

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL

A DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

CURITIBA

2002

MAURILUCIO ALVES DE SOUZA

A DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* “Mestrado em Direito Econômico e Social”, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre.

Curitiba

2002

Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: “Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade.” Ao que Pilatos perguntou: “O que é a verdade?” Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz.

Hans Kelsen “O que é justiça”

A Deus por ter me concedido a vida, por dar-me saúde e proporcionar-me conviver no meio de pessoas maravilhosas.

A minha querida madrinha, Amélia Maria da Silva por ter me ensinado a viver, a amar, a produzir, a respeitar, a ser humilde, e a ser homem.
“Obrigado pela minha criação”. (*in memorian*)

A minha querida esposa Adriane, pela sua dedicação em me ajudar nessa incansável luta, para a busca de um mundo melhor para os nossos filhos Luna, Luan e Louisi, e pelo nosso amor.

Aos meus pais Maurici e Ana Lúcia, e ao meu querido tio Marco Antonio (*in memorian*) pela luta em nos educar, a minha querida irmã Luciane, por todo amor recebido, e pelo orgulho que sinto de vocês.

A Universidade Católica do Paraná, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, aos meus queridos professores, colegas de curso, parentes e amigos.

Agradeço especialmente ao meu Orientador, Doutor Néfi Cordeiro, pela oportunidade, paciência e direcionamento desta pesquisa, além da eterna admiração que tenho, desde os bancos escolares da Academia Policial Militar do Guatupê, quando tive a felicidade de ter sido seu aluno.

Meu muito obrigado.

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURILUCIO ALVES DE SOUZA

A DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre do Curso de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* "Mestrado em Direito Econômico e Social", do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Néfi Cordeiro

Membro: Professor Doutor Alvacir Alfredo Nicz

Membro: Prof. Doutor José Laurindo de Souza Netto

Curitiba, Agosto de 2002

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	VI
SUMÁRIO.....	VII
RESUMO.....	X
ABSTRACT.....	XI
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A DEFESA CRIMINAL.....	5
2.1 NA ANTIGUIDADE.....	5
2.2 PERÍODO QUE ANTECEDEU AS ORDENAÇÕES.....	6
2.3 AS ORDENAÇÕES DO REINO.....	8
2.3.1 As Ordenações Afonsinas.....	9
2.3.2 As Ordenações Manuelinas.....	10
2.3.3 As Ordenações Filipinas.....	10
2.4 NO BRASIL DESDE O DESCOBRIMENTO	11
2.4.1 No Brasil Colonial.....	11
2.4.2 No Brasil Império.....	12
2.4.3 No Brasil República.....	15
3 O INQUÉRITO POLICIAL.....	16
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	16
3.1.1 Conceito.....	16
3.1.2 Natureza do Inquérito Policial.....	18
3.1.3 As Atribuições no Inquérito Policial.....	21
3.2 INQUÉRITO POLICIAL FEDERAL.....	22
3.2.1 Atribuições.....	23
3.2.2 Prazos para a Conclusão do Inquérito.....	24
3.3 INQUÉRITO POLICIAL MILITAR.....	24
3.3.1 Natureza.....	24
3.3.2 Crimes Militares.....	25
3.3.3 Conseqüências do Recebimento da Denúncia em Crimes Militares	27
3.3.4 Habeas Corpus em Infrações Militares.....	28
3.3.4 Prazos para a Conclusão do Inquérito.....	30

4	FUNÇÃO PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL.....	31
4.1	A PROVA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO MEIO DE DEFESA	31
4.2	A BUSCA DA VERDADE REAL.....	34
5	A DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	37
5.1	A BUSCA PELA JUSTIÇA.....	37
5.2	ATUAÇÕES DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL.....	39
5.3	CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	40
5.3.1	O Contraditório.....	40
5.3.2	A Ampla Defesa.....	42
5.3.3	O Contraditório e a Ampla Defesa no Inquérito Policial.....	44
5.4	A DEFESA NO INQUÉRITO COM O INDICIADO PRESO.....	46
5.4.1	Constituição do Defensor.....	47
5.4.2	Na Prisão em Flagrante Delito.....	48
5.4.3	Prazo para a Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.....	49
5.4.4	Na Prisão Preventiva e Prisão Temporária.....	50
5.4.5	Na Reconstituição de Crimes.....	54
5.4.6	No Reconhecimento de Pessoas e Coisas.....	56
5.5	A DEFESA NO INQUÉRITO COM O INDICIADO SOLTO.....	58
5.5.1	O Interrogatório do Indiciado.....	58
5.5.2	Nas Perícias em Geral.....	60
5.5.3	Na Busca e Apreensão.....	62
5.6	O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO E DESARQUIVAMENTO.....	68
5.6.1	Do Arquivamento.....	68
5.6.2	Do Desarquivamento.....	71
5.7	A IMPORTÂNCIA DA DEFESA PARA A DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	72
5.7.1	Para o Oferecimento da Denúncia.....	76
5.7.2	No Pedido de Novas Diligências.....	78
6	CONFLITO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	81
6.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	81
6.2	PRINCÍPIOS E NORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO.....	86

