

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 3 – Número 1 – p. 74-88 – janeiro/junho 2011

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ALINE MARIA MONTEIRO

O DEVIDO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Emerson Silva Barbosa

Delegado de Polícia Federal. Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires.

Resumo

O artigo analisa criticamente a investigação criminal sob o enfoque garantista ao sustentar a imperiosidade da ampliação das garantias do contraditório e da ampla defesa já na fase do inquérito policial, a fim de se assegurar um devido processo penal ou um processo penal justo.

Palavras-chave: Devido processo penal; Contraditório; Ampla defesa; Investigação criminal; Inquérito policial.

Abstract

The criminal due process and the guarantees of the contradictory and full defense of police investigation

The article critically examines the criminal investigation under the approach garantism to support the urgent extension of the guarantees of the contradictory and full defense now at the stage of police investigation in order to ensure due process of criminal prosecution or a fair.

Keywords: Criminal due process; Adversarial system; Legal defense; Criminal investigation; Police investigation.

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é tratar do emprego da garantia do devido processo penal e dos princípios da ampla defesa e contraditório, previstos na Constituição brasileira de 1988, já na fase pré-processual de investigação criminal: o inquérito policial.

Muitos defendem que o inquérito policial, em razão de sua natureza inquisitiva e por se tratar de uma *peça meramente informativa*¹, com valor probatório limitado a subsidiar o ajuizamento da ação penal, não reservaria espaço para participação ativa do acusado e de seu defensor (contraditório).

Contudo, é fato que o inquérito não constitui peça meramente informativa, mas verdadeira instrução preparatória do processo criminal, uma vez que nele são realizadas todas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que poderão servir à convicção do juiz². Dito de outra forma, durante o inquérito são produzidas diversas provas, em regra, não exequíveis durante a instrução processual, tais como o exame de corpo de delito, as interceptações das comunicações, a busca e apreensão, o reconhecimento de pessoas e coisas, a identificação criminal entre outras que servem de base probatória à acusação, à defesa e à formação da convicção do julgador.

Contudo, para que o inquérito seja de fato reconhecido como um procedimento de natureza instrutória, no atual estágio do Estado democrático de direito, deve este ser permeado por indispensáveis princípios legitimadores de um devido processo penal justo – o contraditório e a ampla defesa, mesmo que de forma mitigada.

A garantia do devido processo legal (*due process of law*), do qual decorre a ideia de um devido processo penal, foi concebida, originariamente, como garantia destinada a incidir tão-somente no processo penal, sempre que as formas de procedimento ameaçassem o direito de defesa (GRINOVER, 1975 apud CHOUKR, 2006). Contudo, atualmente, cada vez mais se defende a extensão da garantia à fase investigatória do inquérito policial, que embora de exercido por autoridade administrativa, é regido por regras de direito processual penal, como forma de se ampliar o espectro de proteção dos direitos fundamentais.

Tanto é assim que Choukr (2006) chega a admitir se tratar de um “*passo adiante*” na construção de processo penal garantidor e uma tendência do Estado democrático, a inserção das garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade, como forma básica de proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado.

Em verdade, a aplicação de um conjunto de regras constitucionais e legais que consubstanciam o devido processo penal já na fase do inquérito simbolizam uma pretensão estatal de consagrar um processo penal de partes verdadeiramente justo.

Assim, pretende-se com esta pesquisa defender a indispensabilidade da garantia do devido processo legal e de duas das principais garantias dela decorrentes no inquérito policial – a ampla defesa e o contraditório –, tendo como consequência imediata a alteração do *status* do investigado ou imputado que deixa de ser mero objeto da investigação e passa a ser sujeito de direitos, sendo a ele assegurados mecanismos para se contrapor a investidas de autoridade (ou mesmo autoritárias) do Estado sobre seus direitos fundamentais.

Por outro lado, pretendemos demonstrar que o modelo de processo penal acusatório formal, que tem por característica principal a divisão de funções entre o acusador, defensor e julgador, não impõe necessariamente um sistema de instrução criminal adversarial, em que as partes são responsáveis pela iniciativa probatória, restando ao juízo criminal apenas zelar pela legalidade. Veremos que o sistema inquisitivo, em que prepondera a participação ativa do órgão jurisdicional, seja diretamente ou por meio do órgão de polícia judiciária, com participação complementar das partes, na instrução ou coleta da prova, desde que observado o compromisso com a verdade (atingível) dos fatos e a paridade de armas entre quem acusa e quem defende, assegura, em vez de ultrajar, o devido processo penal, aqui entendido como um processo justo.

O problema que se coloca em relação ao tema, portanto, é como admitir que não haja contraditório ou ampla defesa durante o inquérito em face da reconhecida atividade probatória que se realiza neste procedimento criminal? E, ainda, como atividade probatória inquisitiva assegura a paridade de armas entre acusação e defesa?

Buscaremos responder a essas perguntas ao longo deste trabalho.

1 A POLÍCIA JUDICIÁRIA E O INQUÉRITO POLICIAL

Como já ressaltado, para o exercício do dever de reprimir os delitos, ao Estado, por meio de suas agências, é assegurado o *poder-dever de investigar* o crime como elemento essencial à tutela penal, consistente no poder-dever de proteção social pela apuração da existência do crime e quem seja o seu autor.

No Brasil, é papel das instituições de polícia judiciária, ressalvados os casos previstos em lei, conduzir a investigação preliminar, instrumental à ação penal: persecução penal extrajudicial³.

É por meio desta investigação, elaborada e consubstanciada em um procedimento formal que mais tarde irá compor o processo penal, chamado inquérito policial, que a polícia judiciária contribui para o esclarecimento da verdade e responsabilização do autor do fato delituoso.

A forma jurídica do inquérito surgiu como equivalente do flagrante delito, ao pretender reunir por meio de um procedimento pessoas que pudessem, sob juramento, confirmar a veracidade de um fato, garantir o que viram ou que sabem sobre algo que aconteceu, de modo que, indiretamente, se permitisse alcançar por intermédio dessas pessoas o equivalente de certeza atinente ao delito em estado flagrância (FOUCAULT, 2009). Em outros termos, o inquérito

[...] poderá tratar de gestos, atos, delitos, crimes que não estão mais no campo da atualidade, como se fossem apreendidos em flagrante delito. Tem-se aí uma nova maneira de prorrogar a atualidade, de transferi-la de uma época para outra e de oferecê-la ao olhar, ao saber, como se ela ainda estivesse presente. Esta inserção do procedimento do inquérito reatualizando, tornando presente, sensível, imediato, verdadeiro, o que aconteceu, como se o estivéssemos presenciando, constitui uma descoberta capital (idem, p. 72).

