

A VIABILIDADE DAS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO AO FLAGRANTEADO (INICIADO) NA PERSECUÇÃO PENAL^{1*}

Ronaldo José Pereira Borges^{2**}

Resumo: Trata-se de um trabalho que tem por escopo refletir sobre a importância da inserção dos princípios da ampla defesa e contraditório no inquérito policial através de sua processualização, destacando ao final as consequências desta inserção. O texto deixa claro inicialmente, os direitos e garantias que o acusado tem previstos constitucionalmente com o nome de princípios. Sob este prisma, também serão analisadas os sistemas de punição bem como as peculiaridades existentes na fase de inquérito policial e de processo judicial. Destaca-se que as orientações aqui apresentadas baseiam-se em legislações pátrias, doutrinas e jurisprudência utilizando como método de pesquisa o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Ampla defesa. Contraditório. Persecução Penal. Processualização. Inquérito Policial.

INTRODUÇÃO

No sistema processual penal brasileiro percebe-se uma grande duração do processo, tendo em vista que as provas colhidas na fase de inquérito não são aproveitadas na fase de processo.

O presente trabalho visa discutir sobre a viabilidade das garantias da ampla defesa e contraditório ao flagranteado (indiciado) na fase da persecução

1 * Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado no primeiro semestre do ano de 2012, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Aluno do curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE.

penal, que consiste no conjunto das fases administrativa e processual. A fase administrativa é também conhecida como a fase de inquérito policial. A segunda fase é a do processo, também chamada de fase da ação penal.

No decorrer da persecução penal, o Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) – Decreto-Lei nº 3.689 de 1941 – adotou como sistema o misto, do qual é formado pelo sistema inquisitório e acusatório. O sistema inquisitório é o que está presente na fase do inquérito policial. Por sua vez o sistema acusatório é visto na fase do processo judicial. Dentre outras diferenças a que mais se destaca para o presente estudo é que no sistema inquisitório não há o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, diferentemente do sistema acusatório em que há a observância a tais princípios.

O inquérito policial é dispensável, conforme já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal (STF) em diversos julgados, haja vista que o julgador, apesar de seu livre convencimento, não poderá se basear apenas nas provas produzidas na fase de inquérito policial para a condenação do acusado, com base no princípio do *in dubio pro reo*. Essas provas não são consideradas válidas perante o STF, pois não foram respeitados os princípios fundamentais previstos no artigo (art.) 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88).

Diante disso, pretende-se como solução às discursão trazidas a baile, uma mudança na legislação processual penal para garantir o respeito aos princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório na fase de inquérito policial, fazendo com que seja respeitado outro princípio fundamental previsto no inciso LXXVIII da CFRB/88 que é o princípio da razoável duração do processo.

Neste capítulo serão abordadas as possíveis mudanças decorrentes da processualização do inquérito policial que ensejará além de mudanças materiais (como sua natureza jurídica), as mudanças procedimentais (mudanças de comportamentos).

Com essa inserção dos princípios na fase de inquérito, ou seja, com a processualização do inquérito policial, haverá um fortalecimento da policia judiciária e conseqüente mudança tanto de cunho material (como a natureza jurídica do inquérito) quanto às mudanças procedimentais (mudanças de comportamento por parte dos sujeitos que compõe a relação processual).

Assim, utiliza-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo que se utiliza a pesquisa teórica, expondo o pensamento de vários autores e nossa opinião sobre pontos relevantes e posterior conclusão.

O trabalho está estruturado em cinco capítulos distintos, seguidos de uma conclusão e visa atingir o objetivo inicialmente delineado, sendo assim, o primeiro capítulo trata da Princiologia no processo penal, fazendo referência aos princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e razoável duração do processo.

No segundo, será abordada a persecução penal, trazendo inicialmente um delineamento acerca dos sistemas de punição e logo depois traz as duas fases d persecução penal que consiste em inquérito policial e fase de processo judicial. Na fase de inquérito será analisado ainda sua competência, natureza jurídica, objeto e principais características.

Sequencialmente, o terceiro capítulo irá analisar as nuances da ampla defesa e do contraditório na fase de persecução penal, trazendo os pensamentos dos doutrinadores no sentido de aplicar ou não esses princípios na fase de inquérito policial.

O quarto capítulo trata da lei nº. 11.719 de 2008 que traz a previsão do princípio da identidade física. Neste capítulo será feito uma abordagem acerca da vinculação ou no dos juízes que instruírem o processo, julgarem, mostrando se a vinculação é absoluta ou relativizada.

O quinto e derradeiro capítulo, trata das possíveis mudanças decorrentes da inserção dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase de inquérito, ou seja, da processualização da fase de inquérito policial. Trata aqui como ficariam as atribuições do delegado de polícia, do Ministério Público, da Defensor, bem como do magistrado.

PRINCIPIOLOGIA NO PROCESSO PENAL

Neste capítulo serão abordados os princípios mais importantes do processo penal para a discussão do presente tema, dando maior destaque aos princípios da ampla defesa e do contraditório, analisando-os conforme as regras do Estado Democrático de Direito.

