou para pensar que Portugal e Itália, por exemplo, em extensão territorial, são menores que o Rio Grande do Sul? Aliás, o Brasil, em extensão territorial, não é tão menor que todo o continente europeu. Então, seria muito difícil para o *parquet* atuar nos rincões deste Brasil, tarefa que, para a polícia, não parece ser tão complicada, pois ela está por toda a parte, até mesmo nos distritos mais longínquos.¹⁶⁹ Como muito bem acentuou o jurista alemão Kern, “a Promotoria sem a Polícia é como uma cabeça sem as mãos: não pode agir”.¹⁷⁰ Consequentemente, o sistema brasileiro de investigação preliminar, seja através de investigação ministerial, do inquérito não policial ou, em especial, do inquérito policial não pode ser descartado como se nada valesse e prescindível fosse. Certamente, existem inconveniências na condução do inquérito, ninguém duvida disso, assim como ainda há delegacias que atuam com uma visão processual antiga, que diverge da Constituição moderna, além do problema da corrupção e do abuso de autoridade, quando mais se precisa de uma polícia preparada para atuar em todas as classes sociais, com ética e respeito aos valores fundamentais.

2.3 UM CÓDIGO DE CONDUTA POLICIAL

Mendes de Almeida sempre doutrinou que a polícia deve ser preparada para proteger a sociedade, e não servir de escudo para os governos contra ela.¹⁷¹ Não existe mais, no Brasil, o regime ditatorial, que determinava à polícia a tarefa de conter qualquer atentado que

¹⁶⁹ Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item IV, o Ministro Francisco Campos aconselha a conservação do inquérito policial tendo como argumento, entre outros, a vasta extensão territorial brasileira. Veja-se também sobre as vantagens e desvantagens do inquérito policial em LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 0, maio-agosto 2000. p. 62.

¹⁷⁰ *Apud* COLOMER, Juan-Luis Gómez. Estado democrático e modelo policial: uma proposta de estrutura para obter uma investigação eficaz do crime. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 101.

¹⁷¹ Entendimento que Joaquim Canuto Mendes de Almeida expôs na aula inaugural (23.03.1979) do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*Apud* MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 6).

ameaçasse a ordem estabelecida. Vive-se num regime democrático, em que a polícia deve estar apta a servir ao povo, não aos governos, pois, como está expresso no texto constitucional, *todo o poder emana do povo*. Toda autoridade policial deve ser digna desse nome (Autoridade), que significa uma conquista da simpatia popular, deixando de ser vista como algo temível que reprime constantemente.

Bertrand De Jouvenel entende por *autoridade* aquela que tem a “faculdade de angariar o consentimento de outrem”, diferente de *poder*, que firmemente se aplica contra alguém, fazendo o efeito contrário, pois com ele se emprega a força de que se dispõe para obter um determinado respeito. Dessa forma, a polícia deve utilizar o *poder* somente quando constatar o esgotamento de sua *autoridade* e de todas as alternativas legais, ou seja, excepcionalmente, evitando, sempre que possível, um rigor excessivo no cumprimento da lei.¹⁷²

Preocupados com a maneira com que é exercida a autoridade policial, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979, adotou um “código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei”. Dividido em oito artigos, o código preza o respeito e proteção à dignidade humana, aos direitos humanos de todas as pessoas, banindo qualquer tratamento desumano ou degradante, atos de tortura e atos de corrupção. Como refere Renato Nalini, é uma resolução “inspirada pela cosmovisão democrática que considera a comunidade como fonte imediata do direito, provida de autoridade que deve ser acatada e sede de justiça ante a qual se deve dar e render contas”.¹⁷³

A necessidade da criação de um Código de Ética Policial pela ONU é um forte sinal de desrespeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, aos deveres da categoria com a comunidade, e isso ocorre até mesmo em países desenvolvidos como, por exemplo, a Espanha, a Itália, a França, a Alemanha, os Estados Unidos e o Japão.¹⁷⁴

¹⁷² Apud PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 330.

¹⁷³ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 288.

¹⁷⁴ BACILA, Carlos Roberto. Polícia e direitos humanos: incompatibilidade? In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 66-67.

O Brasil, ao estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária (sobre os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade), preza a dignidade da pessoa humana, assim como a prevalência dos direitos humanos e a repressão a qualquer tipo de discriminação, sendo, por isso, extremamente relevante a observância da isonomia e da legalidade¹⁷⁵ nos atos da autoridade policial incumbida na investigação de um ilícito penal. Começando pela Lei Maior, no Título I, que trata dos princípios fundamentais, e, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, é notável a preocupação do constituinte com a ética das “*forças públicas*”.¹⁷⁶ Ademais, faça-se constar a existência de um Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994), que abrange todos os departamentos dos órgãos federais, inclusive a Polícia Federal, o Decreto 59.310, de 23 de setembro de 1966, e a Lei 4.878, de 3 de dezembro de 1965, que dispõe sobre o regime jurídico dos policiais civis da União e do Distrito Federal. No âmbito estadual, especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, há a Lei 7.366, de 29 de março de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil.

Muito antes da legislação constitucional e infraconstitucional ora exposta, o delegado Manoel Ribeiro da Cruz, com o intuito de regulamentar o comportamento ético dos chefes de polícia, elaborou um Código de Ética aprovado pela Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, que demonstra preocupação tanto com o aspecto funcional do policial como com o feito de relacionamento individual e coletivo.¹⁷⁷

¹⁷⁵ O art. 37 da Constituição Brasileira abarca, além da legalidade, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem ser observados por qualquer agente público.

¹⁷⁶ A expressão em destaque é usada por Eduardo C. B. Bittar em *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 549.

¹⁷⁷ Diz o Código de Ética do Delegado de Polícia: I – Lembra-te de Deus e da Pátria em todas as tuas ações; II – Sê um sustentáculo de nossas leis, de nossas tradições, de nossas instituições. Antes, porém, de vigiar aos teus concidadãos, vigia-te a ti próprio; III – Jamais coloques as conveniências de tua carreira acima da tua trajetória moral. Lembra-te de que teu mérito como delegado não residirá num posto honorífico, mas na tua integridade, da qual ninguém poderá remover-te, nem demitir-te, nem aposentar-te; IV – Tua palavra deve ser considerada dos maiores bens que possas ter. Não a empenhes em vão. Proferindo-a, cumpre-a, ainda que isto te custe os mais pesados sacrifícios; V – Reserva o teu rigor para as causas maiores. Não desembainhes tua espada sem motivo, não a embainhes sem honra; VI – Aperfeiçoa constantemente tua

Nota-se que a inquietação comum de todos os estatutos que tratam do tema também diz respeito à dignidade do profissional que está exercendo a função de responsável pela aplicação da lei, pois não é proporcional exigirem-se atos de heroísmo, se não se mostrar respeito ao próprio policial, e isso ocorre quando se o sujeita a equipamentos defasados, quando se o remunera com baixos salários e sem o merecido reconhecimento, o que contribui para abusos, que igualmente é preocupação dos ordenamentos éticos. No entanto, tais argumentos não devem justificar o cometimento de um ato ilegal por parte do policial e, caso isso ocorra, a sanção é a prevista na Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, além de outras penalidades dependendo do fato cometido.

2.4 DIFERENÇA DE PROCESSO E PROCEDIMENTO

Necessário se faz um breve esclarecimento do que vem a ser processo e procedimento para uma melhor compreensão do tema que será tratado no capítulo seguinte.

O constituinte legislou, pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira, 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. No entanto, parece que houve uma confusão terminológica no dispositivo constitucional, ao se referir a *processo judicial ou administrativo*. Como doutrina Almeida Júnior, um dos precursores da distinção no Brasil, “uma coisa é

formação intelectual. Procura conhecer a fundo a profissão que abraçaste, a fim de convertê-la em instrumento perfeito da tua cooperação na obra de reerguimento da Pátria; VII – Nunca afirmes, em detrimento de teus colegas, senão aquilo que tiveres por certo e, ainda assim, quando isso for necessário para evitar mal maior. Em presença de estranhos à classe, em hipótese alguma deves manifestar-te; VIII – Não te consideres chefe de teus subordinados apenas porque tens um título que assim o declara. Se és seu superior, deves manter sobre eles, custe o que custar, ascendência moral e intelectual; IX – Sê firme e coerente em todas as tuas atitudes; X – A autoridade policial não é um carrasco, mas sim um guia. Procura antes esclarecer do que reprimir; antes persuadir do que castigar (Apud NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 297-298) [grife-se].

o *processo*, outra coisa é o *procedimento*. O processo é uma direção no movimento; o procedimento é o *modo* de mover e a *forma* em que é movido o ato”.¹⁷⁸

Ocorre que o termo *processo* significa, para nós, o próprio exercício da *jurisdição*, relacionando-se com esta, enquanto o procedimento é um ato que pode se manifestar fora do campo processual, incidindo em atos administrativos ou legislativos, por exemplo. Nesse sentido, é o entrosamento de Lascano e Niceto Alcalá Zamora.¹⁷⁹

E a jurisdição, sobrepõe Mendes de Almeida, só é possível através do Poder Judiciário.¹⁸⁰ Lauria Tucci pende para o mesmo entendimento, ou seja, para o professor, só existe processo onde há jurisdição, função exclusiva do Judiciário.¹⁸¹ José da Silva ressalta que “a jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV)” e “se realiza por meio de um processo judicial”.¹⁸²

Etimologicamente, processo denota uma ação de proceder, da palavra latina *procedere*, que quer dizer seguir adiante. Por isso, explicam Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, por muito tempo, houve uma confusão com o simples ato processual (procedi-

¹⁷⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. p. 243.

¹⁷⁹ *Apud*. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 429.

¹⁸⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 7. Ao pronunciar-se sobre o termo “jurisdição” da antiga redação do art. 4º do CPP (*A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.*) [grife-se] Salles Júnior divide o mesmo raciocínio, sendo que “a expressão ‘jurisdição’ é imprópria, uma vez que diz respeito à atividade dos órgãos jurisdicionais e somente os Juízes de Direito têm jurisdição”. Portanto, propõe o autor o uso da palavra *circunscções* que, inclusive, já faz parte da nova redação dada ao art. 4º do CPP (SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência e prática*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 5). Segundo De Plácido e Silva: “Jurisdição. Derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), formado, como se vê, das expressões *jus dicere, juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do poder de julgar de um juiz” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 466).

¹⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 17 e 232.

mento). Para os autores, “a noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional)”, enquanto o procedimento constitui os atos formais que se sucedem no decorrer do processo.¹⁸³

No ensinamento de Francesco Carnelutti, o *processo* expressa o conjunto dos atos necessários para obter um determinado resultado, e o *procedimento* significa o encadeamento dos atos utilizados para o fim em que se desenvolve. Salieta o jurista que “hacer el proceso, esto es, proceder, significa cumplir un acto después de otro”.¹⁸⁴

¹⁸² O constitucionalista explica que “anteriormente ao período moderno, havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitâneas Hereditárias no Brasil colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 480-481).

¹⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 285.

¹⁸⁴ “Aquí, a los fines científicos, se ha contemplado desde hace tiempo la oportunidad de establecer una diferencia entre los dos conceptos de *proceso* y *procedimiento*, los cuales, en el lenguaje común, tienen el mismo significado; por tanto, con la voz *proceso* se quiere significar el conjunto de los actos necesarios para conseguir el resultado (en el caso, para obtener el castigo), considerados en su simultaneidad, esto es, fuera del tiempo (se diría, en una fotografía, que los comprende todos juntos); y con la voz *procedimiento*, en cambio, el conjunto de tales actos considerados en su sucesión, y por eso en el tiempo (se diría en un *fluir* y, así, en un *film*, que representa su desarrollo). Pero ésta es solamente una aproximación al concepto de procedimiento, que tiene todavía necesidad de ser profundizada” (CARNELUTTI, Francesco. *Principios del derecho penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 54). Sobre a jurisdição, leciona que “la jurisdicción es una potestad que pertenece al juez y no al Estado; el juez es desde luego un órgano del Estado, pero la jurisdicción es un poder del órgano, no del Estado; del mismo modo decimos que la vista es una función del ojo, no del cuerpo animal; no se puede atribuir la jurisdicción al Estado ni la vista al cuerpo porque la jurisdicción, como la vista, es función diferenciada, y por eso parcial, y sería una incoherencia lógica atribuir la función de la parte al todo. Ella pertenece, pues, desde luego al juez porque es órgano del Estado; pero esto quiere decir que la relación orgánica del juez con el Estado constituye el título de la pertenencia o, más precisamente, su legitimación” (CARNELUTTI, Francesco. *Principios del derecho penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 63).

Ao caracterizar a função jurisdicional por meio do princípio do juiz natural, Afrânio Jardim diz que “ninguém será processado ou julgado senão por órgão judicial previamente consagrado em nosso sistema constitucional. Em outras palavras, não se criará órgão algum para julgar este ou aquele caso específico já ocorrido”.¹⁸⁵

Frederico Marques, atento ao equívoco que se comete quando se fala de *processo administrativo*, que, na verdade, é *procedimento administrativo*, define como processo aquele em que o movimento dos atos se realiza em função da atividade jurisdicional, e procedimento somente se é uma atividade administrativa desenvolvida por uma sucessão de atos. Para o autor, “errôneo é, portanto, falar-se em processo administrativo, pois a expressão exata seria a de *procedimento administrativo*”.¹⁸⁶

Nesse mesmo sentido, leciona Lauria Tucci que “é de ter-se na devida conta que o vocábulo processo, adjetivado de *administrativo*, significa, no texto constitucional em referência, *procedimento*, dizendo respeito, por isso, também, ao da *investigação criminal*”.¹⁸⁷

Ao reverso, há o estudo realizado por Adolfo Merkl, em 1927, quando concluiu a pesquisa sobre a essência do processo declarando que, “em sentido rigoroso e técnico, se fala de processo jurídico somente quando o caminho que leva a um ato estatal não está na livre escolha do órgão competente para o ato, mas está previsto juridicamente”. O jurista austríaco defende ser insustentável a redução de *processo à justiça*, sendo que o processo pode ocorrer em todas as funções do estado e acrescenta que essa limitação criada se dá em virtude da História, “porque dentro desta função estatal se acham as raízes do processo”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ A seguir, o autor cita a definição de jurisdição sob a visão de Leo Rosenberg: “La jurisdicción, llamada también de función de justicia, *poder judicial*, es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10-12) [grife-se].