O inquérito é, assim, tido como um sistema racional de estabelecimento da verdade que se contrapõe as velhas provas do direito bárbaro que decorreu de uma transformação política da sociedade medieval, dos jogos de força política e das relações de poder (FOUCAULT, 2009).

Nesses termos, foi visto como evolução das formas jurídicas de obtenção da verdade, uma forma de saber-poder, pertinente à instituição judiciária, que ressurgiu com força durante a Idade Média por obra da Igreja Católica e foi reproduzido durante a formação do Estado Nação Moderno, fazendo parte das Ordenações do Reino que regularam a atividade criminal e as instituições estatais de persecução penal à época⁴.

Tanto é assim que esse método de investigação inquisitorial próprio do inquérito foi tratado nas Ordenações Filipinas⁵, em seu livro V, título XVII, § 12 – ordenação esta que vigorou no Brasil até a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 –, quando cuidou das devassas, que eram a inquirição para informação dos delitos cujo modo de investigação era próprio do processo inquisitorial canônico⁶.

Embora a palavra *inquérito* não tenha figurado nas primeiras legislações processuais penais brasileiras (Código de Processo Criminal de 1832 e Lei de 3 de dezembro de 1842), a verdade é que o procedimento de investigação, a dinâmica inquisitorial própria do inquérito, foi mantida e largamente utilizado pela polícia judiciária na tarefa de proceder ao corpo de delito, inquirir testemunhas, bem como reunir todos os elementos e circunstâncias diziam respeito ao fato delituoso (TORNAGHI, 1977; ALMEIDA JUNIOR, 1959).

O fato é que o termo inquérito policial somente apareceu no direito brasileiro com a publicação do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871 e depois disso não deixou mais de figurar como instituto jurídico próprio de nosso ordenamento. Prova disso é que o atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) reservou o Título II, do Livro I – Do Processo em Geral (art. 4º a 23) ao tratamento do inquérito policial como procedimento de natureza investigatória por excelência no Brasil a cargo das instituições de polícia judiciária. Também a Constituição Federal de 1988, em ao menos duas passagens (art. 109, § 5º e 129, VIII), confere dignidade constitucional ao inquérito policial como instrumento de investigação criminal no sentido dado a este instituto pela lei processual penal⁷.

Porém, de que se cuida o inquérito policial?

Trata-se o inquérito policial, em sentido material, do conjunto de atos, ordenados e disciplinados por lei, que constituem em cada fato delituoso a sequência da atividade policial nas diligências que lhe competem. Em sentido formal, o inquérito é a peça procedimental que contém e autentica, em forma legal, os atos e diligências policiais relativos a determinado evento delituoso (ANDRADE, 1958).

O inquérito policial é, portanto, o procedimento mediante o qual a instituição de polícia judiciária instrumentaliza a investigação quanto à sua materialidade e autoria do crime, reunindo os elementos e as

provas do fato delituoso na fase preparatória da instrução criminal⁸. Ou, como asseverou Mirabete (2007, p. 60) “[...] Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc.”

As principais finalidades do inquérito são, a nosso sentir: a) desincumbir-se do ônus da prova do crime que, no bojo do processo penal, cabe ao Estado; b) a de instrução criminal provisória objetivando evitar juízos apressados e imputações indevidas; c) a garantia do equilíbrio paritário entre as partes; d) a garantia contra procedimentos secretistas.

Em primeiro lugar, reconhece-se a necessidade de se perquirir, previamente, sobre as circunstâncias de fato e direito que envolvem o delito, a fim de subsidiar ou não o ajuizamento da demanda penal. Na ausência desta persecução, preparatória ou não da acusação pública, que na maior parte das vezes cabe à polícia por meio de procedimento de investigação, o titular da ação penal se veria em situação de revelada desvantagem perante o autor do ilícito, na tarefa de provar a autoria e materialidade do crime.

Por outro lado, por meio de investigação dirigida obtenção da verdade atingível (limitada), o inquérito poupa a justiça pública, nas palavras sempre atuais do Ministro Francisco Campos, constantes da Exposição de Motivos do CPP brasileiro de 1941:

[...] contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas.

Outrossim, a participação da autoridade de polícia judiciária na formação do corpo de delito, ou seja, a necessidade de uma instrução preliminar, prevista na lei processual, resulta não só da impossibilidade da constatação direta do juiz da prova material, mas, bem assim, da inconveniência da participação do magistrado na produção e obtenção prova em face do postulados do sistema acusatório.

Em outras palavras, ao rechaçar abertamente a ideia do juiz de instrução, o sistema processual penal brasileiro consolidou-se como um sistema acusatório formal, porém, no tocante a gestão da atividade probatória, optou por um modelo com características predominantemente inquisitivas. Nesses termos, encarregou as instituições que exercem a função de polícia judiciária e, excepcionalmente ao juiz, sem prejuízo da atividade probatória complementar das partes, proceder à instrução provisória referente ao processo.

Daí a importância da atividade investigativa exercida pela polícia judiciária para o processo penal e para a administração da justiça penal, uma vez que, consoante o senso comum, a investigação criminal levada a cabo por meio do inquérito policial esta a serviço do direito penal e do processo penal como procedimento adequado à execução da persecução penal que, não obstante não seja de realização obrigatória, dificilmente dela se prescinde na prática⁹.

Ademais, sob uma ótica garantista, o inquérito policial, desde que contraditório, no sentido de acessível à acusação e à defesa como se defende aqui –, e devidamente fiscalizado interna e externamente pelo Judiciário e pelo Ministério Público –, consiste em importante instrumento de defesa do cidadão contra eventuais procedimentos investigatórios secretos.