Princípio é o pilar central de sustentação de todo um ordenamento

jurídico de onde a partir dele é gerado toda uma discursão no mundo jurídico de maneira centrífuga.

Américo Plá Rodrigues (2000, p. 36) conceitua os princípios como sendo:

Linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos.

Portanto os princípios são os alicerces do ordenamento jurídico que, por sua vez, servem como fontes inspiradoras do direito tanto na elaboração de leis, quanto na resolução de lides, ou ainda para amparar os operadores do direito nos casos em que a lei for omissa.

O legislador infraconstitucional acolheu os princípios no ordenamento pátrio como fontes subsidiárias, evidenciado através do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³, pois “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Por outro lado, o legislador constituinte estabeleceu que os princípios são meios de obtenção de garantias e direitos. Nesse sentido, o §2º do artigo 5º da CRFB/1988 estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Daí, com o advento da Carta Política de 1988, surgiu à necessidade de uma nova hermenêutica ao Código de Processo Penal de 1941, uma vez que aquela trouxe através dos princípios uma visão humanitária, respeitando, pois, os Direitos Humanos, classificados no texto constitucional de 1988 como direitos fundamentais.

Neste prisma, no cometimento de um fato delituoso surge para o Estado o direito de punir o agente da conduta delituosa. Porém essa punição não deve ser aplicada de qualquer maneira, é preciso respeitar algumas garantias/princípios inerentes a qualquer pessoa. Por isso, o *jus puniendi* não deve ser

3 Antes essa lei era conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil, porém a Lei nº 12.376, de 2010 modificou a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942, ampliando seu campo de atuação passando a vigorar com a ementa “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

um ato discricionário do Estado, sendo dever deste respeitar algumas normas, em especial aquelas elevadas na CRFB/88 como direitos fundamentais.

Diante disso, é garantido ao agente do ilícito penal ser julgado e processado por regramentos instituídos em lei e que estes sejam devidos. É importante que seja dado a oportunidade de defesa de forma ampla e que julgado por um juiz investido de jurisdição. Por fim, porém não menos importante, que o tempo de duração do processo seja razoável.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal – tradução do *due process of law* – surgiu na carta magna de 1225, com o objetivo de garantir que ninguém tivesse sua liberdade cerceada, tampouco seus bens privados salvo pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país⁴ (§39 da carta magna de 1225).

Apesar de seu surgimento ter sido em uma data bem póstuma, o ordenamento jurídico pátrio somente previu expressamente o princípio do devido processo legal na Carta Política de 1988 no inciso LIV do artigo 5º onde diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal princípio foi criado com uma visão garantista, a fim de que os indivíduos fossem privados das arbitrariedades do Estado. Como o Estado é o responsável por solucionar conflitos, essa resolução por parte do Estado/juiz não deve ser arbitrária, devendo o Estado respeitar algumas garantias, algumas regras, as regras-princípios.

O *due process of law* é um princípio gênero que decorrem várias espécies, chegando ao ponto de Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 234) caracterizá-lo mais como uma garantia que como um princípio, ou melhor que com um direito.

Como exemplo, pode-se elencar dentre outras, as seguintes garantias constitucionais ao acusado/indiciado: ser julgado por um juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); ter respeitado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV);

4 O § 39 da Magna Carta de 1225 assevera que “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

ter o direito de permanecer calado sem que seu silêncio seja interpretado em seu desfavor; de saber o motivo do cerceamento de liberdade; ter um processo com duração razoável (art. 5º, LXXVIII).

Hodiernamente, alguns doutrinadores defendem que o devido processo legal pode ser analisado sob dois aspectos: formal ou procedimental e material ou substancial.

Do ponto de vista formal, deve ser observado se houve respeito ao procedimento previsto para processar e julgar uma pessoa, como por exemplo, se houve o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em contrapartida, o *due process of law* no viés material ou substancial deve ser observado em cada caso concreto, visando garantir os direitos inerentes a cada pessoa, dando com isso, um caráter mais humanitário, ou seja, não basta que seja respeitado um processo legal, mais que essa seja justo, razoável, devido.

Ressalta-se ainda a nova hermenêutica trazida pelo projeto do novo código processual penal⁵. Ao serem conjugados os artigos 1º e 2º do projeto observa-se o surgimento do devido processo legal constitucional internacional, onde, diante de um caso concreto, devem-se ser observadas tanto as normas infraconstitucionais, quanto as constitucionais, além das normas internacionais. Havendo conflito entre as normas, deverá ser adotada a normas mais benéfica ao acusado. Trata-se, pois, de uma norma de cunho tanto processual, quanto material.

CONTRADITÓRIO

O contraditório é uma das espécies do princípio do devido processo legal, onde sempre que alguém se manifestar sobre algo, deverá ser dada a oportunidade de resposta à parte contrária.

A CRFB/88 previu no artigo 5º, LV 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”.