¹⁸⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 430. Frederico Marques também pensa que “a jurisdição, como função do estado, é atribuída ao Poder Judiciário e dividida, na constituição, entre os órgãos que o compõem” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 18. v. 1).

¹⁸⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

¹⁸⁸ *Apud* MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 18-19.

Nos escritos de Elio Fazzalari, também há menção de “processos jurisdicionais administrativos”, inclusive, fazendo o jurista italiano alusão a “juízes administrativistas”, aqueles que assumem posições específicas de administração pública. Do mesmo modo, Fazzalari entende praticável a jurisdição “mesmo para órgãos estatais diversos dos juízes, mas, em tal hipótese, ‘jurisdição’ significa ‘âmbito dos poderes do órgão’: por exemplo, o prefeito de Roma tem jurisdição sobre a província de Roma”.¹⁸⁹

Aury Lopes elucida que o legislador foi claramente garantista e que a divergência dos termos *processo administrativo* ou *procedimento administrativo* não é motivo para deixar de aplicar o artigo 5º, inciso LV da Constituição Brasileira no inquérito policial, observando que a mesma confusão terminológica se deu quando o legislador ordinário falou em *processo comum* e *processo sumário*, que nada mais é do que procedimento. Argumento que também não deve ser usado pelo fato de o dispositivo constitucional falar em *acusado em geral*, e não, *indiciado*, porque a expressão *em geral* diz respeito ao investigado, sendo a imputação e o indiciamento apenas um formato de acusação em sentido amplo.¹⁹⁰

Entendimento que também é cultivado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, relator do HC 88.190-4 RJ, quando reforçou o argumento de que o indiciado e o investigado também fazem parte da classe dos acusados.

¹⁸⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 29-30 e 267-273. Em outra obra, *Processo: teoria generale. Novissimo digesto italiano*, o processualista italiano explica que “o fato de o processo ter se identificado com o campo do exercício da jurisdição não autoriza sua redução a esse âmbito” (*Apud* SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243).

¹⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 351-354. Para Cândido Furtado, “falar nos dias atuais que o inquérito policial é um procedimento inquisitivo e que não permite a ampla defesa e o contraditório (artigo 5º, inciso LV, CF) é o mesmo que afirmar que vivemos em um Estado democrático de direito formal, e não real, prevalecendo o sistema inquisitivo. No mínimo, uma grande falta de atenção dos doutrinadores e daqueles que se julgam profissionais a utilização da hedionda expressão *processo ou procedimento inquisitivo*” (MAIA NETO, Cândido Furtado. *Inquisição e justiça penal contemporânea: tribunais do Santo Ofício e as heranças da repressão. Estado democrático versus regime ditatorial*. Revista Prática Jurídica, ano III, n. 32, p. 16-26, 30 de nov. de 2004. p. 22).

Nesse mesmo raciocínio, entende Motta Lopes não restar dúvida, diante da Constituição Brasileira, que o investigado “assume a condição de *acusado em geral* com o ato de indiciamento, que deve ser visto como o movimento inicial para a abertura de novos direitos aos investigados”. Para o autor, que inclusive é delegado de polícia, não é problema assegurar ao investigado os direitos fundamentais durante o inquérito policial, mas é problema grave a falta de consideração que é dada aos profissionais que nele trabalham, como a falta de melhoria na estrutura da polícia pelos governantes, o que contribui para a impunidade.¹⁹¹

Feita a distinção, passa-se a discorrer sobre a possibilidade de incluir, ou não, no inquérito policial, o contraditório e o direito de defesa, no que diz respeito à atuação técnica no mesmo procedimento.

¹⁹¹ LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal*. Canoas: ULBRA, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, 2007. p. 111 e 177.

3 DA (IN)EXISTÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA NO INQUÉRITO POLICIAL

“Um direito adquirido sem custo não vale, nem mais nem menos, que o menino encontrado sobre uma couve, no conto que se faz para as crianças. Deste menino pode qualquer apoderar-se. Mas a mãe que deitou o filho ao mundo não deixará que alguém o tome, como um povo não deixará jamais roubar os direitos e as instituições que conquistou à custa do próprio sangue.”¹⁹²

Rudolf Von Ihering

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

A título de esclarecimento, é importante definir alguns dos principais direitos do investigado ao longo do inquérito, em que momento ele se torna indiciado e quando e de que modo o advogado deve manifestar sua assistência técnica ao acusado. Por isso, é conveniente que se faça, através dos princípios, determinada explicação.

O nome *princípio*, conforme Luís-Diez Picazo, advém da linguagem da geometria, que significa “onde se designam as verdades primeiras”, sendo exatamente *princípios* os que estão no começo, fundamento ou ponto de partida. E, segundo Picazo, os princípios têm “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo”, assim como há normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.¹⁹³

¹⁹² VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 22.ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 10.

¹⁹³ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-256.

Na doutrina italiana, entre outros, destaca-se o pensamento de Elio Fazzalari, que entende por princípio “os elementos básicos da disciplina positiva, isto é, as regras fundamentais e, correlativamente, as noções, também estas fundamentais, derivantes da nossa reflexão sobre tais regras”.¹⁹⁴

No começo, os princípios figuravam tão somente numa concepção civilista. Em meados da segunda década do século XX, F. de Clemente e Mucius Scaevola já tratavam os princípios como algo que sustentam “vida própria”; assim, expressos ou não nos Códigos, exprimem “uma verdade jurídica universal”.¹⁹⁵

Paulo Bonavides refere que “a caminhada teórica dos princípios gerais, até sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subseqüentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.¹⁹⁶

No magistério de Humberto Ávila, os princípios são “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”. Para o autor, um princípio não pode ser usado simplesmente por preferência de quem o aplica, pois ele institui um dever finalístico.¹⁹⁷

Tem-se o pensamento de que o Direito não é somente um conjunto de regras, assim como não pode ficar a este reduzido, pois ele se projeta em sistema, o que é inerente ao homem. Além das regras, fazem parte do Direito os princípios, sobretudo, aqueles consignados

¹⁹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 41. A Corte Constitucional italiana, em 1956, também contribuiu para o esclarecimento do termo, conceituando *princípio* da seguinte maneira: “Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico” (BONAVIDES, 2003. p. 256-257).

¹⁹⁵ *Apud* BONAVIDES, 2003. p. 256.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258. Para o constitucionalista, “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa” (BONAVIDES, 2003. p. 288).

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann.. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80 e 91.

no texto constitucional. Conforme Jorge Miranda, são os princípios que dão coerência ao sistema, pois eles funcionam “como critérios de interpretação e de integração”; assim, a estrutura de um sistema constitucional reflete-se através dos princípios que o compõem.¹⁹⁸

Ainda, na doutrina portuguesa, relevante é o pensamento de Gomes Canotilho, ao definir os princípios como “normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”. Evidente que o autor trata dos princípios na qualidade de verdadeiras normas jurídicas. Então, sendo o princípio fruto da otimização, ocorre um balanço entre valores e interesses, não obedecendo, segundo Canotilho, como as regras, à lógica do *tudo ou nada*.¹⁹⁹

Assim como as regras, os princípios são normas, ou melhor, uma espécie de norma jurídica. Conforme Robert Alexy, “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad”. Para o jurista alemão, os princípios funcionam como mandamentos de otimização, pois estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fácticas, mas também das jurídicas.²⁰⁰

Em sentido contrário, sustenta Lenio Streck que os princípios não são mandamentos de otimização ou postulados de interpretação, mas normas de caráter deontológico que desnudam o que a regra (positivista) não explica. Segundo Streck, eles devem “ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo”, sendo que o princípio está contido na regra interligando-a ao mundo prático.²⁰¹

Destarte, pode-se observar que os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e que devem ser levados a sério, justificando,

¹⁹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 223-227. v. 2.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1145.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 83 e 86.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 116.

assim, a existência do Estado, instituição que fará a realização e proteção dos direitos fundamentais,²⁰² entre eles, os que seguem:

3.1.1 Princípio do contraditório

Estes esclarecimentos sobre o princípio do contraditório são indispensáveis, pois, ao falar em *direito de defesa no inquérito policial*, logo se pensa num contraditório pleno, em que o advogado do investigado estará a par de todos os atos investigativos que estão acontecendo. Mas, não é assim que se deve pensar. Certo sigilo é necessário para os atos iniciais do inquérito policial (os atos investigatórios), pois, caso contrário, não haveria necessidade deste. Como lembra uma frase muito famosa dita por Benjamin Franklin: “O Poder, quando abusado, deixa de ser legítimo e degenera em tirania; a Liberdade, por sua vez, quando levada a excessos, acaba produzindo os mesmos efeitos”.

O princípio do contraditório, segundo Tourinho Filho, vigora em todo sistema acusatório, ou seja, o réu deve obrigatoriamente ser informado dos atos que correm contra si para poder exercer sua defesa (informação e reação). Esse princípio exige que a parte contrária também seja ouvida, *audiatur et altera pars* e *nemo inauditus damnari potest*, sob o risco de anulação de todos os atos processuais que tenham prejudicado o réu. É através do contraditório que se dá a contestação da denúncia e o direito de reperguntar a todos que influírem no processo (testemunhas, peritos etc.); enfim, é o direito que tem o réu de manifestar-se sobre todos os elementos do processo, sendo, exatamente por isso, o último a interferir.²⁰³

É o contraditório que dá a ideia de bilateralidade dos atos processuais, promovendo o devido processo legal. Então, embora seja um direito fundamental, mister assinalar que esta contrariedade, bilateralidade, não faz *plenamente* parte da investigação policial justamente pela

²⁰² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 48 e 64-69. Alexy chama atenção para o fato de que os “direitos fundamentais podem assegurar muita coisa, mas não tudo. Eles não são nenhum remédio universal. Existem numerosos problemas que não são solucionáveis por direitos fundamentais, portanto, por direitos, mas somente por política ou moral. Quem carrega tudo nos direitos fundamentais os destrói” (ALEXY, 2007. p. 102).

²⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21-22.

falta de dialética e relação jurídico-processual que tem o procedimento, sendo aplicável, de forma *plena*, somente na instrução judicial, ou até em outros “processos administrativos”, como diz o mandamento constitucional (art. 5º, LV), que não seja o inquérito policial.

Ressalta-se, nesse raciocínio, o pensamento de Mendes de Almeida, que leciona: “Essencial ao processo é que as partes sejam postas em condições de se contrariarem. [...] A contrariedade é a ação das partes. Tem suas raízes naturais no conflito de interesses e se manifesta processualmente na representação desse conflito diante do juiz”.²⁰⁴

Por isso, a essência do princípio do contraditório é a presença física e atuante do defensor e acusador, concernente às razões de Francesco Carnelutti: “Aquí se debe decir claramente que el ministerio público y el defensor están *hechos para contradecirse*; su contradicción es necesaria al juez como el oxígeno en el aire que respira”.²⁰⁵

James Goldschmidt entende que, “para llevar a cabo el principio de contradicción en el juicio oral, la defensa, hasta entonces facultativa (art. 118 L. E. Cr.), llega a ser obligatoria (art. 652, párr. 2)”.²⁰⁶

Na doutrina portuguesa, o contraditório também é tido como *princípio da audiência* ou *direito de audiência*, sendo que, através dela, as partes poderão pronunciar-se. Há quem sustenta que, na base do princípio da audiência (ou contraditório), está o respeito pela dignidade da pessoa humana, que, aliás, é a *dignitas humana*, na concepção de Figueiredo Dias, o fundamento de todos os princípios do direito, impedindo que a pessoa se transforme em “*objecto* das decisões judiciais, mas continue, como *sujeito*, a participar de modo efectivo e eficaz no juízo comunitário em que o processo se traduz”.²⁰⁷ Em semelhante raciocínio, incorre Ingo Sarlet ao defender que a pessoa humana não

²⁰⁴ Em resumo, diz o autor que o contraditório é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82).

²⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Princípios del derecho penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 144.

²⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961. p. 141.

²⁰⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 154.

pode ser transformada num mero objeto ou instrumento, porque ela é dotada de um valor próprio, que lhe é inseparável.²⁰⁸ Por isso, frequentemente se diz que o contraditório e o direito de defesa não são apenas uma garantia do indivíduo, mas da sociedade, que tanto lutou pela democracia.

Nelson Nery explica que, no Código de Processo Civil, há um dispositivo (art. 125, I) que obriga o juiz assegurar às partes litigantes a igualdade de tratamento e, por consequência, o contraditório, pois todos são iguais perante a lei. Segundo o autor, o contraditório não pode ser estendido ao inquérito policial, mas, como a autoridade policial e o Ministério Público têm o dever de esclarecer os fatos, nada obsta ao acusado o “acesso aos autos e a todos os passos da investigação”.²⁰⁹ Já o Código de Processo Penal (art. 261 e art. 497, V), assim como a Constituição Brasileira (art. 5º, LXIII) certificam a assistência de advogado, porém, não há igualdade de tratamento na fase da instrução judicial e tampouco na preliminar.²¹⁰

O cerne da questão é que o art. 5º, LV, da Constituição Brasileira fala em *contraditório* e *ampla defesa*, levando muitos doutrinadores, com a devida vênia, a crer que ambos formam um único significado, assim como têm sustentado Ada Pellegrini, Antonio Scarance e

²⁰⁸ Sarlet explica que “a idéia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 103).

²⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171 e 177.

²¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco salienta que “o contraditório, por sua vez, nem sempre está ligado à idéia de igualdade. Se considerarmos, por exemplo, que o poder de recorrer é uma expressão do contraditório – as vezes em que a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazos maiores do que as outras partes – isso poderia significar que a igualdade está violada e, no entanto, há o princípio do contraditório. É do princípio do contraditório que decorre o poder que ambas as partes têm de chegar ao segundo grau de jurisdição. Não há inteira coincidência entre igualdade e contraditório. São conceitos diferentes. Embora se encontrem, são conceitualmente diferentes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, 1981/82. p. 29).