6.3	O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	90
6.4	ABRANGÊNCIA E EFICÁCIA DA AMPLA DEFESA.....	93
7	NOVOS RUMOS PARA O INQUÉRITO POLICIAL.....	98
7.1.	UMA VISÃO GARANTISTA.....	98
7.2.	NOVAS TENDÊNCIAS.....	100
7.3.	A AMPLA DEFESA E SUA APLICAÇÃO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....	102
7.4.	O PRINCÍPIO DA DEFESA COMO CRITÉRIO DE EFICÁCIA ADMINISTRATIVA.....	104
7.5.	O PRINCÍPIO DA DEFESA COMO CRITÉRIO DE EFICÁCIA POLÍTICA.....	106
7.6.	NOVOS DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	108
7.7.	A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	109
7.7.1	Abrangência do Projeto.....	110
7.7.2	Sistemática da Comunicação das Infrações.....	111
7.7.3	Princípio da Oficialidade e da Obrigatoriedade.....	111
7.7.4	As Diligências e o Contraditório.....	112
7.7.5	Aspectos da Investigação.....	113
7.7.6	Objetos da Investigação Criminal.....	114
7.7.7	Do Interrogatório do Indiciado.....	114
7.7.8	Prazo para a Conclusão das Investigações.....	115
7.7.9	Do Ministério Público.....	116
7.7.10	Das Garantias do Ofendido e do Acusado	117
7.7.11	Do Sigilo do Inquérito e da Intimidade do Acusado.....	118
7.7.12	A Desnecessidade do Inquérito Policial.....	118
8.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	122
	BIBLIOGRAFIA.....	126
	ANEXOS.....	135

RESUMO

A presente dissertação, que tem como título "A Defesa no Inquérito Policial", objetiva demonstrar o exercício da defesa dos indiciados nos inquéritos policiais, analisando os momentos de atuação da mesma nessa fase administrativa, tomando por base o questionamento da restrição a aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Dividida em seis capítulos, dos quais iniciamos pela a apresentação de um panorama histórico sobre o exercício da defesa criminal, na antigüidade, nas ordenações portuguesas até o descobrimento. No Brasil procuramos nesse panorama histórico o período colonial, imperial, e republicano, até adentrarmos no inquérito policial, que fora tratado nos seus aspectos conceituais, natureza e competências, apresentando tal discussão acerca dos inquéritos comum, federal e militar. Ao falar da defesa no inquérito policial, o analisamos como um elemento probatório, que fornecerá subsídios para a busca da verdade real, sendo também um instrumento da busca pela justiça, mostrando a possibilidade de atuação dos advogados nessa esfera administrativa judiciária. Adentramos ao ponto mais polêmico do tema, o qual trata do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, e sua aplicabilidade estando o indiciado preso ou solto, desde a constituição do defensor, nas prisões em flagrante ou cautelar, perícias, buscas, e no arquivamento do inquérito policial. Na pesquisa de campo, procuramos focar a importância da defesa para a denúncia do ministério público, no seu oferecimento ou na devolução dos autos a delegacia com o pedido de novas diligências. Quando falamos da efetividade da defesa no inquérito policial, apresentamos um capítulo sobre o conflito das normas processuais penais com as constitucionais, o princípio da supremacia da constituição, a abrangência e a eficácia da ampla defesa. Por derradeiro, para sustentar nossa pesquisa, tratamos dos novos rumos para o inquérito policial, primeiramente numa visão garantista e na possibilidade de aplicação nos procedimentos administrativos e como um critério de eficácia e seu campo de aplicação. Mostramos que as novas tendências são pela aplicabilidade dos princípios fundamentais, tanto nas esferas procedimental e processual, onde seu grande impulso está no novo projeto de reforma do Código de Processo Penal, o qual pontuamos seus aspectos mais interessantes como a admissibilidade do contraditório na produção da prova pericial, infelizmente de forma tímida, mas um grande avanço.