A oportunidade de resposta é vista em todos os processos do tipo acusatório (adotado pelo atual código de processo penal brasileiro), onde o acusado goza do direito irrestrito de defesa (TOURINHO, 2010, p. 72).

5 Projeto de lei do senado n. 156 de 2009.

Enquanto o autor goza do direito de ação, ao acusado no sistema acusatório cabe o direito de defender-se, chamado de contraditório.

Todavia, no sistema inquisitório – sistema adotado na fase de inquérito policial – não é dada oportunidade de resposta ao acusado, ou seja, não há o respeito a tal princípio. Com isso, paira a seguinte dúvida: O inquérito policial não deveria respeitar as novas garantias trazidas pela Carta Cidadã de 1988? É o que será o foco de estudo nos próximos capítulos.

Entretanto, além de ter a função de garantir a igualdade entre as partes, o princípio do contraditório apresenta mais uma função que é a de criar mecanismos de fiscalização entre os litigantes e garantir ao réu um maior controle processual (DUCLERC, 2011, p.40).

Corolário ao princípio do contraditório está o princípio à informação, onde o Estado juiz deve proporcionar às partes – tanto acusação quanto defesa – o direito de informação sempre que alguém se manifestar no processo, podendo ser, por exemplo, uma mera juntada de um documento.

Cabe ao Estado tratar as partes de forma isonômica proporcionando a elas a faculdade de se manifestar ou não sobre algo apresentado pela parte contrária, para que não haja violação desse princípio, pois caso este seja violado será gerado uma nulidade que pode ser atacada através de recurso.

AMPLA DEFESA

O desdobramento do inciso LV, artigo 5º da CRFB/88 fala da outra espécie do gênero princípio do devido processo legal, a ampla defesa, que consiste na faculdade de poder usar todos os meios de provas em admitidos, desde que sejam meios lícitos.

Segundo Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 234):

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzindo na inquirição de testemunha, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.

Diante disso, a ampla defesa é configurada a partir da manifestação direta por parte do acusado (autodefesa), bem como indireta, àquela apresentada por meio de um defensor hábil, ou seja, por um advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Ressalta-se ainda que corolário ao princípio da ampla defesa, enquanto a autodefesa é uma faculdade do acusado, pois a este é dado o direito de permanecer calado, sem que seu silêncio seja utilizado contra, a defesa técnica é obrigatória, para que seja garantida a paridade de armas, pois de acordo com o artigo 261 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB) “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Ampla defesa não confunde com o contraditório, pois aquela é a fala de quem está se defendendo (direta ou indiretamente) enquanto o contraditório é a oportunidade em que o Estado dá para falar, cabendo à pessoa falar ou não.

Por exemplo, o Juiz ao abrir prazo para uma pessoa se manifestar sobre um documento está assegurando o princípio do contraditório. Por sua vez, a pessoa se manifestando sobre o documento é a ampla defesa. É importante frisar que caso a pessoa opte por não se manifestar a respeito do documento, o contraditório foi respeitado, no entanto foi facultado não utilizar da ampla defesa.

JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural é o direito conferido ao acusado e constituído em garantias de que este, independente de raça, cor, política, religião, será processado e julgado por um juiz constitucionalmente investido de jurisdição, imparcial e pré - constituído na forma da lei.

Em deleito à doutrina pode-se encontrar este princípio sob diversas outras denominações, tais como princípio do juízo legal, princípio do juiz constitucional, ou ainda, princípio da naturalidade do juiz.

O princípio do juiz natural demarca um dos pontos da administração da justiça e está intrinsecamente ligado à matéria de competência para julgamento, onde, segundo MIRABETE (2004, p. 51) “o autor do ilícito só poderá ser processado e julgado perante o órgão a que a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribui a competência para julgamento”.

Na redação trazida pela Carta Magna de 1988, cumulados os incisos LIII e XXXVII do seu artigo 5º lê-se que, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, ao tempo em que, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Está é a leitura original do princípio em alusão do qual se extrai toda a hermenêutica trazida pelos doutrinadores em suas obras.

É a Constituição da República Federativa do Brasil que prevê quais são os órgãos jurisdicionais, sejam eles federais ou estaduais, comuns ou especiais, a serem investidos de competência para onde deverão ser as ações, até mesmo de matéria penal, processadas e julgadas.

O procedimento para o processamento e julgamento independe do caso ou da pessoa, o que se tem na verdade é uma organização de competência constitucional para julgamento com relação à matéria. Assim todo e qualquer acusado têm a garantia fundamental de ser processado e julgado perante um órgão jurisdicionado já existente à época do fato, traduz-se nada mais do que uma preocupação em trazer ao acusado e a sua liberdade, garantias quanto a possíveis desmandos dos detentores do poder (TOURINO FILHO, 2010, p. 65).

É defeso conforme visto a existência do Juiz *ex post facto*, ou seja, a todo acusado é devido um julgamento perante um juízo ou tribunal já constituído à época do fato, o que não deve ser confundido com, e por isso é preciso deixar claro, a autorização constitucional da possibilidade de criação de Justiça especializada, nem tampouco tribunais de ética.

RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O princípio da razoável duração do processo nasce da necessidade de se resolver a questão da morosidade processual e tem como marco de inserção no ordenamento jurídico a Emenda Constitucional n.º 45, levada a efeito em 30 de dezembro de 2004 e conhecida como reforma constitucional do Poder Judiciário.

Representa esta emenda, a consagração expressa não só de um direito, mas também de uma garantia fundamental do cidadão, qual seja a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação tendo em vista a determinação de que o artigo 5º da constituição federal

passaria a vigorar com a seguinte redação: “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O princípio abordado é ao tempo que direito, garantia de que não somente as partes e o juiz, mas também a legislação deverão conjuntamente caminhar em paralelo ao processo no sentido de adotar mecanismos que visem trazer agilidade ao tramite processual, isso porque o problema da morosidade não é devido a um fato isolado.

A PERSECUÇÃO PENAL

Neste capítulo serão abordadas as duas fases que formam a perseguição penal, a fase de inquérito e a fase processual. Antes disso, mister se faz ter conhecimento dos sistemas de punição existentes, e qual o sistema adotado no ordenamento pátrio.

SISTEMAS NO PROCESSO PENAL

O Estado para garantir a punição de uma pessoa, adota uma postura, denominado para o processo como sistema. Essa postura, ou melhor, sistema, pode ser do tipo que respeita os direitos e garantias da pessoa do acusado ou uma postura mais abrupta, onde não há respeito a tais direitos e garantias.

A doutrina destaca três sistemas como sendo os principais no processo penal: o sistema acusatório, inquisitivo e o misto. O sistema a ser adotado por cada Estado varia de acordo com seu cenário político da época.

De acordo com Rangel (2008, p. 53) os sistemas processuais,

[...] são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhes entregues.

É importante frisar que para haver a condenação de uma pessoa é necessário que haja três atividades processuais: a de acusar, a de defender e a de julgar.

O sistema do tipo acusatório adota uma postura mais afável, uma vez que tem como característica principal a observância, além de outros, aos princípios

do contraditório e da ampla defesa. Além disso, neste sistema as atividades de acusar, defender e julgar são exercidas por órgãos, ou pessoas distintas.

Geralmente o sistema acusatório é adotado “nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática” (LOPES JR., 2008, p. 56).

Por outro lado, no sistema inquisitório é adotada uma postura mais assente, pois não há respeito aos princípios e garantias à pessoa do acusado. Esse sistema é considerado ultrapassado, pois não há respeito ao princípio do contraditório. Outra característica é que as atividades de acusar e julgar se confundem.

Conforme assevera Lopes Jr. (2008, p. 56) “o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais”.

Por fim, tem o sistema denominado misto, onde como o próprio nome diz, é a junção dos dois sistemas anteriores, tornando-se com isso, uma parte do caminho percorrido pelo Estado para punir uma pessoa sendo do tipo inquisitório e outra parte do tipo acusatório.

O primeiro ordenamento que trouxe a previsão do sistema bifásico foi o Código Napoleônico de 1808 (LOPES JR. 2008, p. 67), onde na fase investigatória era adotado o sistema inquisitorial e na fase processual o sistema acusatório.

O sistema bifásico foi uma forma encontrada pelo Estado – na época em que as pessoas buscavam conquistar mais autonomia com base nos ideais reformistas – de maquiagem sua real intenção, que é condenar as pessoas com base no inquérito, dando uma falsa ideia de que os direitos dos acusados são resguardados e condenando-os com base nos elementos colhidos na fase de inquérito policial disfarçados com um bom discurso (LOPES JR., 2008, p. 68).

Considerado com uma forma de maquiagem o sistema inquisitório é o sistema misto, pois a fase acusatória pode servir apenas para repetir os atos praticados na fase de investigação, com a diferença que nessa fase há uma falsa impressão de que houve respeitados os princípios constitucionalmente previstos.

No Brasil, há duas legislações que tem características divergentes. De um lado tem-se o Código de Processo Penal com regramento característico de um sistema inquisitório. Por outro lado, tem-se a Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988, onde traz um rol de direitos e garantias individuais, caracterizando-se por conter princípios definidos no sistema acusatório.

De acordo os ensinamentos de Nucci (2007. p. 104):

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

Todavia, há quem defenda outras nomenclaturas para o sistema adotado no Brasil, como por exemplo: acusatório formal (MIRABETE, 2004, p. 44), acusatório não puro (RANGEL, 2008, p. 53), etc. Porém, no Brasil não há que se falar em sistema puramente inquisitório, tampouco puramente acusatório uma vez que este é aplicado na fase judicial e aquele na fase de inquérito policial.

Entretanto, pelo fato de a constituição encontrar-se no topo do ordenamento jurídico – conforme ensinamentos de Hans Kelsen – não deveria todo ordenamento pátrio seguir seus mandamentos, sob pena de ser declarada inconstitucional, ou ainda, de não ter eficácia, uma vez que não foi recepcionada pela constituição?