Vemos com certa frequência alguns tantos defenderam a extinção do inquérito sob a alegação de que trata de instrumento “obsoleto”, “arcaico”, colocando sobre ele (injustamente) toda culpa da crise do sistema punitivo, ao afirmar que ele emperra a celeridade da investigação. Contudo, sem descuidar dos interesses corporativos por detrás dos ataques ao inquérito, – disfarçados em uma dita preocupação com a segurança

pública ou com a efetividade da justiça –, o fato é que sem ele o Estado democrático de direito perde, e perde muito. É que o inquérito, como forma jurídica, possibilita o controle da investigação criminal pelos atores do processo, não deixando à livre iniciativa de qualquer policial a perquirição dos fatos, sem qualquer parâmetro de controle da legalidade e da proporcionalidade do ato de polícia.

Em outros termos, ao centralizar a investigação criminal no inquérito, reduzindo a limites mais estritos liberdade investigativa, na medida em que inadmite iniciativas investigativas fora do âmbito do inquérito – essa deveria ser regra –, contribui-se para um modelo de investigação mais transparente e, por isso, objetável quando não alinhado às garantias individuais do investigado.

Como se vê, defender um modelo diferente do inquérito (não documental), em nome da “celeridade”, da “desburocratização”, revela uma faceta inquisitorial, secretista e autoritária própria dos períodos nebulosos da Inquisição, em que o investigado/acusado somente tomava conhecimento da imputação ao final do processo, o que contrária frontalmente o devido processo penal.

Por fim, argumenta-se que esse modelo alternativo “desburocratizado” possibilita maior risco a que a investigação se torne um instrumento de corrupção, violência, extorsão próprios de regimes antidemocráticos, o que por si só recomenda seu rechaço.

Por isso, não se pode admitir, portanto, investidas autoritárias que pretendam subtrair ao processo penal o inquérito como documentação da fase investigativa, sob pena de entregarmos a investigação a toda sorte de abusos atentatórios aos direitos fundamentais do investigado. Em sentido contrário, ultraja o Estado democrático de direito a alusão ao fim do inquérito policial sem apontar modo diverso e melhor de formalização da apuração pré-processual.

2 A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO PENAL

A ideia de devido processo legal teria surgido, pela primeira vez, na *Magna Charta Libertatum* de 1215, sob a terminologia de *law of the land*, que mais tarde foi substituída pelo Parlamento Inglês pela expressão *due process of law* (BULOS, 2009; MORAES, 2007).

A cláusula do devido processo legal foi mais tarde assimilada pelos constitucionalistas norte-americanos, tornando-se garantia indispensável à salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais, contra o arbítrio do poder: legislativo, executivo e judiciário.

O desenvolvimento da ideia de devido processo legal na história constitucionalista estadunidense está diretamente relacionada à busca por mecanismos de controle dos atos legislativos exploratórios e limitadores dos direitos fundamentais impostos pelo poder legislativo colonizador que ensejaram, entre outras coisas, na adoção de um modelo de legalidade que resguarda a supremacia na ordem jurídica interna à Constituição, conforme assim o declare o Poder Judiciário¹⁰ (NETTO, 2000).

Desse modo, pode-se dizer que a ideia de *due process of law* está intimamente ligada à própria prerrogativa de revisão judicial e independência do judiciário. E que ao lado do princípio da igualdade (*equal protection of the law*), o devido processo legal tem sido o principal instrumento de argumentação utilizado pela doutrina e pela jurisprudência no processo de transformação do direito constitucional norte-americano (NETTO, 2000)¹¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB, em seu artigo 5º, inciso LIV prevê expressamente o princípio do devido processo legal ao dispor que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A noção de devido processo legal está sintonizada, nos termos da dimensão atual que se empresta a esse princípio, a exemplo do que ocorre com sistema jurídico norte-americano, por um lado à garantia de um

processo justo (*fair Trial*), não apenas em sentido formal, mas também material. Desse modo, para afetar a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos, o Estado, por quaisquer de seus poderes constituídos, deverá se pautar não apenas pelas garantias formais derivadas da lei, mas, bem assim, assegurar que as regras jurídicas que limitam direitos sejam construídas (legisladas) e aplicadas (executadas) com base em rígidos critérios de racionalidade e razoabilidade¹².

Em outras palavras, o devido processo em sentido formal, no sistema constitucional brasileiro, configura-se como um direito negativo, porque tem por objetivo limitar o poder do Estado quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos. Por outro lado, a ideia de devido processo legal, em sua vertente substantiva, indica a baliza de razoabilidade que devem seguir o Legislativo, o Executivo e o Judiciário nos exercício de suas funções.

A garantia do devido processo legal é uma das mais abrangentes e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos sua aplicação nas relações de caráter processual ou formal e, como se admite atualmente, material ou substantiva com base nos princípios da razoabilidade-proporcionalidade, também identificado com devido processo legal substantivo¹³.

Ademais, tem um significado ímpar como sobreprincípio que traduz uma série de garantias processuais hoje especificadas no artigo 5º da CRFB.

Depreende-se do devido processo legal os seguintes direitos previstos na norma fundamental: a) isonomia (art. 5º, *caput* e I); b) contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); c) direito ao juiz natural (art. 5º, LIII); d) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita (art. 5º, LVI); e) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (art. 5º, LXI); f) publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX); g) motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); h) inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação (art. 5º, XXXV).¹⁴

Assinalaria, ademais, na linha que defende Rogério Tucci (2009), no tocante à investigação criminal, o sentido do devido processo legal engloba ainda três postulados essenciais: a) inadmissibilidade de sujeição à persecução penal sem que tenha ocorrido um fato típico, antijurídico e culpável e a consequente existência de indícios de autoria; b) vedação à coerção direta, sendo necessária judicialização do fato delituoso com vista a aplicação de pena ou medida de segurança; c) a inviabilidade de aplicação antecipada, provisória ou definitivamente, da sanção penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Desse modo, podemos perceber que o princípio do devido processo legal aplicável ao processo penal – por isso fala-se em devido processo penal – é também um tipo de garantia subsidiária e geral em relação às demais garantias constitucionais de índole penal. Em outras palavras, garantias como a ampla defesa e o contraditório, a inadmissibilidade do uso de prova ilícita no processo ou a de não ser preso senão por ordem de autoridade competente são desdobramentos do princípio central do devido processo penal (MENDES et al., 2010).

Veremos, a seguir, algumas das implicações no inquérito decorrentes do princípio do devido processo penal no tocante à ampla defesa e o contraditório.