ABSTRACT

To present dissertation, that has how I title "the Defense in the inquiry policeman", lens to demonstrate the exercise of the accuser's defense in the inquiries policeman, analyzing the moments of performance of the same in that administrative phase, talking for base the question of the restriction the applicability of the contradictory and of the contradictory and of the wide defense in the inquiry policeman. Divided in six chapters, of the which we began for the presentation of a historical panorama on the exercise of the criminal defense, in the antiquity, in the Portuguese ordinations until the discovery. In Brazil we sought in that historical panorama the periods colonial, imperial, and republican, until we penetrate in the inquiry policeman, that had been treated in your conceptual aspect nature and it connoted presenting such discussion concerning the inquiries usual, federal and soldierly. When speaking of the defense in the inquiry policeman, we analyzed him/it as a approbatory element, that it will supply subsidies for the search of the real truth, being also an instrument of the search for the justice, showing the possibility of the lawyers' performance in that sphere administrative judos. We penetrated to the most controversial point of the theme which treats of the contradictory and of the wide defense in the inquiry policeman, and your apply ability being the accused arrested or free, from the defender's constitution, in the prisons in the act or preventing, expertise, searches and in the inquiry policeman's filing. In the field research, we sought focus the importance of the defense for it denounces her/it of the public prosecution service, in your offer or in the devolution of the solemnities the police station with the request of new diligences. When we spoke about affectivity of the defense in the inquiry policeman, we presented an I surrender on the conflict of the penal procedural norms with the constitutional ones, I begin him of the supremacy of the constitution the inclusion and the effectiveness of the wide defense. For last, to sustain our research, we treated of our directions for the inquiry policeman, firstly in a vision guaranties and in the application possibility in the administrative procedures and as a criterion of effectiveness and your application field. We showed that the new tendencies are for apply ability of the fundamental beginnings, so much in the sphere procedimental beginnings, so much in the spheres procedimental and procedural and your great pulse is unhappily in the new project of reform of the Code of the Penal Process, which we punctuated your more interesting aspects as the admissibility of the contradictory in the productions of the proof skill, in a shy way, but a great progress.

“O Direito não é uma idéia lógica, porém uma idéia de força. É a razão porque a Justiça, que empunha em uma das mãos a balança em que pesa o Direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer. A espada – sem a balança – é a força bruta. A balança – sem a espada – é o direito impotente. Completam-se mutuamente. E, na realidade, o Direito só reina quando a força dispensada pela Justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança”. (Rudolph Von IHERING, *A Luta Pelo Direito*).

A presente dissertação tem por objetivo a análise da possibilidade da defesa no inquérito policial, o exercício das garantias constitucionais com aplicabilidade aos indiciados, como a possibilidade de sua efetivação.

Como bem afirma José Laurindo de SOUZA NETTO¹: “Os Direitos Fundamentais e as garantias das regras processuais asseguradoras dos Direitos do acusado no Processo Penal são bens constitucionalmente relevantes que constituem uma das pilastras básicas do Estado de Direito”.

Quando da escolha do referido tema, nos veio em mente a experiência profissional, onde tivemos a oportunidade de trabalhar com o inquérito policial militar, por ocasião do exercício da chefia do cartório do Batalhão Metropolitano e de Juiz Militar na Vara da Auditoria da Justiça Militar Estadual, bem como, o exercício das funções de Delegado da Polícia em alguns municípios da Região Metropolitana de Curitiba, e atualmente no sacerdócio da docência.

Com o advento da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em especial, na parte que nos concerne, ao artigo 5º, incisos LV (Contraditório e Ampla Defesa, com os meios e recursos a ela inerentes) e LXIII (ciência aos presos de seus direitos, como permanecer calado e assistência de advogado), buscando para o inquérito policial as garantias

¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **A Efetividade dos Direitos do Acusado no Processo Penal Brasileiro**. Tese de Doutorado UFPR. Curitiba: 2000, p.08.

constitucionais, como sendo um instrumento do processo penal, numa visão mais moderna e garantidora.

Antes de ingressar no tema proposto, pretendemos estabelecer algumas considerações acerca da defesa criminal, como um instrumento de garantia da liberdade jurídica, e como forma de atuação da ampla defesa a todos os acusados, para assegurar a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, cabe observar, que muita das garantias asseguradas pelo Estado, em várias situações não são exercidas pelos seus titulares por desconhecimento, por má-vontade, ou até mesmo pela conveniência, além da preocupação com o conflito aparente que tem “a defesa no inquérito policial”, apresentando para alguns operadores do direito as mais diversas discussões.

Analisando deste modo, uma proposta de estudo que albergue as alternativas para as interpretações e entendimentos acerca do tema, o efetivo exercício das garantias constitucionais, na fase preliminar e preparatória da ação penal, não como um mero procedimento informativo, mas sim como um elemento de formação da convicção do juiz.

Quando falamos dos preceitos constitucionais com relevância processual, e sua admissibilidade no inquérito policial, estamos nos referindo as normas constitucionais de relevância processual, como normas de garantia das partes e do próprio processo, como explica Ada Pellegrini GRINOVER²:

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de tudo, características de um processo justo e legal, o qual deve ser conduzido em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes, e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.p.59.

Tal interesse pelo tema, surgiu também pela mudança do inquérito policial, ou seja, a “Reforma do Código de Processo Penal”, em vistas a ocorrer, questionando desta feita, o efetivo exercício de garantias constitucionais, além da aplicabilidade da defesa plena, em todo o momento que uma injustiça ou uma ilegalidade possa vir a ocorrer no procedimento policial.

Muito embora o inquérito policial traga inerentes questionamentos relacionados a seu caráter inquisitório de sua condução, daí os exames do princípio constitucional da ampla defesa, o processo numa visão mais democrática do que autoritária e sua perspectiva dinâmica, principalmente pela atuação da defesa.