Antonio Magalhães, ao afirmarem que “defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados”.²¹¹

Contrariando o entendimento ora exposto, Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967, já defendia a distinção entre contraditório e direito de defesa, assegurando o jurista que “uma coisa é o princípio da *contraditoriedade processual* e outra o *princípio do direito à defesa*. Este começa antes mesmo de se iniciar aquela e pode persistir, como de ordinário persiste, para além dela”.²¹²

O mesmo critério é adotado por Pacelli de Oliveira, ao conceituar que o contraditório exige a participação do advogado, enquanto o princípio da ampla defesa vai além, impondo que essa participação seja realizada de forma efetiva, sob pena de nulidade dos atos que tenham prejudicado o acusado.²¹³

Embora haja uma relação muito forte entre contraditório e direito de defesa, não se deve entendê-los como algo inseparável, isso porque se entende que o constituinte apartou bem as expressões *litigantes* e *acusados em geral*, bem como *contraditório* e *ampla defesa*. Dessa feita, explica Marta Saad que o termo “é exercido de acordo com o instante e a natureza do procedimento que lhe seja compatí-

²¹¹ Segundo os autores, “é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85).

²¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 208. v. 5. Constituições anteriores à de 1988 faziam expressamente a distinção entre contraditório e direito de defesa. Assim, regravava a Constituição de 1891, no art. 72, § 16: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa.”; a Constituição de 1937, no art. 122, parte final: “A instrução criminal será contraditória, asseguradas as necessárias garantias de defesa.”; a Constituição de 1946, no art. 150, § 15: “É assegurada aos acusados ampla defesa. A instrução penal será contraditória.”; a Constituição de 1967, art. 150, § 15 (renumerado pela EC nº 1, de 1969 como art. 153, § 15): “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.” e no art. 150, § 16: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

²¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30. Ocorre que, no inquérito policial, não há que se falar em nulidades. Essas somente são arguidas no processo judicial.

vel, o que não impede que, desde que possível, sejam atuados conjuntamente”.²¹⁴

Aury Lopes compartilha o magistério de Giovanni Leone, que também faz a diferenciação, assinalando que “não se pode identificar contraditório e direito de defesa, pois o último pode ser exercido sem que seja instaurado o contraditório”.²¹⁵

Corroborando tal ideia, interessante observar o comentário de Carlos Nogueira, pois o autor distingue claramente que o contraditório “protege os direitos de ambas as partes em litígio, numa relação processual”, enquanto a ampla defesa está para a proteção dos acusados em geral.²¹⁶ Porém, predomina o entendimento de que, no processo penal, há indiciamentos ou acusados em geral e acusador e, somente no processo civil, pode haver o litígio.²¹⁷

Ainda, Carlos Nogueira salienta a existência de duas espécies de contraditório, ou seja, o *real* e o *diferido*. O *contraditório real* se dá no momento em que a prova está sendo produzida, como acontece nas inquirições de testemunhas pelo juiz, podendo o advogado reformular as perguntas que entender cabíveis. Já o *contraditório diferido* é realizado somente após terem sido realizadas todas as produções de prova que se entenderam necessárias. Aí pode o advogado debater e fazer requerimentos.²¹⁸ Por isso, diz Aury Lopes que não há contraditório pleno no inquérito policial, pelos elementos que

²¹⁴ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216.

²¹⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal...*, 2006. p. 232.

²¹⁶ Assinala que “não podemos confundir contraditório com ampla defesa. O princípio-garantia do contraditório protege os direitos de ambas as partes em litígio, numa relação processual, judicial ou administrativa. Por isso mesmo, o texto constitucional se refere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo. Já a ampla defesa agasalha os direitos dos acusados em geral, e a locução em geral significa que não apenas aqueles que sofrem uma acusação penal possuem tal direito: também aqueles contra quem se dirige uma acusação civil, ou administrativa, ou tributária, ou de outros matizes” (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Edipro, 2002. p. 134).

²¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 25. Igualmente, SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216.

²¹⁸ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Edipro, 2002. p. 133.

lhe faltam.²¹⁹ Ou seja, o que deve faltar ao instrumento policial é a *contraditoriedade real*, plenamente justificada. Todavia, a *contraditoriedade diferida* é aplicável e, nesse sentido, tal fórmula também é compreendida por Lauria Tucci e Rogério Tucci.²²⁰ Nota-se, então, que a contraditoriedade diferida deve ser concedida sob pena de infringir o disposto no art. 5º, LV e LXIII, da Constituição Brasileira. Entretanto, não são conceitos absolutos, pois há casos em que a participação do advogado deve ser permitida, sempre que possível, como na produção de prova pericial (ou provas definitivas) ainda que durante o inquérito policial.²²¹

Elio Fazzalari lembra que a presença de contraditores é um dos elementos de distinção entre processo e procedimento. Ainda assim, “o contraditório não se articula, em todos os tipos de processo”, pois ele pode ser, às vezes, regulado por lei “em razão do tipo e da natureza do ato cuja atividade em contraditório põe fim”. Fazzalari atesta o que já foi colocado como a essência do princípio do contraditório, ou seja, exige-se a participação de, no mínimo, dois sujeitos, o *interessado* e o *contra-interessado*, o que pode favorecer um, e prejudicar o outro.²²²

Nesse diapasão, muito já se pensou em incluir o inquérito policial de forma expressa na redação do art. 5º, LV, da Constituição Brasileira, desenvolvendo-se, assim, uma proposta de emenda à Constituição (nº 408, de 1996, autoria do Deputado Feu Rosa e outros) que altera o referido artigo, assegurando *aos litigantes, em processo judicial, administrativo ou inquérito policial e aos acusados em geral o contraditório em ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. No entan-

²¹⁹ Saliencia Aury Lopes que “é importante destacar, que quando falamos em ‘contraditório’ na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isto porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória.” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 352).

²²⁰ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 28.

²²¹ LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal*. Canoas: ULBRA, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, 2007. p. 142-144.

²²² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 122 e 124.

to, acredita-se que o contraditório pleno não é o melhor caminho a ser seguido, caindo no risco de acabar de vez com o inquérito policial que, como já foi salientado, tem grande importância no Brasil.

Existem várias jurisprudências que acordam pela inexistência de contraditório e direito de defesa no âmbito do inquérito policial, entre elas, do Supremo Tribunal Federal, destaca-se o HC 82.354-8 PR. Todavia, o mesmo acórdão garante ao advogado o acesso às investigações e informações já introduzidas nos autos do inquérito, pois, como bem-referido no distinto pronunciamento, há diferença entre investigação ou diligência, do que já consta documentado em autos próprios. E, segundo Aury Lopes, há uma contradição no respeitável acórdão, isso porque, ao mesmo tempo em que se expressa não haver contraditório e ampla defesa, se defere a ampla atuação do profissional credenciado no que diz respeito ao acesso do que já foi documentado. Ora, com a devida vênia, isso já não é um direito de defesa no curso do inquérito policial?²²³

²²³ Na oportunidade que se teve de conversar pessoalmente com o Dr. Aury, este explicou detalhadamente, sempre com a devida vênia, a contradição do acórdão (HC 82.354-8 PR). Alerta-se para o fato de que a simples transcrição da ementa não faz a total compreensão da referida contradição.

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado – como tal, questionável mediante mandado de segurança – e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado – por isso legitimado a figurar como paciente no *habeas corpus* voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. **II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1.** Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente ou-

Sob esse viés, trata-se o contraditório de um direito fundamental, que se divide em duas espécies: o real (é exercido de forma plena) e o diferido (é exercido de forma restrita), sendo que esta espécie pode e deve ser aplicada ao procedimento inquisitório, que é o inquérito policial, enquanto aquela é relativa, pois um mínimo de sigilo é tão necessário quanto um mínimo de contraditório. Deve-se considerar que o sigilo nos atos investigatórios pode contribuir para aqueles casos em que realmente o investigado foi responsável pelo fato ilícito, assim como também pode haver inocentes,²²⁴ justificando o *contraditório mínimo*²²⁵, exposto por Aury Lopes, que garante a participação do investigado em determinados atos.

3.1.2 Princípio do direito de defesa

Bento de Faria já doutrinava que o inquérito policial “em regra, deve ser público, e embora não tenha caráter contraditório, mes-

torgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição (STF – HC 82.354-8. 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data da Publicação: 10/08/2004) [grife-se].

²²⁴ Nem sempre, o investigado é responsável pela prática de um ato delituoso. Existem inúmeros casos que contam sobre erros cometidos ao longo da investigação que repercutem até judicialmente, como, por exemplo, o caso Joel. Nesse sentido, MARTINS, Ricardo Cunha. *O homem errado: caso Joel: história de um erro judiciário e algumas considerações sobre a prova criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

²²⁵ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar...*, 2006. p. 293.

mo aí não deve ser repelida a assistência da defesa”.²²⁶ O mesmo pensamento é cultivado por Cafferata Nores, ao publicizar, em curso específico, ministrado no Centro de Estudios de Derecho Procesal Dr. Alfredo Vélez Mariconde, que assim como é inviolável a defesa em juízo, agrega como direito a defesa técnica desde o início da persecução penal, incluída, logicamente, a fase policial.²²⁷

Na Constituição Brasileira, o sagrado direito de defesa está expresso no art. 5º, LV, LXIII, LXXIV; também está explícito no art. 133 e 134, garantindo ao investigado a assistência de advogado devidamente constituído ou de defensor público, além de garantir o devido processo legal.²²⁸ Entre as constituições europeias, cita-se a Constituição Espanhola, que, da mesma forma, garante (art. 17, n. 3, parte final) a assistência de “abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”. A Constituição Italiana (art. 24, § 1º) proclama ser o direito de defesa um “direito inviolável em todo estado e grau do procedimento”. Convém lembrar que a presença do advogado ou defensor público não deve ser simplesmente simbólica. Ele não deve ser um mero espectador dos atos praticados pela autoridade, tampouco assistir afetivamente, pois essa assistência é dada pela família, mas deve ser um defensor que efetiva-

²²⁶ FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 32. v. 1. Ou ainda: SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 212-225.

²²⁷ Refere Cafferata Nores que, “en ese sentido, el texto propuesto puntaliza que ‘es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos’, y agrega que ‘todo imputado tiene derecho a la defensa técnica aun a cargo del Estado, desde el primer momento de la persecución penal’. Entendemos que es necesario dejar plasmado en la Constitución Provincial el derecho del imputado a contar con el consejo y asistencia de un abogado durante todo el curso del procedimiento penal, incluída la etapa prevencional a cargo de la Policía” (*Apu*d TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 29).

²²⁸ Constituição Brasileira: art. 5º, LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; art. 133 – O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei; art. 134 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdiccional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

mente atue em prol da defesa do sujeito passivo. A previsão internacional também se dá por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, que estabelece no art. 8, n. 2, garantias mínimas ao acusado.²²⁹

Nota-se que há duas correntes importantes na doutrina sobre o relacionamento entre o contraditório e direito de defesa. Uma entende que o direito de defesa deriva da garantia do contraditório.²³⁰ A outra entende que o contraditório decorre da garantia da defesa.²³¹

²²⁹ Segundo o Art. 8, n. 2, “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] **b)** comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; **c)** concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; **d)** direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; **e)** direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; **f)** direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; **g)** direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada; e **h)** direito a recorrer da sentença a juízo ou Tribunal superior” [grife-se]. Interessante frisar que o Brasil homologou e incorporou a CADH ao direito interno, somente em 1992, por meio do Decreto Legislativo 27 de 26.05.1992 e do Decreto 678 de 06.11.1992.

²³⁰ Corrente seguida por José Afonso da Silva em *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 377-378.

²³¹ Nesse sentido, Ada Pellegrini salienta que ambas as correntes são válidas. Isso porque, “num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isso porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas. Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 4-5). Em outro ensaio, a autora sustenta que “o direito de defesa pode viabilizar o direito ao processo, pode garantir o direito ao contraditório, pode tutelar até o direito de ir e vir, ou seja a liberdade pessoal” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio da ampla defesa*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, 1981/82. p. 9).

Contudo, no magistério de Antonio Scarance, não se vislumbra, “entre defesa e contraditório relação de primazia ou de derivação”. Conforme o autor, se ambos estão intimamente relacionados, formando o devido processo legal, não há como dizer que um instituto derive do outro.²³²

Sublinhe-se que, historicamente, surgiu primeiro o direito de defesa, que vem sendo assegurado desde a Constituição do Império (1824, art. 179, n. 8), sendo apenas repetido nas sucessivas Cartas. Somente em 1937, ocorreu a introdução do contraditório na Constituição (art. 122, parte final) que, da mesma forma, foi reiterado e é “estimulado” até hoje.

É muito importante o exercício do direito de defesa desde o princípio da persecução criminal, pois, além de estar constitucionalmente assegurado, é, com frequência, que ocorre, nessa fase, a decretação de medidas cautelares, como a prisão temporária e a prisão preventiva, que limitam os direitos fundamentais, podendo, inclusive, passar de investigado a indiciado. Determinados atos provocam a estigmatização do acusado que pode ainda ser alvo de uma denúncia, iniciando a segunda fase da *persecutio criminis*. Isso se não ocorrer a inconveniência de ser o sujeito passivo informado da existência de investigação somente pela denúncia, quando for citado para o interrogatório judicial.²³³

Tendo em vista que tais medidas podem ser adotadas no curso da investigação, Ada Pellegrini posicionou-se favoravelmente ao contraditório e ao direito de defesa durante o inquérito policial, lembrando que não deve ser um contraditório pleno, tampouco deve haver a possibilidade de contradizer. Para a autora, o que deve existir é apenas a

²³² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 267.