3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

3.1 Das garantias relativas à prova no processo penal

O processo orientado por garantias processuais no tocante à prova, na visão de Ferrajoli (2002), requer a observância quando à indução judicial, de três condições que a justifiquem: a) a necessidade da prova; b) a possibilidade de contraprova ou refutação; e c) a convicção justificada.

O primeiro deles diz respeito à inadmissibilidade de sujeição do juízo criminal a um sistema de provas legais ou tarifadas, exigindo-se, assim, que a hipótese acusatória seja confirmada a partir de uma pluralidade de provas ou dados probatórios. É que, ao contrário do que ocorre no sistema das provas legais, esse sistema “exige como condição necessária do convencimento justificado, idônea para superar a presunção de inocência, a produção de mais provas compatíveis, conforme o critério da coerência, com a hipótese provada” (FERRAJOLI, 2002, p. 121). Em outros termos, a necessidade probatória submete o acusador ao ônus de provar por meio de dados e fatos a hipótese acusatória, bem como o poder de invalidar as contra-hipóteses levantadas pela defesa.

A segunda condição, por sua vez, é a possibilidade de refutação ou contraprova, isto é, o contraditório. Consoante assevera Ferrajoli (2002, p. 124):

O princípio da possibilidade de refutação, ao não estar garantido por poderes de defesa comparáveis aos poderes da acusação e ao não estar estabelecido normativamente o valor dirimente das contraprovas e das contra-hipóteses não refutadas, converteu-se igualmente em um princípio genérico de presença das razões do acusado.

A garantia da oponibilidade defensiva consiste, portanto, na visão do autor italiano, “precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado” (FERRAJOLI, 2002).

Nesses termos, o direito de defesa ou refutação está diretamente atrelado ao poder de apresentar contraprovas por parte do acusado, que sejam aptas a contradizer as hipóteses acusatórias ou de oferecer explicações alternativas (FERRAJOLI, 2002).

A terceira condição ou garantia inerente ao processo consiste na imparcialidade do juiz na apreciação das hipóteses explicativas em conflito que, por sua vez, para vencer o obstáculo da presunção de não culpabilidade, deve apoiar sua convicção na pluralidade de provas da hipótese acusatória não contraditadas por contraprovas, bem como desmentir com refutações adequadas as contra-hipóteses suscitadas. Dito de outro modo, para formar sua convicção sobre a verdade fática, a hipótese acusatória deve estar em consonância com todas as provas coletadas e não ser impugnada por nenhuma contraprova (FERRAJOLI, 2002).

3.2 Da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial

Nosso enfoque neste trabalho, como já adiantado, consiste na possibilidade de contraprova ou de refutação, que decorrem, no direito brasileiro, das garantias do contraditório e da ampla defesa, enquanto manifestações da garantia do devido processo penal que guardam entre si relação estreita, sendo um dependente do outro, sem, todavia, falar-se em relação de primazia ou de derivação (FERNANDES, 2002).

Dispõe o inciso LV do art. 5º da CRFB que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O direito à defesa restou consagrado em todas as Constituições brasileiras, ora ligada à nota de culpa ou à instrução criminal (FERNANDES, 2002). Observa-se, entretanto, que a Constituição brasileira de 1988 foi mais além de suas predecessoras ao assegurar o direito à *ampla defesa* e ao *contraditório*, não só no âmbito do processo judicial, mas também ao processo administrativo. Não apenas aos litigantes, mas também aos acusados em geral – aqui inseridos os investigados em inquérito policial¹⁵.

Não há dúvida de que as garantias da ampla defesa e o contraditório são, ao lado da proibição de produção de prova ilícita, da presunção de não culpabilidade e da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo,

condicionantes da validade das provas dentro de um processo penal garantista, que abrange não apenas a instrução processual presidida pelo juiz, mas toda atividade de instrução probatória que tenha repercussão sobre o processo, com destaque para a realizada durante o inquérito policial.

Tanto é assim que são apontadas como garantias que a Constituição previu com vista a resguardar, bem como ampliar o princípio da ampla defesa constitucional, os seguintes (FERNANDES, 2002, p. 278): a) direito a não submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); b) direito a que seja respeitada a sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX); c) direito à identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5º, LXIV); d) direito à não identificação criminal quando identificado civilmente (art. 5º, LVIII)¹⁶; e) direito à assistência da família (art. 5º, LXIII); f) direito ao silêncio (art. 5º, LXIII); g) direito a que sua prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente, à sua família ou a pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII); h) direito a não ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitado em julgado (art. 5º, LVII); i) direito a que a busca em seu domicílio, tirante as hipóteses de flagrante delito, prestação de socorro à vítima e de desastre, seja precedida de mandado judicial¹⁷.

Como se pode ver tais garantias reforçadoras da ampla defesa, como direito ao silêncio, de ter preservada sua integridade física e moral, à identificação de seu detentor entre outras são exercitadas, principalmente e, em sua maioria, durante a fase de investigação criminal policial.

E não é menos correto dizer que para efetiva garantia das prerrogativas asseguradas anteriormente, a possibilidade da participação da defesa no inquérito policial é imprescindível no procedimento investigatório, sobretudo em face de sua atuação coativa sobre direitos fundamentais indivíduo como a liberdade e os bens.

Todavia, como já ressaltado, não é apenas a natureza coativa da atuação da polícia judiciária incidente, principalmente, sobre a liberdade que demanda a intervenção da defesa desde o início da persecução penal. É preciso, ainda, ter-se em vista o caráter probatório, de antecipação da instrução processual no inquérito policial, como procedimento administrativo com funções judiciárias.

Desse modo, para se garantir um devido processo penal *de partes*, em que há um inevitável confronto probatório entre acusação e defesa, e a devida proteção às liberdades, é preciso que se assegurem efetivamente os meios inerentes à defesa, desde o início da persecução penal¹⁸, ou seja, já na fase do inquérito policial¹⁹, tais como: a) ter conhecimento claro dos fatos investigados; b) poder apresentar alegações contra imputações formuladas; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica de advogado; e) poder impugnar os atos instrutórios ilícitos.

Assim, o conhecimento dos fatos investigados e das provas produzidas, bem como a possibilidade de insurgência antecipada, marca o inquérito com a característica de uma contrariedade antecipada às alegações e provas do acusador no processo penal, necessária a sua qualificação democrática.

Se há verdadeira atividade probatória durante a investigação criminal policial, torna-se indispensável o reconhecimento do direito ao contraditório na persecução extrajudicial, como veremos a seguir.