Quando da escolha do tema, tivemos por base algumas regras importantes, como ao manejar fontes de consulta bibliográfica³, deparamos com a inquisitorialidade do inquérito policial, apesar de estarmos num Estado Democrático de Direito, questionamos a efetividade dos princípios e garantias fundamentais constitucionais.

Buscaremos ainda na presente dissertação, delimitar “A Defesa no Inquérito Policial”, tendo por base a Constituição Federal do Brasil de 1988, o Código de Processo Penal e o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, além da legislação, doutrina e jurisprudência pertinente.

Muito embora não seja praxe o exercício da defesa no inquérito policial, por sua característica inquisitória, haveremos de buscar a superação léxica e a tendência de enfocar o tema no âmbito do Direito Constitucional e Processo Penal, por um prisma crítico e garantista dos direitos do indiciado.

A defesa, matéria de grande importância num Estado Democrático de Direito, na dissertação será desenvolvida com a divisão do assunto em partes constitutivas ou explicativas dos conceitos, para um final posicionamento deste mestrando quanto aos limites e a forma da defesa na investigação criminal.

³ BARROS, Aidil de Jesus Paes de, e Neide Aparecida de Souza Lehfeld. **Projeto de Pesquisa: Propostas Metodológicas**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 1990. p.26.

Na dissertação, será observada ainda a evolução do exercício da defesa, reunindo aspectos históricos, filosóficos, sociológicos e jurídicos, interpretando as fontes legais, criticando a situação atual, e sugerindo a possibilidade da efetividade da defesa no inquérito policial.

Finalmente, fornecer aos operadores do direito, a possibilidade da utilização de princípios e normas do sistema jurídico, numa igualdade de partes (acusador-indiciado), onde a defesa também seja vista como meio de prova e materialidade, como objeto importante na busca da verdade real, além de elemento facilitador na formação da "*opinio delicti*" pelo Ministério Público.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A DEFESA CRIMINAL

2.1 NA ANTIGUIDADE

Ao pontuar a visão histórica da defesa criminal, tivemos por base o homem como um ser social, retroagindo nosso estudo até mesmo antes das Ordenações do Reino de Portugal.

É sabido que no direito criminal da antigüidade, norteado pelas formas de vingança (divina, privada e pública), como forma de repressão aos fatos anti-sociais ou lesivos aos interesses das pessoas, havia força e poder e não justiça.

Na sua origem histórica, o processo não vinha a tutelar os fundamentais interesses da vida por meio de sanções punitivas, e as ofensas eram consideradas lesões ao cidadão privado, o qual reagia por si, e como meio rudimentar, a vingança constituía o direito de reação contra o fato delituoso.

O emprego da força era utilizado para a solução dos conflitos como forma de autodefesa, a qual era exercida pessoalmente ou por intercessão divina. A defesa então, era amparada mais na força e no poder, do que na justiça, como dissemos anteriormente.

Posteriormente, apareceram as Ordálias, também chamadas de julgamentos ou juízos de Deus, como bem afirma Fernando de Almeida PEDROSO⁴: “Despontou dessa forma a defesa mística do réu, pela sua obrigatória submissão a árduas provas⁵, das quais como juiz assumia-se Deus”.

⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal o Direito de Defesa**: repercussão amplitude e limites. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p.17.

⁵ Idem. op. cit. p 17 e 18. “Como provas ou juízos divinos tínhamos: a) Bebidas Amargas: a mulher acusada de adultério era obrigada a ingerir doses de bebidas fortes e amargas e conservar sua naturalidade”. Na hipótese de seu rosto contrair e seus olhos injetarem de sangue, era considerada culpada. b) Água Fria: lançava-se o acusado em um reservatório d' água: se submergia era tido como inocente, se afundasse era tido como condenado. c) Brasas: o acusado deveria caminhar ou colocar a mão num braseiro, resistindo ao fogo aferia-se a sua sinceridade. d) Serpente: o acusado era colocado entre répteis e somente seria picado se fosse criminoso. e) Cadáver: colocava o corpo da vítima diante do acusado, se o do cadáver novamente começava a correr sangue o acusado era havido como verdadeiro autor do crime”.

Aparece então a inquisição, como um processo secreto e unilateral, onde imperava o arbítrio e o autoritarismo, constituindo-se num Tribunal religioso, com a sua competência para julgamento de heresias religiosas e crimes contra a fé cristã.

Nessa época, explica o professor TOURINHO FILHO: “Na França, se o imputado era inocente, não precisava de defensor e, se culpado, era indigno de defesa”.⁶

Na investigação da verdade era utilizada a tortura, não só para os acusados, mas também para as testemunhas. Inexistia a imparcialidade, o juiz formava um convencimento antecipado, buscando a produção de provas de acordo com o seu convencimento.

Verifica-se nesta época, que a verdade nem sempre era levada à tona, o que realmente existia eram as presunções *júris et de jure*, desmoronando desta feita com qualquer possibilidade de defesa.