²³³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 199-200. Sobre a estigmatização do acusado, interessante é a seguinte observação feita por Miguel Wedy: “No caso da prisão provisória, após a estigmatização, o indivíduo é visto como um pária, um ser merecedor da repugnância da coletividade. O sujeito passivo é tido, a partir de então, como um cidadão de classe inferior e subalterna, não causando espécie, constrangimento ou estupor a sua punição antecipada e nem as cruzas do cárcere. O preso, em síntese, é segregado dentro da cadeia e, após dela sair, é segregado pela sociedade, como um verme social” (WEDY, Miguel Tedesco. *Téoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 7).

ciência (primeiro elemento do contraditório), mas não a possibilidade de reação (segundo elemento).²³⁴ No entanto, o assunto é de tamanha discussão que, logo mais tarde, considerando que o inquérito não é processo administrativo, pronunciou-se Pellegrini pela inaplicabilidade do contraditório e ampla defesa durante o inquérito policial.²³⁵

Ora, embora seja um procedimento de caráter inquisitivo, a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa, sendo que o único interesse do investigado durante o inquérito policial é mostrar que não é caso de denúncia. Também não é o direito de defesa que perturbará os atos investigatórios, pois, nesses casos, o delegado de polícia poderá usar seu poder inquisitório, evitando impunidades, por exemplo.²³⁶

Oportuno se torna dizer que o termo *ampla defesa*, utilizado pela Constituição, deve observar todos os meios e recursos a ela inerentes. É em nome da ampla defesa que o advogado deve ser um verdadeiro atuante, e não, mero espectador. Por isso, fala-se em defesa técnica e defesa pessoal (ou autodefesa), sendo que esta pode ser utilizada pelo sujeito passivo da investigação, enquanto aquela é exercida por profissional habilitado (inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil), devidamente constituído pelo investigado.

A defesa técnica não é apenas um direito do investigado, é uma garantia da sociedade que tanto lutou por um regime democrático e está prevista no art. 5º, LXIII e LXXIV, da Magna Carta. No plano infraconstitucional, a Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, deu nova redação ao art. 306 do Código de Processo Penal, exigindo a

²³⁴ Salienta a autora: “Quando, durante o inquérito policial, surge medida dessa natureza, que é medida cautelar típica (seja oriunda do Poder Executivo, para tanto autorizado por lei, seja oriunda do Poder Judiciário, através do órgão jurisdicional), nesses casos deve haver contraditório e deve haver direito de defesa. E deve haver defesa e contraditório, porque se tratará de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, revestidas de processualidade e a que necessariamente se assegurem as garantias decorrentes da Constituição.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio da ampla defesa*, 1981/82. p. 19 e 20).

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Polícia Civil e as garantias constitucionais da liberdade. In: *A polícia à luz do Direito*. Coordenação de Bismael B. Moraes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 23-24.

²³⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ainda o direito de defesa no inquérito policial*. Revista dos Tribunais, ano 47, vol. 272, junho de 1958, p. 19 e 21.

defesa técnica de defensor público, caso o preso não informe o nome de seu advogado.²³⁷

Na Itália, o Código de Processo Penal declara a defesa técnica indispensável até nos casos em que o próprio acusado tem habilitação profissional.²³⁸ Todavia, na fase pré-processual, não há garantia do contraditório.²³⁹

A Constituição Argentina assegura o direito de defesa no art. 18. Conforme Carlos Enrique Edwards, tal direito deve ser exercido, de forma plena, na fase da investigação preliminar, pois por ele é abrangido, e, assim como há previsão em outras constituições provinciais (San Juan, Salta e Córdoba), a presença e assistência de advogado é essencial para o interrogatório, seja ele em juízo ou na polícia.²⁴⁰

No Brasil, ainda se tem a legislação ordinária, que também faz menção ao princípio. O Código de Processo Penal (art. 14) estabelece que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. É o direito de defesa timidamente concebido no inquérito policial. De forma mais clara, o Código de Processo Penal Militar (art. 16) expressa que “o inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado”.

A defesa técnica ao longo do inquérito ampara o acusado nos casos de produção antecipada de provas, evita prejuízos que geram consequências em juízo, previne contra abusos e excessos por parte da autoridade, evita acusações infundadas e também ampara o acusa-

²³⁷ O art. 306 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicadas imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitavas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas” [grife-se].

²³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 9.

²³⁹ LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal*. Canoas: ULBRA, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, 2007. p. 51.

²⁴⁰ *Apud* LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais...*, 2007. p. 73.

do no seu estado psíquico, pois estará numa posição de inferioridade e hipossuficiência; por isso, seu caráter de irrenunciabilidade.²⁴¹

O advogado estará presente nesta fase preliminar para explicar ao profano todos os atos que correm contra ele. Explicará o significado de termos específicos e, como dizia Francesco Carnelutti, sentará no mesmo degrau do acusado, repartindo com ele amigavelmente a mesma dor, o mesmo pão, enfim, atuará de forma intensa.²⁴²

Isso porque, num Estado Democrático de Direito, o sagrado direito de defesa será sempre respeitado e aplicado, inclusive aos investigados; caso contrário, retroceder-se-á ao Estado Autoritário. Contudo, no caso do inquérito policial, há de se ressaltar que este se divide em atos de investigação e atos de instrução²⁴³. Nos atos de investigação, o contraditório e o direito de defesa devem ser vistos com ressalvas, pois, em alguns momentos, o sigilo se faz necessário, como nas interceptações telefônicas ou em busca e apreensão, por exemplo. Mas, também, em alguns atos de investigação, é necessária a participação da defesa, como ocorre na produção das provas que são irrepetíveis em juízo (por isso, fala-se num contraditório real *relativo*). Já, nos atos instrutórios, que são atos revestidos de formalidade, deve prevalecer um contraditório mínimo e o direito de defesa.

Nesse sentido, tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em mandado de segurança oriundo de Santana do Livramento, que “a Constituição Federal garante o exercício da ampla defesa: técnica e pessoal. Esta garantia se aplica à fase preliminar do processo, conhecida entre nós, como regra, por investigação policial, consubstanciada no inquérito policial”.²⁴⁴

²⁴¹ LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal*. Canoas: ULBRA, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, 2007. p. 132-137.

²⁴² CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinali. Campinas: Bookseller, 2002. p. 29-30.

²⁴³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 165-182.

²⁴⁴ .MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL. ACESSO AO EXPEDIENTE INVESTIGATÓRIO. SIGILO. LIMITES. [...] 2. O sigilo investigatório justifica-se aos terceiros – sigilo externo –, em face da proteção da vida privada, da intimidade, honra e imagem, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal. No que tange à defesa pessoal e técnica – sigilo interno –, aplica-se o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e Lei 8.904/94, com ressalva do artigo 5º, XXXIII, da Consti-

Ainda que haja previsão constitucional, na prática, a defesa dentro do inquérito está limitada, dividindo-se a defesa técnica em *exógena* ou *endógena*. Esta se dá nos limites do art. 14 do CPP, enquanto aquela ocorre através do mandado de segurança e *habeas corpus*.²⁴⁵

O direito de defesa também ocorre quando é dada ao acusado a oportunidade de se manifestar, seja em interrogatórios, produção de provas etc. Também é chamada de defesa pessoal (ou autodefesa).²⁴⁶ Essa é renunciável, pois, a qualquer momento, pode ser usado o direito de permanecer em silêncio, que não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa do acusado, muito menos configurar o crime de desobediência quando o acusado se negar a contribuir para a produção de provas (art. 5º, LXIII, da CB, c/c art. 186 do CPP).²⁴⁷ Aliás, também são direitos do acusado ou investigado, entre outros: inviolabilidade de sua integridade física e psíquica; presunção de inocência; recebimento de informações dos órgãos públicos; comunicação reservada com seu advogado; assistência da família; inviolabilidade de seu domicílio, salvo em casos de prestação de socorro, desastre, flagrante delito ou ordem judicial fundamentada.

Outro ponto discutível que envolve a defesa no inquérito é o momento em que deve ocorrer o indiciamento. O art. 6º do CPP diz

tuição Federal. Assim, o advogado do suspeito, investigado, ou indiciado, tem acesso ao expediente investigatório, salvo às peças cujo sigilo seja imprescindível à investigação e à colheita dos elementos incriminadores. Ordem concedida em parte (TJRS – MS 70012569083. 7ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Nereu José Giacomoli. Data da Publicação: 08/09/2005).

²⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 356.

²⁴⁶ Almeida Pedroso salienta que não se deve confundir defesa pessoal com autodefesa. Segundo o autor, a autodefesa é quando o acusado possui habilitação técnico-jurídica para postular e debater em causa própria. É o chamado *patrocínio próprio*. Já a defesa pessoal é a participação e esclarecimentos, por parte do acusado em fatos que lhe são favoráveis (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35).

²⁴⁷ Nesse sentido, decidiu o STF que, “(...) sem dispensar o ora paciente da obrigação de comparecer perante a ‘CPI do DETRAN/RS’ (...) em ordem a assegurar, cautelarmente, a esse mesmo paciente, (a) o direito de ser assistido por advogado e com este comunicar-se (...) (b) o direito de exercer o privilégio constitucional contra a auto-incriminação (...) Comunicar-se, com urgência, o teor deste ato decisório (...) Publique-se” (STF – HC 94082/RS. Liminar deferida. Relator: Ministro Celso de Mello. Data da Publicação: 14/03/2008) [grife-se].

que, “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] V – ouvir o indiciado... [...] IX – averiguar a vida pregressa do indiciado...”. Não é curioso o código falar em indiciado quando sequer houve o indiciamento? Nota-se que a lacuna legislativa é grande, sendo mais um motivo para o exercício do direito de defesa na fase pré-processual, a fim de mostrar que não é caso de indiciamento, pois há situações em que se justifica o inquérito, mas não o indiciamento.²⁴⁸

O problema todo é que o indiciamento rotula o averiguado de criminoso, sendo mais um mecanismo provocador da estigmatização social do indivíduo investigado.

Assim, na maioria dos casos, o indiciamento traz consequências de caráter vexatório ao investigado, pois, conforme a Desembargadora Federal Sylvia Steiner, este terá seu registro em órgãos de identificação, o que torna pública a investigação. Nesse sentido, salientou a Desembargadora: “Não me parece que a inserção de ocorrências nas folhas de antecedentes comumente solicitadas para a prática dos mais diversos atos da vida civil seja fato irrelevante”.²⁴⁹

²⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 316 e 368. Semelhante raciocínio é adotado por Marta Saad, utilizando a visão de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, porém em grau elevado, quando diz que o indiciado tem interesse em mostrar que não é caso de denúncia (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 261).

²⁴⁹ EMENTA: HABEAS CORPUS – INDICIAMENTO – INVESTIGAÇÕES APENAS INICIADAS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1. O indiciamento em inquérito policial traduz inequívoco constrangimento, pois traz publicidade à investigação e importa em registro nos institutos de identificação. 2. Antes de concluídas as investigações, ou de que haja indícios veementes de autoria, traduz constrangimento ilegal o indiciamento indiscriminado de todos os diretores de empresa na qual apura-se ilícitos fiscais. 3. Indiciamento, além de tudo, desnecessário, por não implicar em ato do qual dependa o prosseguimento das investigações. 4. Sentença mantida (TRF da 3ª Região – RHC 1999.03.99.019963-5. 2ª Turma. Relatora: Desembargadora Sylvia Steiner. Data da Publicação: 26/07/2000). Ou ainda: RESPONSABILIDADE CIVIL. REGISTRO EM ÓRGÃO CADASTRAL DA POLÍCIA CIVIL. EQUÍVOCO. Registro do autor como acusado de crime de apropriação indébita em cadastro computadorizado da Polícia Civil (SIP). Erro de digitação do agente público, que cadastrou equivocadamente o nome do autor como acusado. Circunstância que impossibilitou o autor de renovação de registro de armas de fogo. Exclusão do cadastro apenas mediante providência judicial. Lesividade. [...] Apelo do réu provido em parte para diminuir o valor da indenização. Negado provimento ao recurso do autor. Unânime (TJRS – APELA-

Por isso, questiona-se o momento ideal para ocorrer tal (in)formalidade no inquérito policial. Aury Lopes entende que “o indiciamento deve ser um dos primeiros atos do inquérito policial, e não, o último”.²⁵⁰ Para Motta Lopes, o indiciamento deve ocorrer antes do interrogatório do investigado.²⁵¹

A ausência, no Código de Processo Penal, de dispositivo que trate do assunto fez com que a Delegacia-Geral de Polícia do Estado do São Paulo disciplinasse, através da Portaria 18/98, a tramitação do inquérito policial, sendo que, no art. 5º, consta: “Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao formal indiciamento do suspeito”.

O Projeto de Lei da reforma do inquérito policial (4.209/2001) também faz menção ao assunto no art. 8º: “Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial científicará

ÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO 70002195162. 10ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana. Data da Publicação: 29/11/2001 [grife-se].

Nesse sentido, Scarance Fernandes acrescenta que, “com o indiciamento, inclui-se o nome da pessoa nos registros policiais. Tem sido árdua a luta de pessoas indiciadas para cancelar tais registros em casos de arquivamento do inquérito policial, absolvição, cumprimento de pena, reabilitação. A anotação permanece e é fornecida quando solicitada informação a respeito da pessoa, influenciando negativamente no seu conceito social. Muitas vezes, dependendo da orientação que se adote a respeito dos bons antecedentes, até mesmo repercute em outros processos criminais, pois há forte corrente doutrinária e jurisprudencial que, apesar de o texto constitucional garantir a pessoa contra presunção antecipada de culpa (art. 5º, LVIII), insiste em ver maus antecedentes em tudo, até mesmo em inquéritos que não resultaram sequer em condenação” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 128-129).

²⁵⁰ LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de ciências penais*, Porto Alegre, n. 0, mai-ago, 2000. p. 81.

²⁵¹ Segundo o autor, “mesmo que o investigado esteja solto, tem-se que o ato deve, igualmente, anteceder o interrogatório policial, sempre que o fato criminoso estiver demonstrado e houver um juízo de probabilidade acerca da autoria. Entretanto, em razão da dinâmica e das peculiaridades das infrações penais e das investigações criminais, não há como se definir se o interrogatório ocorrerá no início, no meio ou no fim do inquérito policial. De acordo com o caso concreto, o indiciamento até poderá ocorrer no começo das investigações criminais. Em outras hipóteses, porém, tal ato será realizado somente mais adiante, no curso ou ao final do inquérito policial” (LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal*. Canoas: ULBRA, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, 2007. p. 115) [grife-se].

o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes”.