3.3 A formação do corpo de delito ou atividade probatória no inquérito policial

A questão da prova está diretamente ligada à formação do corpo de delito que, segundo Almeida Júnior (1959, p. 10), em sentido amplo, consiste

[...] na reconstituição do fato criminoso em todas as suas fases, tanto quanto possível, em todos seus elementos sensíveis, quer relativos à causa eficiente principal ou instrumental, quer relativos à causa material; – na recomposição desses elementos, quer relativos aos meios, quer relativos ao fim.

A busca e formação do corpo de delito no direito brasileiro sempre foi tarefa da polícia judiciária²⁰, conforme prevê a lei processual no art. 6º do CPP²¹.

Depreende-se da lei processual, portanto, que é tarefa da autoridade policial, no bojo da instrução preliminar ou provisória consubstanciada no inquérito policial, provar plenamente o corpo de delito e lograr, ao menos por indícios veementes, a autoria e a culpa (MENDES DE ALMEIDA, 1973)²².

Cumprido ressaltar que a natureza de instrução probatória preliminar do inquérito, em contraste a seu suposto valor meramente informativo como aduzem equivocadamente alguns, restou confirmado pela recente alteração do Código de Processo Penal que prescreveu, no art. 155, que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

A lei processual penal, em verdade, veio disciplinar uma realidade inexorável: que além de elementos informativos há no inquérito verdadeira produção de provas, sejam elas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Não se trata, por óbvio, somente do exame de corpo de delito naqueles crimes que deixam vestígios, mas de várias outras medidas como coleta de documentos, inquirições, busca e apreensão, quebra do sigilo bancário, fiscal entre outros, o reconhecimento de pessoas e coisas, a interceptação das comunicações telefônicas etc., realizáveis, em regra, somente durante a fase da investigação policial preparatória do processo-crime.

Há provas que, por sua natureza ou por dada circunstância temporal, não podem ser obtidas ou produzidas apenas durante a fase da instrução processual em juízo, sob pena de perecimento e conseqüente prejuízo à descoberta da verdade.

Daí se revelar característica essencial do inquérito quanto às provas, que é a acatelação, consistente em verdadeira antecipação da atividade jurisdicional realizada pela autoridade de polícia judiciária, por delegação legal, na execução da instrução processual provisória.

Tanto é assim que a autoridade policial não *requer*, ou seja, não *pede* na qualidade de parte ao juiz medida cautelar probatória ou de restrição da liberdade, no exercício de capacidade postulatória da qual, diga-se de passagem, não tem. O que ela faz é *representar* perante o juiz sobre a necessidade da providência restritiva de direitos fundamentais aos interesses da persecução penal.

E o que consistiria essa representação? A representação nada mais é do que a *informação* ao titular da instrução processual, da qual a polícia judiciária recebeu delegação legal para antecipar a formação do corpo de delito e da culpa, da necessidade da medida processual instrutória que pode ou não, ser concedida pelo juiz. Dito de outra forma, a representação é a comunicação ao juiz de que a instrução processual depende da autorização de providência sem a qual a autoria do delito não pode ser conhecida ou sujeitada à justiça criminal.

Trata-se de um ato da autoridade realizado intra-sistema, uma vez que a instrução no bojo da persecução penal, embora fracionada formalmente, é única em sentido material. Daí se poder falar num sistema de persecução penal integral, em que funcionam as agências do sistema penal.

3.4 Do exercício do contraditório no curso do inquérito

Embora se trate o inquérito de procedimento marcado por características que, em princípio, obstarão a contrariedade, quais sejam a inquisitividade e a sigilosidade, no sentido de, por um lado, não depender da

iniciativa das partes ou de terceiros para se movimentar e, por outro, de não acessível a todos (público), o fato é que tais óbices são superáveis.

Em primeiro lugar, o caráter sigiloso, na atualidade, já é relativo, uma vez que este sigilo não é oponível ao juiz, ao Ministério Público e ao defensor investigado, com as ressalvas que veremos a seguir.

Não se admite mais, na atualidade, procedimentos de investigação secretos, a exemplo do método medieval de obtenção da verdade. O inquérito de hoje, em face transformações político-criminais que ensejaram a opção por um modelo de intervenção penal garantista, não pode ser visto como modelo de inquérito inquisitorial de outrora, como insistentemente fazem alguns.

Em segundo lugar, a extensão do contraditório e da ampla defesa ao inquérito tem como consequência relevante justamente a relativização de sua inquisitividade, a fim de adequá-lo ao nosso modelo acusatório formal, que tem como característica distintiva a divisão no processo das funções de julgador, acusador público (em regra) e defensor, sem abandonar a predominância inquisitiva da gestão da prova.

É que a partir do momento em que a autoridade policial se posiciona de forma imparcial diante dos fatos e passa a atender pleitos tanto da acusação (aos quais não pode recusar) e da defesa (aos quais, com exceção dos nitidamente protelatórios e irrelevantes, também não deveria recusar), o procedimento investigatório passa a ser mais dispositivo e menos inquisitivo. Em outras palavras, a instrução deixa de ser tarefa exclusiva da autoridade policial e passa a ser compartilhada entre as partes interessadas²³.

Por óbvio, embora tudo deva ser de conhecimento da defesa, a fim de que esta seja a mais ampla possível, não se pode negar que este conhecimento, não raras vezes, é adiado com o objetivo de assegurar o êxito da investigação. Contudo, superada essa fase necessariamente sigilosa do conteúdo da investigação, deve-se fraquear ao investigado, por meio de seu defensor, amplo acesso aos dados coletados e apresentação de evidências contradigam o que está sendo apurado.

A pergunta que se faz comumente é a de qual seria esse momento em que se deveria dar acesso às informações ao investigado?

Nesse sentido, alguns, a exemplo de Lopes Júnior (2003), sustentam que é na fase do indiciamento²⁴ que a autoridade de polícia judiciária deverá observar a garantia da ampla defesa e do contraditório, uma vez que este seria o ponto exato em que haveria individualização provisória da autoria, razão pela qual deveria o investigado ter acesso a informação de que sobre ele pesa uma forte suspeita e de que ele poderá vir ser acusado em processo criminal.