O *jus puniendi* passa a ser tutelado pelo Estado, que vem a aplicar a pena ao autor da conduta, tida como ilícita, tendo sido concebido o *jus puniendi* como “o direito que tem o estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica”.⁷

2.2 PERÍODO QUE ANTECEDEU AS ORDENAÇÕES

O estudo será fixado no território em que se desenvolvera a nação portuguesa, ou seja, a Península Ibérica, localidade, caracterizada por inúmeras invasões.

A Península Ibérica era composta por variedades de raças (Tartésios, Iberos, Celtas, etc.), e por povos estrangeiros (Fenícios, Gregos, e Cartaginenses), afirmando José Henrique PIERANGELLI, que:

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 5 ed. Bauru. SP: Ed. Jalovi, 1979. p. 93.

⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Forense, 1961. v 1. p. 9.

“Mesmo tendo-se em conta toda a obscuridade que cerca esse período, os historiadores puderam afirmar que, sob o aspecto externo, ou seja, no que respeita aos seus modos de formação, o Direito dessa época era exclusivamente consuetudinário”.⁸

Houve nessa época um período de Romanização, que com a invasão da península, buscava subjugar o povo ali existente, e extrair as riquezas do solo conquistado, impondo sua civilização, instituições políticas, administrativas e obviamente o direito.

A península já considerada romana, sofre as invasões bárbaras, por povos de origem germânica, onde começa a decadência do Império Romano, que com as derrotas se obriga a unir com um povo denominado godos, vindo a tomar conta da península com a denominação de visigodos, criando a sua legislação própria.

A primeira legislação a aparecer é o Código de Eurico. O problema é que era destinado tão somente aos visigodos, urgindo então a necessidade da criação de uma legislação para os hispanos-romanos.

Surge o *Fuero Juzgo*, também denominado *Fuero*⁹ ou *Livro dos Juízes* composto por uma coletânea de leis, formado por doze livros. O *Fuero Juzgo*, fazia uma verdadeira apologia da submissão dos homens às leis, permitindo a governabilidade dos homens pelas leis.

Conforme Salvador Minguijón ADRIÁN, ao citar a história do Direito Espanhol, “*si por este motivo sufriere tormento un inocente, a este lê será entregado en servindumbre el acusador para que haga de él lo que quiera, pero sin poder infringirle la muerte*”.¹⁰

Para propor uma acusação, o acusador devia jurar que não agia com dolo, fraude ou malícia, com o fim de se sujeitar o acusado a tormento (produção de provas, inclusive submissão à tortura).

⁸ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru, SP: Ed. Jalovi, 1983. p. 24.

⁹ Idem., p. 24. “A expressão *fuero* admite diversas concepções jurídicas, variáveis, inclusive, no espaço e no tempo. Em linhas gerais, entenda-se como a carta de privilégios e pactos anexos de vilas e cidades, consagrantes de usos e costumes expedidos pelos reis ou senhores”.

¹⁰ ADRIÁN, Salvador Minguijón. **História Del Derecho Espanhol**, tomo II, 4. ed. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor, 1953. p.77.

Na acusação de uma pessoa a outrem de igual nobreza, em determinados crimes, como contra o rei, a pátria, homicídio, adultério, deveria certificar-se de que poderia provar a acusação.

Surgem as *Flores de las Leyes* e o *Fuero Real*, obras legislativas de cunho Romano-Justiniano, onde as *Flores de las Leyes* eram uma espécie de cartilha do processo que previa o “*actus trium personarum*”, e o *Fuero Real*, observa PIERANGELLI, “este *fuero* estabelecia quais as pessoas que estavam proibidas de intentar acusações públicas e que só poderiam intentar ações particulares, ressalvada a hipótese de serem vítimas, e, entre elas, distinguia-se ao mouros, os judeus, os hereges, os acusados durante a ação, o *deytado* da vila, etc. Aos membros da igreja era reservado o privilégio de jurisdição especial”.¹¹

Daí em diante, até as Ordenações, surgem diversas leis, como a Lei das Sete Partidas, que era uma espécie de *Corpus júris*, dividida em sete partes, a qual tratou da mudança do sistema acusatório para o inquisitivo, perseguindo os delitos *ex-officio*.

Surgem os Forais, que estabeleciam normas de caráter geral, como tributação, serviço militar, aplicação da pena de multa no processo penal para crimes e contravenções, regras sobre o ônus da prova e a maneira que podiam ser colhidas, além da inquirição de testemunhas.

Antecedendo às Ordenações, aparece o Livro de Leis e de Posturas, que possuía várias disposições de processo penal, como disciplinando as sentenças e as provas.

2.3 AS ORDENAÇÕES DO REINO

Visando diminuir as injustiças ocorridas no passado, as Ordenações surgem com a finalidade de suprimir os maus costumes e abusos pelo uso do poder, elegendo julgadores justos, para fazer justiça por igual a todos.

¹¹ PIERANGELLI, José Henrique. op. cit., p. 37.

Com o fortalecimento da monarquia aparece a figura do rei legislador, e a lei era a expressão da vontade do rei, com o florescer do sentimento nacionalista e de independência, aparecendo então a necessidade da elaboração de uma legislação genuinamente portuguesa.