Considerando a exigência de maior transparência, qualidade, eficiência e eficácia das investigações criminais realizadas no âmbito federal, o Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, no uso de suas atribuições, editou a Instrução Normativa nº 11, de 27 de junho de 2001, que atualiza, define e consolida as normas operacionais para execução da atividade de Polícia Judiciária no âmbito do Departamento de Polícia Federal, sendo que, no item 90, regulamentou o momento do indiciamento.²⁵²

No entanto, entende-se que o direito de defesa não pode ficar aguardando o momento do indiciamento formal, isso porque indício é a circunstância conhecida e provada (art. 239 do CPP), frise-se: em tempo indeterminado. Assim, a defesa técnica pode e deve se manifestar tão logo haja probabilidades que indiquem o autor do fato ilícito.²⁵³

3.1.3 Princípio da presunção de inocência

Alves Bento lembra que considerar uma pessoa culpada antes mesmo da sentença final foi uma prática muito comum na Inquisição. Conforme o autor, o acusado deve ser tratado como inocente desde o inquérito policial até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, observando imediatamente as garantias da defesa técnica,

²⁵² “90. Quando houver comprovação da materialidade do delito e prova suficiente da autoria, a indicição será formalizada pelos seguintes atos: I – despacho fundamentado [...]; II – auto de qualificação e interrogatório; III – elaboração do boletim de vida pregressa; IV – preenchimento do prontuário de identificação criminal para encaminhamento ao Núcleo de Identificação ou setor competente”.

²⁵³ Marta Saad salienta que, “se é certo que o direito de defesa se faz necessário após o indiciamento formal, é também certo que, por não estar definido o momento em que deve ocorrer o indiciamento formal, o exercício do direito de defesa não pode ficar em posição de aguardo, na dependência de um evento futuro e incerto, portanto suscetível, em tese, até mesmo a abusos dos condutores do inquérito. A pessoa suspeita do cometimento de infração penal passa a figurar como indiciada a partir do momento em que se lhe constata a probabilidade de ser o agente do fato apurado. A circunstância de a autoridade policial que dirige o inquérito não promover desde logo o indiciamento, quando tal feixe de indícios já se encontra presente, não pode ser causa de restrição de direitos do acusado, pelo não-indiciamento ou pelo indiciamento tardio, ao fim do inquérito policial” (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 262-263).

pois “a presunção de inocência nasceu para assegurar ao acusado todas as garantias de plena defesa técnica”.²⁵⁴

Embora não esteja previsto *ipsis litteris*, na Constituição Brasileira, o art. 5º, LVII, diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Segundo Gomes Filho, tal dispositivo é inspiração oriunda da Constituição Italiana, de 1948, que declara: “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva” (art. 27, § 2º).²⁵⁵ Literalmente, seria o princípio da não culpabilidade, porém, já é assimilado como o princípio da presunção de inocência que tem forte ligação com a regra do *in dubio pro reo e favor libertatis*. Nesse sentido, Girolamo Bellavista diz que inexistente diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, pois, para o autor, “quando não se é presumido culpado, se é presumido inocente”.²⁵⁶

Em 1763, quando escreveu *Dei delitti e delle pene*, Cesare Beccaria já dizia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”.²⁵⁷

Como não podia deixar de ser com qualquer princípio do direito, Luigi Ferrajoli acrescenta que “la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*”.²⁵⁸

²⁵⁴ BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32-36.

²⁵⁵ Tradução livre do original: “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”. Gomes Filho entende que é cabível a sua aplicação já nas atividades investigatórias realizadas pela polícia (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 32-33).

²⁵⁶ Tradução livre do original: “Quando non si è presunti colpevole, si è presunti innocenti” (*Açud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 156).

²⁵⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 37. É coisa tão antiga que, logo depois, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (votada em 02/10/1789), de forma expressa, declarou, no item IX, que “todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado”. O que mais tarde foi repetido por diversos textos internacionais.

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. 5.ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 549.

Montero Aroca ressalta que a presunção de inocência está intimamente relacionada à motivação das sentenças, cumprindo duas finalidades complementares, como: a) fazer públicas as razões da decisão adotada; e b) permitir seu possível controle através dos recursos.²⁵⁹ Desse modo, transportando tal raciocínio para a fase pré-processual, pode-se concluir que todos os atos realizados no curso do inquérito policial, sejam eles judiciais ou administrativos, devem ser devidamente fundamentados com rigorosa observância do princípio da presunção de inocência. Isso porque está bem claro, conforme a lição de Cretella Júnior, que somente “a decisão de que não mais cabe recurso, é razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado”.²⁶⁰

Contudo, e sempre com a devida vênia, ainda há pensamentos que aprovam a adoção de restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva por medidas cautelares.²⁶¹

Observar rigorosamente o princípio da presunção de inocência não significa que o Estado não possa investigar, identificar e processar o culpado de um crime.²⁶² Ocorre que é muito comum a decretação de medidas cautelares durante o inquérito policial, ou seja, o próprio Estado não consegue preservar os princípios que dele fazem parte. Aury Lopes, preocupado com a proliferação dessas medidas abusivas que são tomadas ao longo do inquérito e também na fase judicial, realça a existência de outras formas menos onerosas que a prisão e que, também, asseguram a presença do acusado ao longo da investigação ou do processo, como o comparecimento diário na comarca, a retenção de passaporte, a expedição de documentos que limitam o direito de ir e vir, a prisão domiciliar, a vigilância por meio de pulseiras eletrônicas etc.²⁶³ A prisão do indivíduo deve ser a última das hipóte-

²⁵⁹ AROCA, Juan Montero. *Principios de proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 155.

²⁶⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: art. 1º a 5º, I a LXVII*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 537.

²⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42.

²⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 298.

²⁶³ No que diz respeito ao uso de pulseiras eletrônicas que visam a inibir as fugas, queremos deixar claro que elas não contrariam a dignidade da pessoa humana, pois tal medida pode evitar o contato com a verdadeira ofensa à dignidade humana que é a violên-

ses, só admitida em casos extremamente excepcionais.²⁶⁴ Até nos crimes mais graves, já foi decidido que não deve haver segregação cautelar.²⁶⁵ Então, se os atos investigatórios já são sigilosos, por que o sacrifício da presunção de inocência?

Miguel Wedy salienta que “a violação sistemática da presunção de inocência acaba por afetar seriamente não apenas a liberdade do cidadão, mas a crença na democracia e na liberdade individual como princípio fundante da sociedade”. Para Wedy, uma medida cautelar só deve ser aplicada quando houver ameaça às testemunhas, à formação de provas ou em caso de elementos que indiquem a ocorrência de fuga.²⁶⁶

Os efeitos que o cárcere provoca na vida social do indivíduo são irreparáveis, por isso, a presunção de inocência também tem como

cia sexual das prisões ocorridas já no primeiro dia de reclusão. Isso, sim, é violação dos direitos humanos (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 205 e 223).

²⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 324.

²⁶⁵ EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. CLAMOR PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE À PRISÃO. – Toda espécie de prisão provisória, enquanto espetacular exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), exige a satisfação dos requisitos gerais em matéria cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro encontra-se consubstanciado nos indícios de autoria e prova da materialidade (concomitantemente), ao passo que o segundo pode se manifestar na necessidade de garantir a ordem pública (ou econômica), assegurar a aplicação da lei penal ou, ainda, por conveniência da instrução criminal (ao menos uma destas hipóteses deve estar presente). – O “clamor público”, a “intranquilidade social” e o “aumento da criminalidade” não são suficientes à configuração do *periculum in mora*: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade e o clamor público são frutos da estrutura social vigente, que se encarrega de multiplicá-los nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia – sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro. – A gravidade do delito, por si só, também não justifica a imposição da segregação cautelar, seja porque a lei penal não prevê prisão provisória automática para nenhuma espécie delitiva (e nem o poderia porque a Constituição não permite), seja porque não desobriga o atendimento dos seguintes requisitos legais em caso algum. – À unanimidade, concederam a ordem (TJRS – HC 70005916929. 5ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Data da Publicação: 12/03/2003) [grife-se].

²⁶⁶ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 16 e 87.

função preservar a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem do investigado (art. 5º, X, da CB), protegendo-o de “juízos paralelos”. Estes podem influenciar a (in)consciência do juiz. Os jornais e programas de televisão e de rádio, de uma forma muito sensacionalista, criam uma imagem de culpado do sujeito passivo antes mesmo do término do processo, e tudo isso em troca da informação (tratada como simples mercadoria).²⁶⁷ Em suma, há de se perceber perfeitamente, como bem o disse Castanheira Neves, que a presunção de inocência “é um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”.²⁶⁸

3.1.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade significa que, a respeito de todos os atos realizados pelo agente público, deve ser proporcionado acesso a qualquer cidadão interessado, pois é, através da fiscalização popular e do direito à informação, que se dá o controle da atividade pública, seja ela administrativa, legislativa ou jurisdicional.²⁶⁹ Por isso, é extremamente necessária a motivação dos atos públicos.

²⁶⁷ Aury Lopes chama atenção aos “juízos paralelos” no sentido de que “existe um grande perigo de que programas do estilo ‘Linha Direta’ em breve possam e (in)voluir para um ‘Você Decide’ sobre processos em andamento, substituindo o juiz por um grande ‘júri global’” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 193).

²⁶⁸ *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 61-62. Ainda sobre a sociedade livre, relevante é o pensamento adotado por Tourinho Filho quando diz que, “nos períodos de exceção, todos criticam a política autoritária e ficam, aos quatro ventos, clamando por liberdade, por democracia. Mas, quando cessa o período ditatorial, e o País se reencontra com a democracia e a liberdade, e os nossos constituintes elaboram leis que vêm ao encontro dos anseios libertários, proclamando plena publicidade do processo, paridade absoluta dos direitos e poderes da Acusação e Defesa, infranqueabilidade do domicílio (a não ser em casos excepcionais de perigo ou mediante ordem judicial), a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, o *due process of law*, a presunção de inocência, é de todo injustificável e inadmissível venha a Justiça – e logo a Justiça – a caminhar para o lado oposto, no sentido de retorno à época das construções político-ditatoriais, pondo o processo, que é instrumento de defesa das liberdades individuais, a serviço de propósitos políticos autoritários” (TOURINHO FILHO, 2007. v. 1. p. 66) [grife-se].

²⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 540.

É, no princípio da publicidade, segundo Gomes Canotilho, que “está a exigência de segurança do direito, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os actos do poder público”.²⁷⁰

Odete Medauar salienta que, somente em casos especiais, tal publicidade deve ser limitada, vigorando, em seu lugar, o sigilo, como é o caso, por exemplo, da preservação da imagem das pessoas, do sigilo de dados dos processos disciplinares para quem não for parte ou do sigilo de processos administrativos em que se investigam ilícitos fiscais para quem não for parte.²⁷¹

De fato, o art. 5º, LX, da Constituição Brasileira limita a divulgação de forma que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Chama-se a atenção para o fato de que tal restrição só deve ser externa, ou seja, a regra geral é de que não deve atingir o advogado, assim como não atinge o promotor de justiça e o juiz. Desse modo, o exposto no art. 20 do CPP deve ser visto com ressalvas, pois esse deve ser aplicado somente ao público externo, que não tem nenhuma relação com a investigação em andamento.

No entanto, não é o que vem acontecendo. Isso ocorre porque muito se fala em sigilo para o bom andamento das investigações, enquanto a investigação criminal, ressalta Fauzi Hassan, é transformada “em verdadeiro palco para o estrelato de agentes públicos, alimentando toda uma indústria jornalística que vive em torno do tema. Falar de sigilo da investigação nesse quadro é cair no abismo entre a realidade dos fatos e o direito positivo”. Para o autor, a imprensa atua como uma máquina compressor, julgando e pré-julgando, além de debilitar ainda mais a confiança na Justiça quando o indiciado, finalmente, é inocentado.²⁷²

²⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1149.

²⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 141.

²⁷² O autor conclui dizendo que, “num Estado democrático não há sentido em se falar de ‘investigações secretas’, até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105-106).

É muito comum, no Estado em que se vive, o sujeito ser investigado sem saber que é alvo de investigações, ocorrendo, inclusive, o inconveniente de ser informado somente pela imprensa, e não, pelo órgão público.²⁷³

São atitudes que fazem lembrar as palavras de Michel Foucault,²⁷⁴ em especial quando fala das execuções públicas, as quais remetem à reflexão: Será mesmo necessário voltar aos tempos em que a exposição do acusado deve ser um espetáculo ou uma cena que ocupará os cidadãos eufóricos por justiça?

Em alguns momentos, o legislador teve o cuidado de não expor o indivíduo, como o fez no art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor que “é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”. Ainda, no parágrafo único do mesmo artigo, dispôs: “Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”.²⁷⁵

Alguns profissionais, afoitos pela notícia, confundem o direito à informação e liberdade de imprensa com a informação verdadeira e

²⁷³ Como exemplo, cita-se o HC 88.190-4 RJ (do STF – Relator: Min. Cezar Peluso – publicado em 29/08/2006), em que o paciente ficou sabendo por intermédio do Jornal O Globo que era alvo de investigação realizada pelo Ministério Público Federal que apurava supostos indícios de superfaturamento e lavagem de dinheiro na sua empresa.

²⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 31.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 12-13.