Contudo, a fim de que o direito de defesa seja de fato amplo, defendemos que não basta que se conceda ao investigado apenas direito de se contrapor às provas de sua provável autoria, já contidas nos autos do inquérito, no momento do indiciamento, eis que este pode ocorrer, por força das circunstâncias, apenas ao final da investigação. É que não há nada na lei processual que diga quando e como deve o investigado ser indiciado ou qual a medida da convicção da autoridade que é suficiente para que se impute a alguém a fundada suspeita de que ele seja o autor de um ilícito criminal.

Desse modo, propõe-se que não deve haver dúvida de que no indiciamento deve ser conferido ao investigado, por seus próprios meios e por meio de seu defensor, a possibilidade de se insurgir contra as evidências de autoria que pesam sobre ele. Todavia, devemos ir mais além. Sustentamos que, não havendo risco para coleta da prova, deve o suspeito, sobre o qual pesam ainda poucas evidências de autoria do delito, ser inquirido e informado sobre o fato o quanto antes, a fim de que possa esclarecê-lo, afastando ou não a suspeita.

Diante disso, duas são as providências a serem adotadas pela autoridade policial quando da intimação do suspeito ou indiciado.

No primeiro caso, não havendo ainda provas suficientes da autoria do crime, deve a autoridade reduzir a termo as declarações do investigado, contudo, em face mesmo de leve suspeita, advertir-lo dos direitos de não produzir prova contra si mesmo ou do direito de permanecer em silêncio, as consequências de sua confissão, bem como o de ser assistido por um defensor habilitado.

De outra sorte, havendo indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, ao ser inquirido em sede policial e observados os requisitos formais e materiais de que dispõe a lei processual penal referente ao interrogatório (art. 185 a 196 do CPP), naquilo aplicável ao inquérito policial (art. 6º, V do CPP), o delegado de polícia deverá dar ciência ao suspeito da existência do crime e dos indícios de que ele é o autor, bem como das eventuais provas contra ele reunidas, facultando-lhe iniciar sua defesa.

Observa-se que, neste instante, o até então simples suspeito gozará da condição de *indiciado*, uma vez, a juízo da autoridade de polícia judiciária, convergem sobre ele todos os indícios de autoria do delito.

Desse modo, se a contrariedade é característica da instrução criminal, como imperativo de um processo justo, e esta se executa durante o inquérito e, em juízo, para que se possibilite ao juiz se manifestar mais adequadamente sobre todos os elementos colhidos durante a persecução penal, podendo este melhor justificar a formação de seu convencimento, deve-se assegurar o contraditório e a ampla defesa já na fase preliminar da investigação criminal.

Mais um argumento favorável à contrariedade no inquérito consiste na preservação do equilíbrio entre as partes, ou da paridade de armas entre os sujeitos parciais do procedimento penal. De outro modo, um processo penal democrático exige que haja um equilíbrio de forças, uma paridade de armas entre acusação e defesa, de modo que as partes possam igualmente influir na formação do convencimento do juiz.

Cumprе ressaltar, todavia, que embora a polícia judiciária tenha exercido desde sempre a função de investigação com relativa independência técnica e orgânica, necessárias ao êxito da tarefa de perquirição, vislumbra-se na atualidade forte tendência a se consolidar um modelo de investigação unilateral, nitidamente voltado aos interesses da acusação e em detrimento do acusado e de sua defesa, quando, em verdade, a busca da prova deve ser tanto tutelada e favorecida quanto da contraprova²⁵.

Isso se deve, sobretudo, à consolidação do modelo acusatório formal adotado no Brasil que enfraquece, por um lado, a paridade entre as partes da relação processual – em que oponentes com interesses contrapostos estejam em similares condições de dialogar com as provas obtidas durante a investigação – e, por outro, desnatura o modelo de sistema acusatório originário, na medida em que: a) defende o controle absoluto da função (não a organização em si) de polícia judiciária pelo Ministério Público; b) afasta a possibilidade do magistrado buscar o esclarecimento da verdade dos fatos ou mesmo de iniciar a investigação criminal, na medida em que não permite ao judiciário provocar a persecução penal o que resulta no condicionando da Justiça Criminal à vontade exclusiva de um único órgão (que é não jurisdicional), o Ministério Público; c) confere ao acusador a prerrogativa de iniciar ou não a persecução penal *in judicio*; d) não prevê concretamente a forma de substituição do acusador público pelo particular em caso de omissão daquele, em que pese tal direito estar garantido pela Constituição brasileira (art. 5º, LIX)²⁶.

Entre outras coisas, o sistema acusatório visto dessa forma desnivela a relação processual antes mesmo que esta se forme, haja vista que submete a investigação ao interesse quase que exclusivo da parte acusatória, sem resguardar ao acusado paridade de armas na fase de coleta e produção de prova (contraprova).

3.5 Do direito à defesa técnica

Consoante adverte Badaró (2003),

[...] todo acusado tem o direito à prova, enquanto possibilidade de se levarem ao processo todos os elementos necessários à demonstração de sua inocência. Ainda que sob enfoque subjetivo, mesmo não incidindo sobre o acusado o ônus de provar sua inocência, cabendo à acusação encargo de provar sua culpabilidade, é inegável que existe um interesse do acusado em demonstrar sua inocência.

Outrossim, sustenta-se que para assegurar a ampla defesa e o contraditório previstos na Constituição, faz necessário garantir ao investigado ou acusado o direito à autodefesa durante todo processo (em sentido amplo) e também o direito à defesa técnica.

Sob essa ótica, verifica-se que a CRFB foi além do que, por exemplo, prescreve a Convenção Européia e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Convenção Americana de Direitos Humanos), no que diz respeito ao direito de defesa, ao entender que a defesa técnica é indispensável, irrenunciável, e não apenas que deve ser suprida em caso da impossibilidade do acusado de se defender pessoalmente (FERNANDES, 2002).

Contudo, a defesa técnica somente será plena, efetiva quando o defensor puder se manifestar desde o início da instrução penal, ou seja, desde o inquérito policial, permitindo-lhe se contrapor a acusação que, necessariamente, atua desde o início da apuração do ilícito e a eventuais excessos na condução do procedimento investigatório. Insurgência que se viabiliza mediante a informação sobre as diligências do inquérito, a garantia do contraditório, ainda que diferido, em que lhe seja permitido fazer contraprova, e a garantia à prova lícita.