Aos acusados de cometerem algum ato ilícito, tinham suas condutas registradas, que era a *notitia criminis* desta época, sendo processadas pelos tabeliães, onde eram obrigados a anotar todas as malfeitorias praticadas na localidade, deixando-as registradas, para posterior análise do rei, corregedor ou meirinho que viessem a passar por aquela localidade, e que então decidiriam sobre o caso.

2.3.1 As Ordenações Afonsinas

Dada necessidade de uma organização de coletânea legislativa, haja vista a grande quantidade de leis esparsas, para facilitar a administração da justiça, é publicada em meados de 1446, as Ordenações Afonsinas, por ordem do infante D. Pedro e em nome de D. Afonso V, considerada como “código completo, dispendo sobre quase todas as matérias da Administração de um Estado, foi evidentemente o primeiro que se publicou na Europa e assinala uma época importante”.¹²

Foram as Ordenações Afonsinas divididas em cinco livros, onde o Livro I, continha disposições relativas a cargos públicos e funcionários militares; o Livro II, abrangia disposições da igreja e prerrogativas da nobreza; o Livro III regulava o processo civil; o Livro IV tratava do Direito Civil e finalmente o Livro V, o que mais nos interessa, abrangia normas de Direito Penal material e formal.

Além da confissão do réu, que se verifica em seu interrogatório, após a inquirição das testemunhas de acusação, dava-se ao réu a possibilidade para a apresentação de sua defesa.

¹² Idem, op. cit., p. 55.

2.3.2 As Ordenações Manuelinas

Em meados de 1505, D. Manuel I, “até por motivo de vaidade”¹³, ou ainda por outros motivos como a divulgação de sua Ordenação pelo advento da descoberta da imprensa, e pela existência de novas leis extravagantes, edita o seu compêndio legislativo, concluindo então a sua primeira edição em 1514.

Passando por um período de reforma, em 1521 surge com novas modificações, principalmente no campo do Direito Processual Penal, onde as acusações ou denúncias a terceiro da prática de uma infração, não eram tão simples como nos dias de hoje. Para acusar alguém se exigia maior cuidado, como afirma PIERANGELLI, “os casos de ações criminais ficaram melhor determinados, dentre outras prescrições ficou estabelecida a necessidade de julgamento do quereloso e a abonação de uma testemunha conhecida para o recebimento de qualquer querela”.¹⁴

Ao tratar do Direito Criminal da antigüidade Luiz Alberto MACHADO, assim se manifestou sobre a legislação portuguesa: “as Ordenações Manuelinas davam pouca força às leis. No Brasil valia o arbítrio dos donatários, que concediam cartas de perdão. Essa legislação confundia o Direito com a moral e possuía profunda influência religiosa e sexual”.¹⁵

2.3.3 As Ordenações Filipinas

Iniciada a reforma legislativa no reinado de D. Felipe I, somente vieram às novas ordenações a serem promulgadas em 1603, pelo monarca D. Felipe II. Para o processo penal houve uma importante e nova questão, relativa à separação entre os juízos criminal, e cível.

¹³ Idem, p. 55.

¹⁴ Ibidem, p. 59.

¹⁵ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal** (Parte Geral). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 37.

Havia a distinção dos procedimentos públicos para com os particulares, o réu era acusado e tinha iniciado contra si o procedimento criminal pela pronúncia.¹⁶

As Ordenações Filipinas repetiram no processo penal os conteúdos das outras Ordenações e em nosso país tiveram sua aplicação por mais de dois séculos, vingando até 1832, por ocasião da promulgação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

Com relação à desvinculação da legislação portuguesa e a recepção de nossa própria legislação processual penal, leciona E. Magalhães de NORONHA, “só em 29 de novembro de 1832 é que tivemos nosso primeiro Código de Processo Criminal, que marcadamente sofria a influência do Código Napoleônico. Compunha-se de duas partes – *Da Organização Judiciária* e *Da Forma do Processo*. Inspirava-se em princípios liberais e conferia as atribuições judiciárias aos juízes e ao júri, afora as ,jurisdições privilegiadas e especiais”.¹⁷

2.4 NO BRASIL DESDE O DESCOBRIMENTO

2.4.1 No Brasil Colonial

Com o descobrimento do Brasil em 22 de Abril de 1500, recebemos de Portugal como legislação, ainda que por um breve período, as Ordenações Afonsinas. Logo após, as Ordenações Manuelinas e, finalmente, as Ordenações Filipinas, que perduraram em nosso território por mais de dois séculos.

¹⁶ PIERANGELLI, José Henrique. op. cit., p. 59. “*Pronúncia* era a sentença do juiz, que declarava o réu suspeito do delito, que o tornava objeto da devassa ou da querela contra ele dada e que o colocava no número dos culpados. *Tormentos* eram perguntas feitas ao réu, com a finalidade de compeli-lo falar a verdade por meio de tortura. *Devassas* eram as inquirições para a formação do delito”.