²⁷⁵ Tal dispositivo faz lembrar um fato recente que ocorreu no Vale do Rio dos Sinos (em Novo Hamburgo), onde um adolescente de 16 anos teria assassinado brutalmente mais de doze pessoas. Diversas notícias foram publicadas pela imprensa. Entre elas, foi divulgada, pela televisão (no dia 31/03/2008), uma matéria em que o repórter se dirigiu até a casa dos familiares do adolescente (provavelmente para fazer perguntas do tipo: “Como foi que seu filho se tornou um marginal?”), inclusive, mostrando o local em que moravam os familiares. Embora tenha sido obrigado a se retirar às pressas, pois a família acabou expulsando a equipe de jornalismo com pedras, a reportagem produziu seus efeitos, ou seja, estigmatizou totalmente a família do garoto homicida. Tudo isso foi simplesmente filmado e televisionado. Enfim, a desgraça alheia tornou-se fonte de negócios, chegando ao ponto de um jornal publicar ao lado do mesmo fato repugnante a seguinte frase: “Comente esta notícia no site www.jornal....com.br”. Como já foi mencionado, é o que Aury Lopes chama de “juízos paralelos”.

o respeito à reputação dos indivíduos, pois é, com frequência, que ocorre a liberação à imprensa de informações relevantes obtidas ao longo da “sigilosa” investigação criminal. É o caso das interceptações telefônicas, por exemplo, em que amplamente aparecem trechos gravados nos meios de comunicação. Até parece que a imprensa tem mais direitos que o próprio investigado e seu advogado.²⁷⁶

Francesco Carnelutti acrescenta que “la costumbre periodística es todavía más peligrosa y preocupante por la actitud cada vez más difundida de informar al público acerca de los procesos antes de que lleguen a la fase cuya publicidad se consiente”.²⁷⁷

Dessa feita, muito pertinente é o magistério de Aduato Suanes quando articula a finalidade do inquérito policial como uma hipótese de trabalho com caráter provisório, tendo como obrigação a autoridade policial o máximo de discrição, pois a finalidade da investigação não é estigmatizar o indiciado. Ressalta o autor a situação do

²⁷⁶ Isso sem falar naqueles casos em que se publica equivocadamente fato tido como crime, inclusive fazendo referência ao possível autor: EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RETRATAÇÃO. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL QUE DIVULGOU FOTOGRAFIA DO AUTOR INDICANDO-O COMO CONDENADO E FORAGIDO. Logra êxito demanda indenizatória quando se reconhece que a conduta dos réus foi displicente na divulgação da notícia. Aos veículos de comunicação não é permitido façam falsas imputações aos cidadãos sob o argumento da liberdade de imprensa. Retratação posterior que mitiga, mas não apaga o abalo sofrido. Reconhecida a conduta indevida e os prejuízos causados ao autor, adequada o arbitramento em valor certo, no caso, R\$ 10.000,00, obedecidos aos critérios da prudência, da moderação, das condições da demandada. [...] Apelação desprovida. Recurso adesivo parcialmente provido (TJRS – APELAÇÃO CÍVEL 70019880319. 9ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Data da Publicação: 09/04/2008) [grife-se].

²⁷⁷ Para o autor, “desgraciadamente, de esa violación son responsables, antes que nadie, ciertos oficiales de policía, quienes, como conclusión de sus investigaciones, comunican a la prensa las noticias del informe por ellos presentado al pretor o al ministerio público, y a veces hasta en las formas clamorosas de la que hoy se denomina ‘conferencia de prensa’; y se ha visto incluso intervenir en conferencia de esta índole a algún que otro oficial del ministerio público: deplorables desviaciones, de las cuales, sin embargo, la primera razón remonta justamente a la prensa con su manía de la crónica negra, que importuna a los hombres de la policía y a menudo estimula sus inevitables vanidades” (CARNELUTTI, Francesco. La publicidad del proceso penal. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 124-125).

indivíduo que teve seu nome ou sua imagem divulgados pela mídia e que é candidato a uma vaga de emprego.²⁷⁸

Então, o que está acontecendo atualmente no cenário brasileiro é uma inversão dos papéis, pois se insiste no sigilo interno ao advogado do investigado, enquanto a imprensa se torna intocável, desvirtuando a função do sigilo externo e causando prejuízos irreparáveis ao indivíduo que nem sequer “condenado judicialmente” foi. Por isso, segundo Aury Lopes, o segredo externo serve também para amenizar a “publicidade abusiva, tão em moda no Brasil, com a imprensa montando bizarros espetáculos televisivos”.²⁷⁹

Ainda sobre o sigilo interno, este pode ser distinguido em *total* ou *parcial*. O primeiro ocorre quando é vedado o acesso do advogado (inclusive do acusador privado) e do investigado aos atos da investigação preliminar. O segundo ocorre quando é vedado o acesso do imputado ou da vítima, mas não, do advogado. Assim, torna-se necessário dizer que existem atos em que a utilização do segredo é justificável, como nas interceptações telefônicas e na restrição da presença do acusado (só do acusado, e não, do advogado) quando da tomada de declarações de uma testemunha que teme alguma represália, por exemplo.²⁸⁰

Entretanto, Aury Lopes lembra que, no inquérito policial, o sigilo interno não pode ser total, pois é assegurado ao advogado “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” (art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94). Da mesma forma, utilizar o argumento

²⁷⁸ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 158-160. No que diz respeito ao candidato a uma vaga de trabalho e sua ficha de apresentação, convém lembrar que o legislador declarou, no parágrafo único do art. 20 do CPP que, “nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes à instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior”.

²⁷⁹ LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 43, abr-jun, de 2003. p. 388.

²⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 131.

de que o Estado deve compensar a suposta vantagem que tem o delinquente é generalizar as diversas espécies de delitos que compõem o ordenamento brasileiro. Portanto, não é coerente dar o mesmo tratamento ao criminoso assíduo que frequentemente age com dolo e ao infeliz indivíduo que, por uma simples eventualidade, se viu envolvido num delito.²⁸¹

3.2 O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL

Atualmente, ainda é possível, até mesmo no meio acadêmico, ouvir algumas palavras sobre o fato de que o inquérito policial se reduz a uma mera peça administrativa. No entanto, consoante capítulo anterior, foi referido que, “de mil processos criminais julgados, apenas três a cinco não tiveram início pela prova material colhida na Polícia”.²⁸² Ainda que declarações prestadas em juízo pesem mais, está claro que o instrumento policial não tem como passar despercebido, pois é indiscutível que, na prática, seus atos têm forte significado na esfera judicial, mais forte ainda quando diz respeito à matéria probatória.

Augusto Mondin, que pugna pela apreciabilidade do valor probatório do inquérito policial, em 1967, apoiando-se nas lições de Antônio de Matos, já dizia que o inquérito “deixou de ser a peça meramente informativa, sem valor probante, para tornar-se a base acreditada da ação penal, o seu melhor alicerce”.²⁸³

²⁸¹ LOPES JR., Aury.. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 133.

²⁸² MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 294-295 (aludido na página 43).

²⁸³ Augusto Mondin, que, na época, era professor de Inquérito Policial da Escola de Polícia de São Paulo, mostra, por intermédio dos estudos realizados pelo Psicanalista J. B. Pôrto Carrero, o lado oculto que tem o inquérito policial especialmente quando advém da prova testemunhal: “Mas ainda há pior, no nosso processo penal: as respostas têm que ser reduzidas a auto, sob ditado da própria autoridade interrogante; esse auto de perguntas é uma peça fria, com um vocabulário uniforme em que se mesclam as frases tabelioas e as expressões usuais do interrogante, constando raramente, entre aspas, as palavras textuais do interrogado. Perdem-se, dessa forma, as expressões próprias deste, a maneira por que foram ditas, com deliberação ou com hesitação, a tonalidade afetiva – a ira, o pranto, a impassibilidade, o tremor, a gagueira... que nada disso consta nos autos; nem consta a postura do interrogado, a atitude de franqueza ou de dissimulação, o pedido de repetição das perguntas ou de explicação delas. Nada disso: o auto lavrado

Sob essa ótica, extremamente relevantes são as palavras de Guimarães Júnior, quando refere que, “no fim das contas, é a Polícia Judiciária, e não o Ministério Público, quem mais influencia as causas que chegam às Varas Criminais e aos Tribunais”.²⁸⁴

Da mesma forma, destaca-se o pensamento de Motta Lopes quando refere que “talvez a investigação criminal até seja mera peça informativa, mas apenas para aqueles que não figurem como suspeitos da prática de uma infração penal. Para os investigados, certamente, ela não o é”.²⁸⁵

Mas por que os atos probatórios realizados durante o inquérito são tão questionados? Um dos argumentos é a frequente negação dada ao advogado de acompanhar os atos que são produzidos como meio de prova. Nesse sentido, Fauzi Hassan chama a atenção para o fato de que a “inexistência de um contraditório transforma o processo penal em algo disforme, onde o Estado-jurisdição cede espaço ao Estado-administração e acaba se servindo inadvertidamente deste último como verdadeira escora para emanar uma sentença”.²⁸⁶

Também há o problema do Tribunal do Júri, que possibilita a condenação do réu com base nas provas que foram colhidas exclusivamente pela polícia, sendo permitido aos jurados, que são, na maioria, pessoas leigas, decidir cada um conforme sua “íntima convicção”. A questão é que o júri não julga o fato pelos aspectos legais, mas sim, “a partir do estudo que faz da história, da vida, de cada um dos personagens envolvidos na cena delituosa”, além dos valores que cada jurado tem e por meio deles se manifesta.²⁸⁷

é uma peça fria, incolor, sem significação, onde o interrogante manda assentar mais o transunto das suas impressões sobre o interrogatório do que o resultado verdadeiro deste. Réu ou testemunha assinam depois esse papel *oficial*, muita vez sem saber o que assinam” (MONDIN, Augusto. *Manual de inquérito policial*. 5.ed. São Paulo: Secretaria de Segurança Pública, 1967. p. 67-71).

²⁸⁴ Apud LOPES, Fábio Motta. *O inquérito policial é mera peça informativa?* Boletim IBC-CRIM. São Paulo, ano 15, n. 181, dezembro, 2007.

²⁸⁵ LOPES, Fábio Motta. *O inquérito policial é mera peça informativa?* Boletim IBC-CRIM. São Paulo, ano 15, n. 181, dezembro, 2007.

²⁸⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 134.

²⁸⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 127-128.

Mas afinal de contas, o que vem a ser uma prova? Para responder a essa pergunta, é conveniente socorrer-se das lições de Paulo Tovo, que, numa visão ampla e geral, conceitua a prova como sendo “tudo aquilo que se destina a convencer (não apenas o que convence) da existência de algum fato relevante para o julgamento”. O autor também compreende que o contraditório e a ampla defesa, assegurados pela atual Constituição, vigoram até mesmo antes de instaurado o processo penal condenatório, pois, caso contrário, se estará dando ao Estado “um poder absurdo de surpreender o réu com provas obtidas ao sabor e nas sombras da inquisitorialidade”.²⁸⁸

O mesmo entendimento é compartilhado por Gomes Filho quando diz que, embora seja um procedimento preparatório, é no inquérito policial que são colhidas as provas que decidirão a sorte do acusado, portanto, mesmo sendo inquisitorial, os elementos de informação ali produzidos precisam observar o contraditório *a posteriori*, caso contrário, haverá violação aos direitos fundamentais do investigado.²⁸⁹

Indiscutivelmente, há momentos em que o contraditório diferido deverá ser respeitado, pois as provas irrepetíveis produzidas sob o manto da inquisitorialidade podem conduzir uma investigação a um indiciamento, que, por sua vez, pode gerar uma denúncia e até ocasionar a condenação de um inocente.

Para Aury Lopes, as informações buscadas ao longo do inquérito serão filtradas pela polícia, que apontará quem deve ser ouvido em juízo, e não o que foi declarado, pois somente é válida a declaração produzida em juízo, e não aquela contida no inquérito policial. Isso

²⁸⁸ Nesse sentido, conclui o autor, não pode, “no Direito Brasileiro, nenhum veredicto condenatório embasar-se ou sequer apoiar-se em provas que não hajam passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, enquanto direitos fundamentais da pessoa humana, tão bem proclamados na Constituição democrática de 1988. E isto desde a sua formação (ainda que no inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação preparatória) em se tratando de provas a serem documentadas ou instrumentadas, ou a partir do momento de serem apanhadas as simplesmente colhidas (estas já estão prontas quando levadas ao processo, como no caso do bilhete contendo a ameaça de morte do desafeto)” (TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: *Estudos de direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 206 e 216. v. 2).

²⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 49.

²⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 223.

porque, explica Aury, o procedimento a cargo da polícia não tem natureza processual, possuindo grande liberdade a forma como é conduzido, motivo suficiente que levaria a limitação máxima do valor probatório. Conforme o autor, “quanto maior é a liberdade da forma, menor é a garantia do sujeito passivo e menor deve ser o valor probatório de tal ato”. Assim, o juiz, ao sentenciar, só deve valorar os atos praticados no processo e que observaram rigorosamente todas as garantias do acusado.²⁹⁰

3.2.1 *Atos investigatórios e atos instrutórios*

Aludiu-se, no capítulo anterior, que o inquérito policial, apesar de não ter um rito propriamente dito, possui alguns requisitos formais que devem ser observados, considerando que é, por meio deste, que se dá a reconstrução probatória dos fatos; por isso, a necessidade de todos os atos serem documentados nos autos do inquérito.

Desse modo, o inquérito distingue-se em atos investigatórios e atos instrutórios. Conforme Marta Saad, os atos investigatórios são cometidos com a intenção de elucidar o fato e sua autoria, como as interceptações telefônicas, as buscas, as apreensões, os exames periciais etc. Já os atos instrutórios são aqueles que tendem a registrar por escrito os resultados obtidos nos atos investigatórios. Seriam as informações colhidas pela polícia já introduzidas nos autos.²⁹¹

Em *habeas corpus*, oriundo do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o sigilo no inquérito cessa quando restam finalizados os atos investigatórios. A partir daí, dá-se a documentação, ou por outras palavras, a formalização da investiga-

²⁹¹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 197 e 326. Necessário frisar a posição contrária: Aury Lopes não concorda com a denominação “atos de instrução”. Para Aury, “atos de investigação é uma coisa e atos de prova outra. O que pode sim e deve ser falado é que existem atos de investigação que são irrepetíveis (como as provas técnicas) e que por isso acabam valendo como ato de prova, pois podem ser utilizados no julgamento” (Resposta esclarecida por e-mail no dia 17/04/2008). Ver também FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 133. Ou ainda: Segundo Jacinto Coutinho, “na fase preliminar do inquérito policial tem-se, à evidência, dois momentos: um de investigação e outro de produção da prova recolhida” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O sigilo do inquérito policial e os advogados*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 5, n. 18, abr-jun, 1997. p. 131).

ção nos autos. Então, uma vez documentados, nos autos do inquérito, todos os atos investigatórios já realizados, estes devem, sob pena de abuso de autoridade, estar disponíveis ao advogado de defesa.²⁹²

Além disso, o ato de instrução não é criação tão somente doutrinária, mas está expressamente previsto no parágrafo único do art. 9º do Código de Processo Penal Militar, *in verbis*: “São, porém, efetivamente instrutórios da ação penal os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código”. O dispositivo ora referido reconhece que os atos investigatórios (exames, perícias e outras avaliações) se tornam, para efeitos da própria ação penal, atos instrutórios.