O que deve ser observado pelo operador do direito é interpretar as leis infraconstitucionais em harmonia com a constituição, pois se aquelas estiverem em desacordo com o que esta estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada (RANGEL, 2008, p. 54).

INQUÉRITO POLICIAL

O legislador infraconstitucional quando da elaboração do Código de Processo Penal datado de 1941 adotou como forma de instrução preliminar dos delitos praticados em seu território o inquérito policial, que corresponde à primeira fase da persecução penal.

Registre-se que o inquérito policial não é o único meio de investigação preliminar, pois há ainda a investigação realizada por um juiz instrutor ou pelo promotor - investigador, cabendo ao Estado escolher de acordo com seus aspectos estruturais e de sua política interna. (LOPES JR., 2008, p. 221).

O presente trabalho tem como objeto de estudo o inquérito policial que consiste num conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária – polícia civil nos crimes de competência estadual e polícia federal nos crimes de competência da União – com o fito de apurar um fato relevante para o direito, colhendo, com isso, informações acerca do(s) suspeito(s), – indícios de autoria – e provas da materialidade delitiva para fundamentar a ação penal⁶.

Ademais, Mirabete (2004, p. 82) afirma que “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.”. Esse entendimento pode ser fundamentado no artigo 155 do CPPB com redação dada através da lei nº. 11.690 de 2008, que preceitua:

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.

Portanto, o inquérito assume tripla função: a de colher indícios de autoria, prova da materialidade delitiva e como forma de garantir a produção de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O inquérito policial é instaurado oficialmente através de uma portaria determinada pelo delegado de polícia, podendo este ser iniciado por uma notícia criminis ou de ofício por órgãos encarregados da segurança pública (LOPES JR., 2008, p. 254).

A autoridade policial competente para presidir o inquérito é o delegado de carreira. Este é o responsável por diligenciar o inquérito logo quando souber da prática de uma infração penal, devendo de imediato, preservar todos os elementos que compuseram o cenário delituoso e que sejam elucidativos no esclarecimento do fato.

6 Conceito formado a partir da conjugação dos artigos 4º e 12 do decreto lei 3689/41 que trata do Código de Processo Penal.

Diante disso, pode-se dizer que a finalidade do inquérito é colher subsídios que sirvam ao representante do Ministério Público, a fim de que este forme sua *opinio delicti* acerca de um fato para propor ou não a denúncia, pois este é o destinatário imediato do inquérito, uma vez que o Estado conferiu-lhe a titularidade da ação penal de natureza pública.

Além disso, o inquérito assume outra finalidade, que é assegurar proteção à sociedade para que esta fique livre das arbitrariedades cometidas pelo Estado, uma vez que o inquérito cumpre a função de evitar acusações infundadas (LOPES JR., 2008, p. 217), pois o fundamento do processo penal é a instrumentalidade e o garantismo penal (RANGEL, 2008, p. 71).

Por fim, encerrado o percurso investigatório, cabe à autoridade policial (delegado de carreira) deverá elaborar um minucioso relatório de tudo aquilo que foi apurado ao longo da fase de inquérito, explicando as técnicas adotadas bem como indiciando ou não o acusado.

Objeto

O inquérito policial tem por objeto a elucidação de um fato relevante para o direito penal que é sabido através da *notitia criminis* ou de ofício pelos órgãos de investigação do Estado (LOPES JR., 2008).

Características

De acordo com os doutrinadores pátrios (LOPES Jr., 2008; TOURINHO FILHO, 2010; RANGEL, 2008) o inquérito policial caracteriza-se por ser sigiloso, dispensável, indisponível, inquisitório, escrito.

Diferente do processo judicial que é público, o inquérito policial caracteriza-se por ser sigiloso. Condição imperativa voltada para a finalidade de que possa a autoridade policial buscar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato.

Porém há que observar que o sigilo não é absoluto. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil levou ao Supremo Tribunal Federal uma proposta para edição de enunciado de súmula vinculante no tocante ao exame dos autos do inquérito policial sigiloso por parte do advogado constituído pelo investigado.

A decisão foi pela aprovação, por maioria, da proposta de edição do enunciado da súmula vinculante n. 14, nos seguintes termos:

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.

Por este entendimento tem-se então que a característica do sigilo foi relativizada, vez que o advogado do investigado quando possua *legitimatio ad procedimentus*, terá total acesso aos autos.

Portanto, com a Súmula Vinculante no. 14, a Suprema Corte fincou o entendimento de que no âmbito do inquérito deverá ser garantido o princípio constitucional da à ampla.

Neste mesmo sentido, o Estatuto da Advocacia⁷ assegura como direitos do advogado o acesso em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, aos autos de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo ainda copiar peças e tomar apontamentos que acharem necessários.

Além disso, o inquérito policial é peça dispensável, como regra, para o oferecimento da denúncia ou queixa, pois qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, sendo então nestes casos, o Ministério Público, legitimado para proceder à investigação.