¹⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 27. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 09-10.

O Brasil era dividido em capitanias hereditárias e os donatários detinham a jurisdição civil e criminal. Em 1609, na Bahia, fora criado o primeiro Tribunal de segunda instância do Brasil, denominado Tribunal de Relação da Bahia, que composto por desembargadores, julgava as decisões de primeira instância, sendo criada posteriormente um tribunal semelhante no Rio de Janeiro.

Com a vinda da família real para o Brasil em 1808, o Príncipe Regente mediante Alvará, cria o Tribunal Superior Militar. “O Alvará com força de lei, de 1º de Abril de 1808, de D. João VI, então Príncipe Regente de Portugal, criou na cidade do Rio de Janeiro o Conselho Superior Militar e de Justiça”.¹⁸

Com relação às garantias de liberdade individual, cumpre salientar o Decreto de 23 de maio de 1821, o qual determinava que nenhuma pessoa livre no Brasil pudesse jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz, ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer um do povo poderia prender o delinqüente.

2.4.2 No Brasil Império

No século XVIII, período humanitário do Direito Penal, também no Brasil foi procurado um entrosamento da legislação penal com os princípios de justiça e humanidade. Não poderíamos deixar de salientar a influência da obra *Dos delitos e das penas* (1764), de Cesare BECCARIA, que buscava a igualdade processual dos acusados, além repelir as provas obtidas por meio de tortura.

E, em conformidade com o acima descrito, assim leciona BECCARIA¹⁹, ao se referir às provas obtidas pela tortura:

¹⁸ GODINHO, Gualter. **Legislação de Segurança Nacional e Direito Penal Militar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 1.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1996. p. 31.

É uma barbárie que o uso consagrou na maioria dos governos fazer tortura um acusado enquanto se faz o processo, seja pare que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém o qual poderia ser culpado, seja finalmente porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.

Com a promulgação da Constituição de 1824²⁰, a Carta Magna veio a recepcionar algumas garantias liberais do século, e seu artigo 179 trazia as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, como algumas que abaixo pontuamos, *in verbis*:

I) Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

VIII) Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas na entrada da prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX) Ainda que com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite, e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto.

X) À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for Arbitrária, o juiz que a deu e a quem a tiver requerido serão punidos, com as penas que a lei determinar.

²⁰ MENDES DE ALMEIDA, Fernando H. **As Constituições do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1963.

XIII) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XVIII) Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e um criminal, funcionado nas sólidas bases da justiça e eqüidade.

XIX) desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX) Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.

XXI) As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes.

Resolvemos então pontuar tais incisos acima, como sendo mais importantes para a disciplina processual penal, constantes no artigo 179, da Constituição Federal de 1824.

Em 1828 é criado o Supremo Tribunal de Justiça, e dois anos depois, em 1830 é promulgado nosso Código Criminal, e, em 29 de novembro de 1832 é criado o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, sob a denominação de *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, que se dividia em duas partes, a primeira tratava da organização judiciária, e a segunda da forma do processo.

Fato importante é citado por Joaquim Canuto MENDES DE ALMEIDA²¹:

Ressaltamos que a separação entre funções policiais e judiciárias apareceu na velha legislação portuguesa e que o Alvará de 25 de junho de 1760 foi quem criou o lugar de Intendente Geral de Polícia, expedido com a firme intenção de separar as duas classes de atribuições, sem lograr contudo, o êxito almejado, pois, se antes as pessoas que exerciam a atividade judiciária, acumulavam funções policiais, com este Alvará foi o Intendente Geral de Polícia que passou a acumular funções judiciárias.

²¹ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 64.

No mesmo ano da coroação de D. Pedro II (1841), reforma-se o então criado Código de Processo Criminal, e ponto importante nesta reforma foram a separação das funções judiciárias e policiais, passando à responsabilidade dos chefes de polícia ou de seus delegados, a exclusividade na formação da culpa.

Com a reforma se estabeleceu que a polícia estaria afeta a uma autoridade local (juiz de paz ou juiz popular), e a polícia ainda teria as atribuições preventivas e repressivas, além das funções administrativas e judiciárias, centralizando suas atividades no Ministro da Justiça.

2.4.3 No Brasil República

Com a Proclamação da República, a Constituição Federal de 1891, trouxe inovações em matéria processual penal, como a transformação do *habeas corpus* em garantia constitucional, além da quebra da unidade processual no território nacional, concedendo aos Estados a possibilidade de legislar sobre processo.

O processo penal em nosso país sofreu mudanças relativas a forma de legislar sobre o processo, como explica E. Magalhães de NORONHA: “Proclamada a República, a Constituição de 1891 atribuiu aos Estados a faculdade de legislar sobre processo, o que, todavia, nem todos fizeram. São Paulo jamais teve Código de Processo Penal, ficando mergulhado num *maré magnum* de leis revogavam ou complementavam a vetusta legislação imperial”.²²

Com a Constituição Federal de 1937, volta no nosso país o restabelecimento do regime da unidade processual e a manutenção do inquérito policial.