3.2.2 A (ir)repetição dos atos probatórios

As provas irrepitíveis, como os exames periciais, devem ser admitidas somente pelo incidente da produção antecipada de provas. Já as provas testemunhais, acareações, reconhecimentos, entre outras, para serem valoradas na sentença, devem obrigatoriamente ser renovadas em juízo também sob o crivo do contraditório e da mais ampla defesa.²⁹³

²⁹² EMENTA: ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte (STF – HC 88.190-4. 2ª Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data da Publicação: 29/08/2006) [grife-se].

²⁹³ LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 229. Conforme Aury, “o incidente de produção antecipada da prova é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa. [...] Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como mero *ato de investigação* e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova poderá ser realizado uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o *status* de ato de prova, é dizer, valorável na sentença ainda que não colhido na fase processual” (LOPES JR., *Sistemas de investigação preliminar...*, 2006. p. 232).

As provas colhidas na fase do inquérito policial dificilmente são reproduzidas em juízo, e isso se dá, segundo Paganella Boschi, pela dificuldade, principalmente nos grandes centros urbanos, de localizar as testemunhas que frequentemente mudam de endereço sem avisar a polícia e a Justiça, ou ainda pela complexidade do caso investigado que demanda mais tempo, provocando o retardamento da ação judicial.²⁹⁴

Paulo Tovo salienta que as provas não renováveis deveriam ser colhidas com observância da ampla defesa, ou seja, na presença fiscalizadora da defesa técnica, considerando que são provas definitivas incriminatórias, como o exame de corpo de delito ou apreensão de substância tóxica.²⁹⁵ Semelhante é a posição adotada por Marta Saad quando diz que, “diante da prática de atos de instrução de caráter definitivo, que não mais se repetem, deve-se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa no inquérito policial”.²⁹⁶

Figueiredo Dias diz que, à luz das necessárias garantias de defesa impostas pela Constituição Portuguesa, deve ser dada uma atenção especial às provas recolhidas em instrução preparatória que assumem valor processual e foram recolhidas sem defesa.²⁹⁷

Mas, também, há o problema da prova judicial cotejada com a do inquérito policial, maneira que é adotada por alguns juízes, em que Aury Lopes chama a atenção para o seguinte raciocínio: “Não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou socorrer-me do que está no inquérito (cujo segredo também foi por mim determinado!), esse instrumento inquisitório, híbrido e malformado, que temos no Código de Processo Penal”.²⁹⁸

²⁹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 122.

²⁹⁵ Para o autor, “a busca, a colheita, a documentação ou instrumentação e ainda o estudo da prova há de ser feito dialeticamente, sob a égide do devido processo legal, pelo menos para efeitos incriminatórios, é claro, de nada valendo, com tais propósitos, a perquirição inquisitorial, salvo no tocante às provas já prontas quando instaurada a investigação preparatória, como já vimos, posto que aí não há como exigir-se a dialética no momento de sua formação” (TOVO, Paulo Cláudio. *Democratização do inquérito policial*. In: *Estudos de direito processual penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 201 e 204. v. 2).

²⁹⁶ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 366.

²⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 491.

²⁹⁸ LOPES JR., Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 43, abr-jun, 2003. p. 394.

O objetivo não é promover a introdução plena do contraditório na fase preliminar do processo. A intenção é apenas garantir a participação da defesa técnica, com um contraditório mínimo, nos momentos jurisdicionalizados do inquérito policial, ou seja, quando há produção de provas irrepitíveis ou até mesmo quando se adotam medidas restritivas de direitos.²⁹⁹

Portanto, a irrepitibilidade dos atos de investigação que demandam operações de caráter técnico impõe a permissão ao investigado de participar da produção inquisitorial de prova, inclusive, formulando quesitos e designando assistentes técnicos. Caso contrário, seria explícita a violação ao princípio do contraditório e direito de defesa, que também deve ser respeitado no inquérito policial, sobretudo às provas irrepitíveis.³⁰⁰ Até mesmo aqueles que defendem a natureza inquisitiva do inquérito, como José Laurindo de Souza Netto, reconhecem que, ao menos no atos irrepitíveis, é necessário que se respeite o contraditório e a ampla defesa.³⁰¹

3.2.3 O advogado no inquérito policial

Lembrou-se que, no antigo procedimento inquisitório, a presença do advogado era totalmente dispensável ou, quando este agia, era apenas com o objetivo de fazer o réu confessar, ainda que fosse inocente. Nesse sentido, Aury Lopes, citando Heinz Göessel, explica que propriamente a figura do advogado defensor não foi sempre bem-vista pela sociedade, chegando-se ao ponto de exigir dos advogados, por meio do Decreto de Gabá, elaborado no século XVIII, na Prússia, o uso, até mesmo em sua vida particular, de um capote preto que o identificasse como advogado de defesa, para serem reconhecidos de longe e assim livrar-se deles.³⁰²

²⁹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121-122.

³⁰⁰ Nesse sentido, é o que reforça CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepitíveis no inquérito policial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, jun. 2006. p. 237-238. Ainda sobre o assunto, a autora dá o recado: “Trata-se do velho vício de interpretar a Constituição de acordo com a ordem precedente, e não, o contrário” (CORRÊA, 2006. p. 233).

³⁰¹ *Idem*, p. 238.

³⁰² .LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 358-359.

Hoje, o papel do advogado já no inquérito policial é de suma importância, eis que estará apto a solicitar a produção de provas e requerer diligências favoráveis ao investigado, garantindo em juízo, se for o caso, uma justiça mais equilibrada. Além disso, sua presença física e atuante no procedimento preliminar faz com que os direitos do investigado sejam respeitados, atenuando possíveis pressões que possam surgir contra ele. Se, no inquérito, são colhidas provas que decidem a sorte do investigado, inclusive com atos irrepetíveis, este deve contar com a assistência técnica de defensor desde logo, ou seja, já na fase do inquérito.³⁰³

Como ficou demonstrado, o sigilo decretado ao longo do inquérito é insuficiente para impossibilitar ao advogado o acesso aos autos do inquérito, pois, num Estado Democrático de Direito, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa técnica por defensor devidamente constituído. Corroborando essa idéia, nem mesmo a antiga Lei de tóxicos, nº 6.368, de 1976, proibiu a atuação do advogado em caso de sigilo.³⁰⁴

Contudo, essa regra não é absoluta, pois foi mencionado que há momentos em que a utilização do sigilo é essencial para a elucidação dos fatos. Mas, insiste-se no fato de que tal silêncio por parte da autoridade policial não pode pendurar até o último ato do inquérito policial, sendo que deve ser dada vista dos autos à defesa assim que cessar os fundamentos do segredo imposto.³⁰⁵ Se assim não for, estará

³⁰³ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 201-203.

³⁰⁴ Revogada pela Lei 11.343/06, a antiga lei de tóxicos dispunha, no *caput* do art. 26, que “os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para a apuração dos crimes definidos nesta Lei serão mantidos sob sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado na forma da legislação específica” [grife-se].

³⁰⁵ Nesse sentido, Lenio Streck, ao tratar do sigilo nas interceptações telefônicas, ressalta que “é evidente que deve haver sigilo na realização da escuta. É evidente que o réu não pode ser informado acerca da escuta. Porém, após feita a interceptação, independentemente da fase em que ocorreu (investigação ou instrução criminal) deve o defensor ter vista do conteúdo do procedimento interceptatório” (STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 100).

incorrendo em abuso de autoridade qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (art. 3º, j, da Lei 4.898/65). Isso ocorre porque, como se mencionou anteriormente, o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) garante ao advogado o exercício de suas prerrogativas. Por isso, o advogado nada mais é do que um garantidor de todos aqueles direitos fundamentais já citados e que arduamente foram conquistados, sendo sua presença imprescindível à administração da justiça, além de ser inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, como manda o preceito constitucional (art. 133 da CB).

Portanto, como bem o disse Fauzi Hassan, “a presença do advogado no inquérito e, sobretudo, no flagrante não é de caráter afetivo ou emocional. Tem caráter profissional, efetivo, e não meramente simbólico. Isso, porém, só ocorrerá se o advogado puder ter acesso aos autos”.³⁰⁶

Scarance Fernandes ressalta que não podia ser diferente, pois a ampla defesa, assegurada pela Constituição, atinge até mesmo o momento da investigação criminal. Para o autor, a tendência, nos países europeus, é essa: garantir uma participação maior do imputado e seu advogado na investigação, mas ainda é difícil a delimitação do âmbito em que se dará essa assistência por parte da defesa.³⁰⁷

O próprio Evandro Lins, advogado criminalista, já dizia que, “na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente. Não é essa a tendência universal”. Segundo Lins, mais importante que a repressão é a prevenção, e isso só se dá com boas políticas públicas.³⁰⁸

³⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108. É o que também diz Figueiredo Dias, ou seja: “A função cabida ao defensor em processo penal só poderá ser eficazmente cumprida se lhe for conferido um amplo direito de consulta dos autos e de exame dos objectos de prova” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 497-498).

³⁰⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130 e 119.

³⁰⁸ Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no voto exposto pelo Ministro Eros Grau, no RHC 89.550-6/SF publicado em 27/03/2007. Ver também SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 215-216.

Por isso, justifica-se o conceito da palavra *advogado*, derivada do latim, *advocatus*, que se refere àquele que assiste ao que foi chamado perante a Justiça ou ainda o termo *vocatus*, aquele que é chamado, invocado, apelado e suplicado para ajudar.³⁰⁹ Ao advogado é dado esse nome porque ele tem uma capacidade impressionante de compreender os erros alheios, de perdoar, de entender, de ajudar aquele que sofre um infortúnio, que está num momento difícil, de aflição, de angústia, de padecimento, e isso causa um certo temor àquele que prende, pois o patrono é o defensor das garantias de qualquer indivíduo, e o mais interessante de tudo é que o causídico, muitas vezes, não nega o fato, mas o explica sob a ótica do acusado.³¹⁰

Como dizia Francesco Carnelutti, “a experiência do advogado está sob o signo da humilhação”, pois ele veste a toga, colabora com a administração da justiça, mas seu lugar é embaixo. Ele também está sujeito às instituições, assim como está sujeito o acusado. Ele também é obrigado a bater à porta como um pobre faz.³¹¹ No entanto, sob o ponto de vista ético profissional, ele não deve olvidar que tem como dever contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis (art. 2º do Código de Ética da OAB). Do mesmo modo, é fundamental ter sempre presentes as lições de Maurice Garçon quando ensina que, “na verdade, defender não é, necessariamente, pugnar por uma absolvição ou por um triunfo total, mas procurar obter uma solução jurídica ou humanamente justa”.³¹²

³⁰⁹ Este é o papel do advogado, seja no procedimento inquisitorial ou no processo judicial, ajudar aquele que pede socorro. Uma função nobre bem-definida em aula magistral por Ribeiro da Costa, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Só uma luz nesta sombra, nesta treva, brilha intensa no seio dos autos. É a voz da defesa, a palavra candente do advogado, a sua lógica, a sua dedicação, o seu cabedal de estudo, de análise e de dialética. Onde for ausente a sua palavra, não haverá justiça, nem lei, nem liberdade, nem honra, nem vida” (*Apud* BERNARDES, Marcelo Di Rezende. *O respeito ao direito de defesa*. Visão Jurídica, nº 6, Escala, 2006. p. 33).

³¹⁰ SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 219-220. Evandro Lins ressalta que “o advogado tem que ter uma postura absolutamente correta e decente diante da vida. Ele não é, repito, solidário com o crime, ele é solidário, muitas vezes, com a dor, com o sofrimento do cliente” (SILVA, 1997. p. 311).

³¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002. p. 29.

³¹² GARÇON, Maurice. *O advogado e a moral*. Tradução de António de Sousa Madeira Pinto. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963. p. 37.

CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho, conclui-se que o sistema processual penal que vigora atualmente é fruto de diversos estágios movidos por influência social, econômica, política e até religiosa. O sistema jurídico brasileiro é originário do direito romano-germânico, que sofreu forte influência do processo canônico. Inicialmente, surgiu na Índia como um sistema acusatório que observava todas as garantias previstas, mas sua durabilidade foi questionada em virtude das impunidades que ocorriam na época. Então, para satisfazer os cidadãos daquele tempo, surgiu o sistema inquisitório, que apresentou à humanidade os traços mais cruéis que um processo pode ter. Finalmente, esse regime foi derrubado com a chegada da Revolução Francesa, introduzindo-se uma espécie que se dividia em inquisitiva e acusatória. É o chamado sistema misto.

O Brasil, naturalmente, herdou vários aspectos do sistema europeu e pode-se afirmar que o sistema atual é o acusatório, pois a Constituição Brasileira (art. 129, I) outorgou ao Ministério Público a tarefa de promover a ação penal pública, sendo que, somente em casos excepcionais, definidos em lei, o particular poderá propor uma ação penal. No entanto, como se viu, não é um sistema puro, eis que a fase investigativa permanece em sua forma inquisitória. Além disso, ainda é facultado ao juiz a gestão e produção de provas, o que, evidentemente, descaracteriza um sistema que pretende ser acusatório.

Se não bastassem as crueldades cometidas na Santa Inquisição, o sistema processual penal brasileiro também enfrentou períodos de autoritarismo, inclusive com ideologias totalitárias vindas do exterior, como ocorreu com o regime fascista, em 1930, liderado por Benito Mussolini e, depois, em 1937, o regime ditatorial liderado por Getúlio Vargas. Tal influência, recebida do Código Rocco, está explícita na exposição de motivos do atual Código de Processo Penal Brasileiro, assim, como também há, na doutrina, registros de que a própria ditadura se inspirou no formato criado pela Inquisição.

Contudo, mesmo que o Código de Processo Penal ainda esteja impregnado de resquícios inquisitoriais, a Constituição de 1988 faz o contraponto, mas nem todos a interpretam dessa maneira, pois a re-

sistência aos princípios constitucionais impressiona, sendo que o apego à legislação ordinária ainda é muito forte. O fato de ter o inquérito policial herança inquisitorial não é argumento plausível para subtrair dele um mínimo de contraditório e de direito a defesa. Também não é necessária a sua extinção, como pretendiam alguns, considerando que o inquérito tem fundamental importância para o país, pois a polícia judiciária age melhor do que ninguém em todos os cantos deste Brasil. Se há algo para ser extinto, começar-se-á pelo preconceito que existe contra o indivíduo investigado que, na maioria das vezes, acaba sendo pré-julgado de todas as formas, quando, na verdade, o inquérito nem sequer prosperou. Convém lembrar, então, que a função da investigação criminal é elucidar os fatos, obtendo provas que favoreçam e desfavoreçam a defesa, além de evitar que pessoas inocentes sejam submetidas a um desgastante processo judicial.