Neste sentido, destaca-se a seguinte decisão do STF, noticiada no informativo n.º 111:

EMENTA: Habeas Corpus. A inexistência de inquérito policial não impede a denúncia, se a Promotoria dispõe de elementos suficientes para a formulação da demanda penal. Existência, no caso, de indícios suficientes para afastar a alegação de falta de justa causa para a denúncia. Habeas corpus indeferido. HC 70.991-5, Rel. Min. Moreira Alves.

No entendimento de Tourinho (2010, p. 249), o inquérito policial é peça meramente informativa, e, portanto, desde que o titular da ação penal

7

Art. 7º, III do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94).

– Ministério Público ou ofendido – tenha em suas mãos os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia ou queixa é evidente o caráter dispensável do inquérito.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “como procedimento meramente informativo que é, o inquérito policial pode ser dispensado se o titular da ação penal dispuser de elementos suficientes para o oferecimento da denúncia.” (DJU, 08/06/92, p. 8.594).

Por sua vez, o CPP regulamenta o inquérito policial como procedimento escrito quando em seu artigo 9º traz a seguinte redação: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Esse rigor formal tem como fundamento fornecer ao titular da ação penal os elementos necessários para a sua propositura tendo em vista que não seria compatível com o princípio da segurança jurídica fornecer ao titular da ação penal, somente elementos verbais para a sua propositura.

Vale dizer que o inquérito policial é indisponível, ou seja, uma vez instaurado, a autoridade policial não tem a faculdade de arquivá-lo, devendo prosseguir com a investigação até sua conclusão. Apenas quem tem competência de arquivar o inquérito policial é o juiz.

A característica da inquisitorialidade atribuído ao inquérito policial quer dizer que nesta fase os atos a serem praticados se concentraram na mão de uma única figura, qual seja o delegado de polícia, não havendo, portanto, a observância do comando constitucional de 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.

Natureza jurídica

O inquérito policial é o meio de investigação preliminar que busca os indícios de autoria e prova da materialidade para servir como base ao ajuizamento da ação penal pública.

Diante disso, é pacífico na doutrina que o inquérito policial é um procedimento administrativo realizado numa fase pré-processual, pois, a atividade “carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco

processual, até porque não possui a estrutura dialética” (LOPES Jr., 2008, p. 242).

PROCESSO PENAL

A segunda fase da persecução penal é onde ocorre o procedimento principal de caráter jurisdicional, cabendo ao Ministério Público – nos casos de delitos em que a ação penal é pública – com base nos elementos colhidos na fase de investigação, propor ou não a ação penal.

Diferente da fase de investigação preliminar em que vigora o sistema inquisitório, a fase processual é a fase em que vivifica o sistema do tipo acusatório, em que a ampla defesa e o contraditório são condições de validade dos atos praticados.

Nesta fase verifica-se a dualidade do processo, estando acusado e acusador em pé de igualdade de poderes e oportunidade, figurando no topo desta relação o juiz, com a função única de prestar uma devida tutela jurisdicional.

É neste momento que é feita a instrução final e produzida as provas que fundamentaram o julgamento do magistrado, uma vez que na fase de inquérito em tese, não poderá ser colhida provas, pois lá não há que se falar em provas e sim em indícios, já que estas não se encontram sob o crivo da ampla defesa e contraditório.

Neste sentido Lima (2002, p. 04-05) afirma que:

Apesar de algumas provas colhidas na fase investigatória serem de grande importância e até definitivas, como é o caso de exame pericial ou das provas técnicas, outras provas, que não de caráter técnico, devem ser repetidas em juízo, uma vez que na investigação não existe contraditório, e assim, as provas ali colhidas não são bastantes para embasar uma condenatório.

Apesar dos elementos colhidos no inquérito serem denominados, em sentido amplo, de prova, na verdade esta é aquela colhida no processo sob o crivo do contraditório, sendo aqueles elementos colhidos no inquérito meros atos de investigação de validade limitada.

Assim, muitas vezes o Estado move suas engrenagens repetindo atos já realizados somente para que seja garantido ao réu o direito previsto na

constituição que é o direito a contradizer as acusações sofridas, desrespeitando, por sua vez outro princípio também constitucionalmente previsto que é o da razoável duração do processo.

Todavia, a instrução processual configura-se afronte ao princípio da imparcialidade do juiz no momento em que é conferido àquele que vai julgar a prerrogativa de poder mandar produzirem-se novas provas a que ele julga necessárias para o seu livre convencimento, abandonando assim o juiz sua posição de arbitro imparcial.

A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO NA FASE DE PERSECUÇÃO PENAL

Neste capítulo serão abordados os posicionamentos prós e contras na inserção dos princípios do contraditório e ampla defesa na fase de persecução penal. O artigo 5º, LV da CFRB/88 dispõe 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”.

Diante deste dispositivo, não há divergência doutrinária quanto ao respeito dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase judicial. Por isso, o presente trabalho se atinará a inserção da ampla defesa e contraditório apenas na fase de inquérito policial.