Nesse caminho, objetivando materializar a garantia da ampla defesa e do contraditório, além dos já mencionados de ordem constitucional, o Código de Processo Penal, além de prever o instituto da *nota de culpa* como documento que contém os motivos da prisão, nome do condutor e das testemunhas, após alteração relativamente recente, passou a prever também a necessidade de comunicação à Defensoria Pública a prisão em flagrante, no prazo de até 24 horas²⁷, quando o autuado não indicar defensor próprio.

Cumprir relevar, ademais, o entendimento firmado em recente súmula vinculante de nº 14²⁸, aprovada em sessão plenária pelo Supremo Tribunal Federal, em 02/02/2009, que normatiza o seguinte sobre o acesso do defensor à investigação: *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.*

Referida súmula veio sedimentar prerrogativa funcional do advogado ou defensor público que exercem, no Estado constitucional brasileiro, função essencial à Justiça, nos termos da CRFB (art. 133 a 135), consolidando a garantia da defesa técnica.

Contudo, a despeito do texto sumular editado pelo STF, a prerrogativa funcional do defensor do investigado de ter acesso aos autos não é absoluta, consoante se depreende do julgado da Primeira Turma no Embargo de Declaração em Habeas Corpus nº 94387 ED/RS, de 06/04/2010, cujo relator é o Ministro Ricardo Lewandowski, a seguir transcrito:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACESSO DOS ACUSADOS A PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO SIGILOSO. POSSIBILIDADE SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA QUE SE RESTRINGE AOS ELEMENTOS JÁ DOCUMENTADOS REFERENTES AOS INVESTIGADOS.

I – O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos. II – Enunciado da Súmula Vinculante 14 desta Corte. III – Embargos de declaração rejeitados, com concessão da ordem de ofício.

Em síntese, a posição adotada é a de que o acesso do indiciado ou de seu defensor se limita aos elementos já documentados nos autos do inquérito e que lhe digam respeito. É que a prerrogativa funcional do defensor não pode obstar, por sua vez, a atividade estatal de persecução penal que restaria inviabilizada caso o investigado tivesse conhecimento prévio da opção de medida de natureza probatória a ser adotada pela polícia judiciária e, assim, pudesse se antecipar a ela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mito da verdade real, de cunho nitidamente autoritário, esmoreceu diante dos postulados garantistas do Estado de direito. As limitações decorrentes do devido processo legal e das garantias dele decorrentes (inadmissibilidade da prova ilícita, ampla defesa, contraditório, direito ao silêncio, a não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo entre outros) demonstram que a verdade processual é somente e tão-somente aquela possível, atingível nos estreitos limites da legalidade e dos direitos fundamentais.

Vimos que um processo penal justo pressupõe a participação efetiva das partes em sintonia com os órgãos responsáveis por realizar ou contribuir para a instrução criminal, mesmo que prepondere participação probatória do órgão julgador ou de polícia judiciária, preocupados com a obtenção da verdade e preservação do equilíbrio de forças entre acusador e defensor.

O caráter probatório do inquérito policial obriga que a autoridade de polícia judiciária zele pela fidelidade da investigação ao direito. Tem ela a tarefa de primar pela legalidade dos atos da instrução provisória, de modo a que eles não ultrapassem os limites definidos pelas normas garantidoras dos direitos fundamentais. A eficácia jurídica da investigação deve ser o objetivo principal da autoridade que dirige a persecução extrajudicial e não a busca sem limites de uma verdade inatingível.

Daí se constatar a importância do contraditório e da ampla defesa já no início da persecução penal, sob pena do Estado se voltar com toda sua força sobre o investigado ou acusado, sem lhe fraquear a possibilidade de participação efetiva no processo, desde seu nascedouro, que é a investigação preliminar.

Em verdade, somente teremos uma investigação verdadeiramente garantista quando vencermos a resistência à aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o inquérito policial, bem como entendermos que a atividade probatória da polícia judiciária, como antecipação da atividade jurisdicional, não se dirige apenas para o acusador, mas a busca da verdade como preocupação primeira da justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. Pref. Mário Masagão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. II.
- ANDRADE, Ivan Moraes de. *Polícia judiciária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 9. ed., rev. e atual. (até a EC nº 57/2008). São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e (em face) Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 3. ed., reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CHOURK, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- COLOMER, Juan-Luis Gómez et al. *Polícia e Estado democrático de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed., atual. (até a EC nº 53/06). São Paulo: Atlas, 2007.
- NETTO, Andre Luiz Borges. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). *Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto*, v. 2, n. 12, maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm>. Acessado em: 10 maio 2010.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004. (Col. Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, 9).
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOTAS

- ¹ Nesse sentido, cita-se Fernando Capez (2003), Mirabete (2000) e Choukr (2006).
- ² A redação do art. 155 do CPP deixa claro essa opção: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).
- ³ Cita-se, como exceção, os inquéritos presididos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e os inquéritos militares.
- ⁴ Nesses termos, dispõe Foucault (2009, p. 78) que: O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas.
- ⁵ As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 pelo rei Filipe II de Castela, que guardaram o método, o espírito e as matérias das Ordenações Manuêlinas, com acréscimo das leis posteriores, foram a primeira legislação processual a vigorar no Brasil.
- ⁶ O modelo de investigação das devassas compreendia as gerais e as especiais. As devassas gerais ocorriam de ofício e estavam a cargo dos juízes criminais em períodos certos e prescritos. Além disso, dirigiam-se a apurar delitos incertos. As devassas especiais, por sua vez, incidiam sobre certos crimes, provocadas pelo clamor público ou pela denúncia do interessado. Estas supunham que a existência de delito era certa, sendo incerto seu autor (BARROS, 1969).
- ⁷ Conforme, por exemplo, art. 109, § 5º e art. 129, VIII ambos da CRFB/88.
- ⁸ Saad (2004, p. 139; 141) ressalta o fato de o inquérito ser um procedimento preliminar ou prévio, cautelar, realizado pela polícia judiciária e, portanto, de “natureza administrativa e finalidade judiciária”, isto é, “o fim, o destino do inquérito policial são judiciários”. No mesmo sentido, Tucci (2002, p. 29), para que a primeira fase da *persecutio criminis*, denominada investigação criminal, é “administrativa na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade”. Dessa forma, a polícia judiciária, quando atua na instrução do fato delituoso exerce atividade de natureza judiciária.
- ⁹ Embora se reconheça suas inúmeras deficiências de ordem normativa e prática, muito em virtude de seu abandono nas discussões político-criminais atuais.
- ¹⁰ Ao contrário, o sistema inglês vê na legalidade nada mais é do que a vontade Parlamento.
- ¹¹ De fato foi nos Estados Unidos que o princípio do devido processo legal atingiu seu ápice em termos de elaboração doutrinária e jurisprudencial, permitindo, inclusive, a teorização a respeito de um sentido substantivo do postulado — *substantive due process of law*. Foi a partir dessa ampliação do conteúdo do princípio do devido processo legal que os tribunais americanos passaram a examinar as leis e atos normativos sob um critério de razoabilidade e racionalidade, impedindo a vigência de instrumentos legislativos ou administrativos arbitrários (CARVALHO, 2004)
- ¹² Adota-se aqui o como sinônimas as expressões razoabilidade e proporcionalidade, por entender que ambas tem a mesma raiz epistemológica.
- ¹³ Como assevera Bulos (2009, p. 288): “A relevância do devido processo legal exsurge, inclusive, no embate entre o interesse particular e os interesses da comunidade. O primeiro só prevalece quando houver a comprovação de sua imperatividade (*compelling interest*). Haverá, então, a inversão do ônus da prova. O indivíduo afrontado em seus direitos fundamentais poderá invocar a tutela de suas prerrogativas. Quanto ao Estado, compete-lhe provar a inexistência daquele interesse imperativo da comunidade, para o ato legislativo ou executivo não violar a Constituição”.
- ¹⁴ Alguns autores elencam outros, ainda que implícitos como os princípios do promotor natural, razoabilidade, proporcionalidade e do duplo grau de jurisdição (BULOS, 2009).
- ¹⁵ No sentido de que a expressão “*acusados em geral*” se estende ao indiciado em inquérito policial (LOPES JUNIOR, 2003, p. 305; TUCCI, 2009, 294-295).

¹⁶ A Lei nº 12.037/2009 disciplina, atualmente, as situações em que a identificação criminal é permitida.

¹⁷ Soma-se, como ressaltado no capítulo anterior, as demais garantias decorrentes do devido processo penal, tais como o direito de não produzir prova contra si mesmo e o direito à não se processado com base em prova ilícita.

¹⁸ Adverte Choukr (2006) que há, atualmente, forte inclinação para o reconhecimento de um número cada vez maior de garantias para o investigado desde o início da persecução penal, entre eles o contraditório que, juntamente com a ampla defesa, constituem em importantes instrumentos de luta contra o arbítrio do Estado e a situações de supressão injusta da liberdade.

¹⁹ Fernandes (2002) professa neste sentido ao afirmar que o processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária.

²⁰ Cf. Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, art. 4º, § 9º e Lei nº 2.033, de 20 de dezembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, art. 11.2º.

²¹ Consoante assinalou Mendes de Almeida (1973, p. 37): A materialidade do crime abrange *todos* os seus aspectos sensíveis; não os que dizem respeito às causas material, formal e final da infração, como também os relativos à causa eficiente, ao seu autor. Se os vestígios que o juiz conhece direta ou indiretamente formam *todo* o corpo do delito, este também revela autoria, embora considerada apenas na sua objetividade. Assim, vale a pena acentuar, desde já, que a formação do corpo de delito, tendo por intuito reconstituir toda a sua materialidade, tem por escopo, também, posto que implicitamente, a identificação do agente da infração.

²² Almeida Júnior (1959) empresta valor qualificado ao testemunho da autoridade policial sobre os fatos, já que esta deve, obrigatoriamente, comparecer ao local do crime para presidir e assistir aos exames. A justificativa para a obrigatoriedade de a autoridade comparecer ao lugar do delito e realizar sua inspeção pessoal, é o de conhecer melhor os elementos do fato, dando melhor direção aos exames, de obtenção de informações e inquirição de testemunhas de forma mais segura e apropriada. Ademais, deve a autoridade, em seu relatório, reproduzir suas impressões sobre o fato que possam explicar as circunstâncias do delito, bem como, eventualmente, servir de contraprova às declarações dos peritos e das testemunhas.

²³ Ressalta-se, todavia, que o inquérito não deve visar substituir a instrução processual jurisdicional, de caráter amplo e ordinário, mas ser um procedimento de instrução sumária, a ser concluída em tempo razoável, mas com contornos garantistas.

²⁴ Embora não haja previsão no Código Processual Penal em vigor sobre o ato formal de indiciamento, a lei processual fala em diversas situações em *indiciado* (art. 6º, V, VIII, IX, 14, 15 etc. do CPP). Assim, a praxis policial consagrou como indiciamento o ato em que a autoridade policial, fundamenta a existência de prova da materialidade e indícios de autoria que pesam sobre o investigado, promove sua qualificação e interrogatório, pesquisa sua vida pregressa e determina sua identificação para fins de registro criminal, nos termos do que define o art. 6º, V, VIII e IX do CPP.

²⁵ Refiro-me as propostas de consolidar o entendimento de que o inquérito se volta exclusivamente a formação do convencimento do órgão acusador. A despeito disso, adverte-se que as poucas regras acerca da investigação criminal contidas na lei processual brasileira favorecem essa compreensão de que o procedimento investigatório é quase que exclusivamente dirigido ao órgão acusador. Dispõe o CPP que: a) o inquérito policial acompanhará a ação penal, sempre que servir de base a uma ou outra (art. 12); b) que incumbirá à autoridade policial, entre outras coisas, realizar as diligências requisitadas pelo órgão acusador (art. 13, II); c) que é *facultada* – e não obrigatória – à autoridade policial atender requerimento de diligência da vítima ou do indiciado (art. 14); d) que o Ministério Público poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial (quantas vezes entender necessárias), para realização de novas diligências julgadas imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16).

²⁶ O sistema acusatório somente pode funcionar se houver uma paridade de armas entre acusação e defesa durante todo o processo. Contudo, principalmente na fase pré-processual, é insuperável a desigualdade das partes (BADARÓ, 2003).

²⁷ Cf. Art. 306, §§ 1º e 2º do CPP.

²⁸ A súmula 14 disciplinou prerrogativa contida no Estatuto da Advocacia – Lei nº 8906/94, art. 7º, inciso XIV.