Entende-se que o exercício dos direitos fundamentais, já na fase da investigação criminal, não causa nenhuma dificuldade ao trabalho da autoridade policial. Agora, o que deve ser revisto urgentemente são os meios empregados na investigação, principalmente o estrutural que tanto faz falta à polícia e que não depende dela, mas sim, de boas políticas públicas. Da mesma forma, faz-se referência à valorização dada ao funcionário público, encarregado da aplicação da lei, seja ela econômica ou moral.

A polícia judiciária, quando conduz o inquérito policial, está atrelada à lei, pois ela não pode agir de forma arbitrária, mas tão somente discricionária. Isso porque o inquérito não possui um rito pré-determinado. O que há são requisitos mínimos impostos pela Constituição, pelo Código de Processo Penal e pelas leis extravagantes, que devem ser respeitados, podendo até responder por abuso de autoridade na falta de qualquer observação legal. Assim, a doutrina e a jurisprudência dividem o inquérito em atos de investigação e atos de instrução, sendo que neste deve a autoridade policial dispor ao advogado de defesa acesso amplo a todos os atos já documentados nos autos, enquanto naquele, evidentemente, se faz necessário o sigilo em determinados atos investigatórios que ainda não foram formalizados, como, por exemplo, a interceptação telefônica e a busca e apreensão.

Logo, a doutrina discorre em contraditório mínimo porque, em sentido estrito, não há que se falar num contraditório pleno no inquéri-

to policial, pois lhe falta a estrutura dialética que tem o processo, a pretensão acusatória e a relação jurídico-processual. No entanto, não se deve olvidar que o contraditório tem dois momentos: o primeiro é o da ciência, ou informação, do que está ocorrendo, e o segundo momento é o da reação, ou participação, em igualdade de armas. Dessa forma, o que deve existir no inquérito é apenas a ciência ou informação (primeiro momento), considerando inexistente a possibilidade de contradizer (segundo momento).

Nesse sentido, a tendência universal é a de garantir ao sujeito passivo, alvo de investigações, todas as garantias mínimas previstas em lei. No Brasil, a legislação disponibilizou um arsenal de dispositivos que proporcionam ao advogado de defesa uma atuação mais efetiva e menos afetiva (pois esta fica a cargo da família). Ainda assim, se o direito de defesa no inquérito não se exteriorizasse através do artigo 5º, LV, da Constituição, do mesmo modo, haveria, no texto constitucional, para os insatisfeitos, o inciso LXIII e LXXIV, do art. 5º, combinado com o art. 133 e 134, além do Estatuto da Advocacia, que reitera a indispensabilidade do advogado à administração da justiça e garante o exame na unidade policial dos autos do inquérito. Da mesma forma, o Código de Processo Penal Militar, no art. 16, salienta que o advogado do indiciado não é atingido pelo sigilo do inquérito. A antiga Lei de Tóxicos, nº 6.368/76, dizia que seria mantido sob sigilo o inquérito e outros registros, ressalvada para efeito exclusivo de atuação profissional do advogado. E agora, há a Súmula Vinculante nº 14, que declara ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Portanto, jamais se perderia tempo com a pretensão de transformar o inquérito num verdadeiro processo. Isso não é possível. O único objetivo é assegurar a efetividade da Constituição Brasileira, por isso, mais uma vez, são válidas as lições de Francesco Carnelutti no sentido de que “a batalha não é para a reforma da lei, mas para a reforma do costume”.³¹³

³¹³ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinali. Campinas: Bookseller, 2002. p. 70.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 81-90.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philipino ou ordenações e lei do reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*. 14.ed. Rio de Janeiro: Typographia Instituto Philomathico, 1870. p. XXI. v. 1.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- _____. *Ainda o direito de defesa no inquérito policial*. Revista dos Tribunais, ano 47, v. 272, junho de 1958. p. 7-22.
- _____. *Ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 27-39.
- _____. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 7-17.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. p. 243-246.
- _____. *O processo criminal brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Globo, 1920. p. 75-97. v. 2.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.
- ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Taumaturgo de. *Controle externo da atividade policial, o outro lado da face*. Disponível em: < <http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigos.asp?iCodigo=34> > Acesso em: 03 dez. 2007.
- AROCA, Juan Montero. *Princípios de proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 25-30 e 137-159.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBOSA, Rui. *O dever do advogado. Carta a Evaristo de Morais*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, Aide, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 581-599.
- BASTOS, Celso Ribeiro; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à*

Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. *O respeito ao direito de defesa*. Visão Jurídica, nº 6. Escala, 2006. p. 33.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 523-565.

BIZZOTTO, Alexandre; JOBIM, Augusto; EBERHARDT, Marcos. Sistema Acusatório: (Apenas) Uma necessidade do processo penal constitucional. In: *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal* (Organização de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Salo de Carvalho). Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-295.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 122-129.

BOSCHI, Marcus Vinicius (Organizador). *Código de processo penal comentado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOTÓCHIO, José Roberto. *Impunidade e inquérito policial*. Revista da OAB/RS, agosto/setembro, ano 4, n. 14.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 29-39.

BUSTAMANTE, Juan Jose Gonzáles. *Principios de derecho procesal penal mexicano*. Quinta Edición, México: Editorial Porrúa, 1971. p. 9-16.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1141-1174.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 538-540.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Principios del derecho penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

_____. La publicidad del proceso penal. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950. p. 93-100.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1-39.

CATÃO, Francisco A. C. *O que é teologia da libertação*. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1986.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Série Cadernos, volume 25. *Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica. Brasília: CJF, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (coordenadores). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 223-253, jun. 2006.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal* (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Fundação da Universidade Federal do Paraná, ano 30, n. 30, 1998. p. 163-198.

_____. *O sigilo do inquérito policial e os advogados*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 5, n. 18, abr-jun, 1997. p. 123-134.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: art. 1º a 5º, I a LXVII*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal: direito romano I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 10-17.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A polícia civil no estado brasileiro. In: MORAES, Bismael Batista (coordenador). *A polícia à luz do direito: um seminário na faculdade de direito da USP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 58-74.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, 1981/82. p. 21-38.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Escrito em 1376, revisado e ampliado por Francisco de La Peña em 1578. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 32. v. 1.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 27-128 e 267-326.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 15-98.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99-142.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. 5.ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 549-567.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 148-163 e 467-503.

_____. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 428. v. 1.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 31.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRANÇA, Limongi R. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo, 1997.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade: notas de legislação, doutrina e jurisprudência à Lei 4.898, de 09.12.1965*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARÇON, Maurice. *O advogado e a moral*. Tradução de António de Sousa Madeira Pinto. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961. p. 109-119 e 138-160.

GOLDSTEIN, Herman. *Policinando uma sociedade livre*. Tradução de Marcello Rollemberg. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003. p. 9-47.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9-49.

GOMES, Luiz Flávio. *Operação furacão, limites das investigações e estado garantista de direito*. Estado de Direito, jun., 2007.

_____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101-117 e 182.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 93.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 26-65.

_____. A Polícia Civil e as garantias constitucionais da liberdade. In: *A polícia à luz do Direito* (Coordenação de Bismael B. Moraes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 12-24.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1-16.

_____. *O princípio da ampla defesa*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 19, 1981/82. p. 9-20.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 84-101.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IDÍGORAS, José Ignacio Tellechea. *Inácio de Loyola: a aventura de um cristão*. Tradução de Alda da Anunciação Machado. São Paulo: Loyola, 2001.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 22.ed. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 325-334.

JEDIN, Hubert. *Concílio ecumênico: história e doutrina*. Tradução de Nicolas Boér. São Paulo: Herder, 1961. p. 107-141.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 51-94.

LOPES, Fábio Motta. *Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal*. Canoas: ULBRA, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Direito, Universidade Luterana do Brasil, 2007.

_____. O Ministério Público na investigação criminal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 6, n. 11, jun., 2005, p. 137-166.

_____. *O inquérito policial é mera peça informativa?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 15, n. 181, dez, 2007.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 43, abr-jun, 2003. p. 378-396.

_____. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. In: *Revista Ibero-Americana de ciências penais*, Porto Alegre, n. 0, p. 57-86, mai-ago, 2000.

_____. *A opacidade da discussão em torno do promotor investigador: mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n. 142, set, 2004.

_____. *Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Boletim IBCCRIM – ano 11 – nº 127 – jun., 2003.

LUGON, Clóvis. *A república “comunista” cristã dos guaranis: 1610-1768*. Tradução de Álvaro Cabral. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 27-35.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos individuais fundamentais no processo penal democrático: blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de abuso de poder*. Revista de Direito Processual Penal, n. 37, abr-mai, 2006. p. 64-85. v. 7.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Inquisição e justiça penal contemporânea: tribunais do Santo Ofício e as heranças da repressão. Estado democrático versus regime ditatorial*. Revista Prática Jurídica, ano III, n. 32, p. 16-26, nov., 2004.

_____. *Presunção de inocência e os direitos humanos – justiça penal e devido processo no estado democrático*. Revista Jurídica Consulex, ano VIII, n. 171, p. 51-53, fev., 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 18 e 201-202. v. 1.

MARTINS, Ricardo Cunha. *O homem errado: caso Joel: história de um erro judiciário e algumas considerações sobre a prova criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *As investigações do Ministério Público para fins penais*. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal, n. 5, abr-mai, 2005. p. 20-24. v. 1.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26.ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 123.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 793.
- MENDES, Carlos Alberto Pires. *Aspectos controvertidos do indiciamento*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, set-dez, 2000, p. 107-114.
- MESQUITA BENEVIDES, Maria Victoria de. A Polícia sob controle da sociedade a que serve. In: *O papel da polícia no regime democrático*. Coordenador Bismael B. Moraes. São Paulo: Mageart, 1996. p. 73-87.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 223- 232. v. 2.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5.
- MONDIN, Augusto. *Manual de inquérito policial*. 5.ed. São Paulo: Secretaria de Segurança Pública, 1967. p. 66-71.
- MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Edipro, 2002.
- NOVINSKY, Anita Waingort. *A Inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. *Prática forense penal*. 1.ed., 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-74.
- PAUL II., Johannes. *Ansprache von Johannes Paul II. an die Teilnehmer der Vollversammlung der päpstlichen Akademie der Wissenschaften*. Disponível em: <<http://>

www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1992/october/documents/hf_jp-ii_spe_19921031_accademia-scienze_ge.html>. Acesso em: 26 abr. 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 15-90.

PENTEADO, Jacques de Camargo. *Acusação, defesa e julgamento*. Campinas: Millennium, 2001. p. 1-12.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 328-338.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. *Da ilegalidade da investigação criminal exercida, exclusivamente, pelo Ministério Público no Brasil*. Porto Alegre: Revista Jurídica, ano 52, n. 315, janeiro de 2004. p. 100-106.

PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Bushatsky, Universidade de São Paulo, 1973.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REBELLO PINHO, Rodrigo César. Ministério Público e Investigação Criminal. In: Centro de Estudos Judiciários, Série Cadernos, volume 25. *Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade*. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica. Brasília: CJF, 2005. p. 49-53.

ROCHA, Luiz Carlos. *Prática policial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1- 3.

ROLLAND Louis. *Precis de droit administratif*. 10.ed. Paris: Dalloz, 1951. p. 397.

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

_____. *Exercício do direito de defesa no inquérito policial*. Boletim IBCCRIM – ano 14 – nº 166 – setembro, 2006.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência e prática*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3-11.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97-118.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

- SILVA, José Geraldo da. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. 4.ed. Campinas: Millennium, 2002.
- SILVEIRA BUENO, Francisco da. *Grande dicionário etimológico-prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 3104. v. 6.
- STASIAK, Vladimir. *Admissibilidade e limites das investigações preliminares ao inquérito policial*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº 31, jul-set, 2000. p. 259-282.
- STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 110-117.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 155-180.
- SUANNES, Adauto; COSTA, Vagner da. *Procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e o devido processo penal*. Porto Alegre: Revista Jurídica, ano 52, n. 318, abr., 2004. p. 92-109.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 1-21 v. 2.
- _____. *Curso de processo penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10-18. v. 1.
- TORRES, Eptácio. *Polícia*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61-73. v. 1.
- _____. *Processo penal*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- _____. *Manual de processo penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TOVO, Paulo Cláudio. *O inquérito policial em sua verdadeira dimensão*. In: *Estudos de direito processual penal / Organizado por Paulo Cláudio Tovo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- _____. *Democratização do inquérito policial*. In: *Estudos de direito processual penal*, vol. II. Coordenação de Paulo Cláudio Tovo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 143-145.

_____. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004. p. 67-87.

_____. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Sarai-va, 1978. p. 105-133.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 15-35.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Sobre o autor

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2009). Especialista em Direito Ambiental, com ênfase em Direito Penal Ambiental, pela UNISINOS (2013). Especializando em Educação Ambiental, com ênfase em Compliance Ambiental, pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Advogado e consultor jurídico ambiental.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3094748354631609>

Página pessoal: www.cristianoweber.com.br

O trabalho de Cristiano Weber acerca do "Advogado diante da Inquisitorialidade do Inquérito Policial" aborda o controvertido problema do inquérito policial e de toda a investigação preliminar, onde estarão as linhas limítrofes entre a investigação escurra, republicana, equilibrada e aquilo que não é raro de se vislumbrar nos processos criminais: o abuso travestido de investigação. Para tentar apontar e desnudar tais linhas, o autor arranca daqueles princípios fundamentais, que estribaram os procedimentos criminais ao longo da história: o inquisitivo e o acusatório. E não receia ou recua ante a dura necessidade de apontar as fragilidades e as vicissitudes do sistema de investigação preliminar brasileiro.

Miguel Tedesco Wedy

ISBN 978-85-7843-079-5



9 788578 430795