Na fase de inquérito policial – que tem natureza de procedimento administrativo – ainda há divergências doutrinárias na aplicação ou não desses princípios. De um lado tem-se a corrente majoritária aplicando uma interpretação restritiva à letra da lei constitucional para defender a não aplicação dos princípios da ampla defesa e contraditório na fase de inquérito. Por outro lado, eis que surge uma corrente, ganhando cada vez mais adeptos defendendo a processualização do inquérito policial, afastando com isso o caráter inquisitorial em face do acusatório.

O principal argumento de quem defende a não observância aos princípios da ampla defesa e contraditório na fase de inquérito é que nesta fase apesar de administrativa, não é uma fase processual, por conseguinte, não há nem litígio, nem parte, e sim, um procedimento elucidativo ao futuro processo penal.

Ademais, Tourinho Filho (2010, 255) afirma que:

Quando o dispositivo constitucional fala em processo administrativo com

ampla defesa refere-se, iniludivelmente, àquele procedimento que pode culminar com alguma sanção, como ocorre nas administrações públicas. Às vezes são denominados sindicâncias. E, às escâncaras, tal não se dá no inquérito, peça meramente informativa.

Por outro lado, há quem defenda o fortalecimento do procedimento investigatório, equivaleria na processualização da fase de inquérito policial, implicando na não repetição na fase processual, uma vez que seriam desde já respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Os que defendem esse posicionamento alegam que a Constituição adotou como forma de governo um Estado Democrático de Direito, tendo como principal fundamento a dignidade da pessoa humana, por isso, não deve uma lei infraconstitucional adotar um Estado Policial, retirando da sociedade seus direitos e garantias.

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Tucci (2004, p. 358), [...] a contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que por ser ‘um elemento decisivo no processo penal’, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em ‘mero requisito formal’.

Assim, ao recusar os princípios do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito policial ocasiona um retardamento processual, uma vez que a persecução penal só não se torna célere devido o excesso de formalismo empregado pelo Estado.

Por outro lado, Lopes Jr. (2005, p. 245) afirma:

É inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado.

Verifica-se, portanto, a aplicação de uma hermenêutica mais dilatada face ao disposto na CRFB/88, dando maior sentido ao inquérito policial a fim de que este cumpra sua autêntica função de resguardar direitos e promover a justiça.

Por fim, tem ainda quem defenda a aplicação do contraditório apenas nos casos em que haja a realização de provas periciais, particularmente naqueles em que corra o risco de perecimento ou alteração substancial das características mais relevantes do objeto da perícia (OLIVEIRA, 2008, p. 42).

A LEI 11.719 2008 E O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Em 20 de junho de 2008 o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a lei 11.719 que trouxe alterações em alguns dispositivos do CPPB. Dentre as mudanças tidas, a que merece destaque para o presente trabalho é o surgimento de um novo princípio decorrente do § 2º do artigo 309, qual seja, o da identidade física do juiz.

Esse princípio é de fácil compreensão, pois o próprio texto contido na lei é autoexplicativo, ou seja, “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Logo, o juiz que colheu as provas estará vinculado ao processo até que profira a sentença. Isso porque, ao instruir o processo, entende-se que este magistrado será o mais capacitado para julgar o caso, vez que terá contato direto com os depoimentos e com todas as provas que serão produzidas a fim de solucionar o litígio.

Todavia, a noção de que o juiz que colheu as provas será o mais capacitado para julgar o caso é equivocada, isso porque no entendimento de Lopes Jr. (2008, p. 75 e 76) “atribuir poderes a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático”.

Por sua vez, há que se registrar que essa vinculação não é, tampouco será absoluta, pois apesar de o CPPB não prevê, deve-se aplicar subsidiariamente as normas processuais cíveis, mais precisamente o caput do artigo 132, onde aduz que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, **salvo** se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (grifos nosso).

Diante disso, percebe-se a relativização deste princípio frente às normas processuais cíveis, podendo então ser a sentença proferida por um juiz diverso daquele quem presidiu a fase instrutória.

POSSÍVEIS MUDANÇAS PROVENIENTES À INSERÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NA FASE DE INQUÉRITO

Neste capítulo serão abordadas as possíveis mudanças decorrentes da processualização do inquérito policial que ensejará além de mudanças materiais (como sua natureza jurídica), as mudanças procedimentais (mudanças de comportamentos).

No entanto, antes de abordar as mudanças de comportamento, mister se faz destacar as mudanças materiais. A principal delas é a transição do sistema inquisitório ao acusatório no âmbito do inquérito o que resultará na inserção dos princípios da ampla defesa e do contraditório nesta fase.

Por conseguinte, a natureza jurídica do inquérito deixará de ser procedimento para ser processo administrativo⁸, admitindo assim, a dualidade processual como típica de um processo judicial, havendo tratamento isonômico entre acusado e acusador, figurando no topo desta relação o delegado de polícia com a função de além de apurar os fatos considerados mais importantes para o direito penal, assegurar os que os direitos do acusado sejam respeitados no decorrer da instrução preliminar. .

Frise-se ainda, que corolário a processualização do inquérito, nesta fase poderá haver a captação de provas, desde que sob a orientação do contraditório, e caso tenha alguma prova não perecível que não foi realizada nesta fase inicial por fato superveniente, não acarretará prejuízo ao acusado, vez que terá oportunidade de fazer a contradita na fase judicial.

Todavia, uma vez colhidas às provas com garantia do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em repetição de provas, exceto se comprovada alguma nulidade, a fim de que seja garantido outro princípio constitucionalmente previsto: o da razoável duração do processo.

Além de mudanças de atos procedimentais, a processualização do inquérito policial acarretará uma série de mudanças de comportamento por parte do Delegado de polícia, defensor (público ou particular), membros do Ministério Público, do acusado (flagranteado / indiciado) e até mesmo do juiz.

⁸ Possíveis nomenclaturas: processo administrativo acusatório; processo investigatório preliminar; processo investigatório acusatório.

Assim, o Delegado de Polícia será detentor de uma carga maior de poderes, uma vez que este terá a atribuição de não mais colher indícios e sim provas. Logo, será designado responsável pela instrução na fase do processo administrativo para que na fase judicial, o juiz já possua os subsídios suficientes para um julgamento justo e célere não havendo necessidade de novo dispêndio de verbas e pessoal para repetir a instrução na sua integralidade.

Por outro lado, o defensor, seja público ou particular, que antes defendia seu cliente somente na fase judicial, deverá realizar todas as diligências que julgar necessárias para a melhor defesa, devendo ser aberto prazos para este, sempre que a acusação manifestar-se, seja na fase de inquérito, seja na fase judicial.

Além destes, tem-se a figura do Promotor de justiça que deverá estar mais assíduo nas delegacias uma vez que eventualmente será requisitado a se manifestar no processo em decorrência da contrariedade dos atos processuais. Por sua vez, continuará como parte e fiscal da lei para que o processo administrativo siga de forma a respeitar todos os comandos da lei.

O acusado por sua vez, passará a ser considerado um ser de direitos na fase de inquérito não mais sendo tratado como mero objeto, sobretudo com a garantia de contraditar, através de seu bastante procurador, todas as acusações sofridas de forma ampla e irrestrita.

Por fim, tem-se a figura do juiz, continuará sendo o responsável pela fase judicial. Com a processualização do inquérito policial busca-se que caberia ao juiz a função predominante de julgar de julgar, deixando de ser o principal responsável de colher provas, pois, assim agindo, estará comprometendo sua imparcialidade. Todavia, nos casos em que não foi possível colher as provas na fase de processo administrativo, por qualquer que seja o motivo, o juiz exerceria sua função secundária.

CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição democrática de 1988 toda a legislação anterior precisa ser revista, refeita, revisada, reformulada, pois muitos artigos colidem com princípios dispostos no texto constitucional.

A cabo disso, o Código de Processo Penal precisa ser revisto justamente para incorporar esses princípios. Então não cabem mais retirar do

procedimento administrativo a ampla defesa e o contraditório, pois isso irá empreender uma celeridade processual.

Além disso, cabe ressaltar que as provas produzidas na fase de inquérito por um delegado ao invés de um juiz, apesar de ferir em parte o princípio do juiz natural – pois este princípio garante que ao acusado será processado e julgado por um juiz competente, não se admitindo juízo de exceção – essa lesão é mínima, face à garantia de que desde o início da persecução penal o acusado terá oportunidade de se defender das arbitrariedades do Estado.

Por outro lado, o princípio da identidade física do juiz também não é empecilho para a processualização do inquérito, pois apesar deste princípio vincular o juiz que instruir julgar, esta vinculação é relativizada nos casos de aposentadoria, férias, morte, promoção... Ou ainda, no caso de processualização do inquérito, admitindo-se mais uma exceção que seriam nos casos em que já tivessem sido colhidas as provas na fase de inquérito, assegurando com isso a permissão de defesa técnica na delegacia de polícia.

Ressalta-se que não parece lógico o Estado Democrático de Direito que é o Brasil, mover todas as suas engrenagens para a investigação de um fato criminoso apenas para colher indícios de autoria e da materialidade delitiva, tendo na maioria das vezes que repetir os atos já realizados para garantir o contraditório, causando com isso, perda de tempo, energia, dinheiro e principalmente confiança por parte de sua nação.

Diante de todo o exposto, espero ter alcançado o maior de todos os objetivos, qual seja: demonstrar a necessidade da processualização do inquérito policial garantindo, com isso, um caráter acusatório baseado principalmente nos princípios da ampla defesa, contraditório e da razoável duração do processo. Para isso debruicei-me nas opiniões das mais relevantes personalidades do mundo jurídico e suas posições face o debate em questão almejando que o legislador já tenha incorporado essa ideia e traga essa permissão.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri Lima. A prova penal. In.: **Coleção Direito Processual Penal**. Coordenação Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 1 v.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. Tradução de Wagner D, Giglio. São Paulo: Editora LTr, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.

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