²² NORONHA, E. Magalhães. op. cit. p. 10.

3 O INQUÉRITO POLICIAL

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

3.1.1 Conceito

De origem Romana, o Inquérito Policial surge em nosso país com o advento da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, a qual fora regulamentado pelo Decreto-Lei nº 2.824, de 28 de novembro de 1871.

O artigo 42 do referido Decreto-Lei, ao manifestar-se sobre o Inquérito Policial, continha a seguinte disposição, *in verbis*: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Paulo Lúcio NOGUEIRA, define essa peça informativa onde, “inquérito é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária visando a apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto”.²³

Um conceito que além de apresentar seus elementos, refere-se também ao seu endereçamento, é de Júlio Fabbrini MIRABETE²⁴, que assim leciona:

Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários a apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de se obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais, etc.” Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação

²³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 11 ed. rev. atual. por Paulo Lúcio Nogueira Filho. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 39.

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1996. p. 78.

penal pública) ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam a sua *opinio delicti* para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o juiz, que nele pode encontrar também os fundamentos para julgar.

Revela-se no inquérito policial a atividade administrativa do Estado na sua persecução penal, atuando desta feita no procedimento investigatório, como base ou preparação para a instrução criminal.

Cumpre salientar que a competência e a execução do inquérito policial, estão atribuídas privativamente à polícia judiciária²⁵ (Polícia Civil Estadual ou Federal)., e excepcionalmente nos crimes militares, à polícia garantidora da prevenção e manutenção da ordem pública, em suas funções de polícia administrativa (Polícia Militar).

É o inquérito policial uma peça informativa, consignada em peça informal de origem investigativa, constando todas as diligências, com a intenção da apuração da infração e a descoberta de sua autoria.

Já para o Delegado de Polícia, Joel de Luna BOZOLO, em artigo escrito para o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), assim define o Inquérito policial: "Inquérito Policial é, pois, um procedimento administrativo, investigatório, elaborado pela polícia judiciária, sob a presidência do Delegado de Polícia, e tem como finalidade colher todas as provas de existência da infração penal, das suas circunstâncias e da sua autoria". E para fundamentar ainda seu conceito continua: "É o que se depreende do artigo 144, parágrafo 4º, da Constituição da República, bem como o artigo 4º do CPP, específicos quanto ao tema. O destinatário do procedimento é o titular da ação penal (pública ou privada), fornecendo-lhes elementos para a formação do seu *opinio delicti* para a apresentação da denúncia ou queixa".²⁶

²⁵ Idem. op. cit., p. 79. "Polícia Judiciária atua após a prática do crime, na colheita de elementos que busquem a elucidação do ilícito e sua autoria, com função de auxiliar a justiça na consecução dos fins do processo".

²⁶ BOZOLO, Joel de Luna. **A conservação do Inquérito Policial**. Disponível na Internet: <http://www.direitocriminal.com.br>, 17.08.2001.

3.1.2 Natureza do Inquérito Policial

O inquérito policial é em documento informal escrito, de caráter investigatório, de cunho inquisitivo e, quando necessário, sigiloso. Quando necessário, porque o artigo 20 do Código de Processo Penal estabelece que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.(grifo nosso)

Tratam o inquérito policial como sigiloso, alguns doutrinadores, mas não é o que o texto de lei assim prevê, e muito menos o que as autoridades policiais pregam. Para melhor comprovar nossa explicação, é só ligar uma televisão ou um rádio, que serão vistos ou ouvidos policiais dando entrevistas sobre alguma prisão ou apreensão executada pela polícia, e, depois de divulgar a infração e apresentar o possível autor a milhares ou milhões de pessoas, dão ao inquérito um caráter sigiloso!

Além desse sigilo mitigado, os advogados por expressa disposição legal (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, “Estatuto da Advocacia”), tem a garantia de acesso às peças inquisitoriais, podendo ter vistas, copiar, tomar apontamentos, mesmo sem procuração. O que nos permite discordar do grandioso mestre TOURINHO FILHO quando diz que, “os Advogados dos indiciados quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial. Este é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria”.²⁷

Para o Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, não existem sistemas puros, vigorando sempre sistemas mistos, “dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionada como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro”. Explica ainda que o chamado “sistema misto” é a conjugação dos outros dois (inquisitório e acusatório), mas que não possui um princípio unificador próprio, sendo “essencialmente inquisitório (como o

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. v 1. 2001. p. 181.

nosso), com algo do sistema acusatório, ou essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos do sistema inquisitório”.²⁸

Como sabemos o inquérito policial não é processo, e sim um procedimento, em que não são questionadas as nulidades, mas deve buscar a verdade real, sendo um instrumento de persecução penal preliminar, para melhor atender aos interesses da justiça criminal, como o Ministro Francisco Campos assim coloca na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Para Jesus SACCONI²⁹, renomado autor Colombiano, ao tratar a ação penal como garantia da legalidade e busca da verdade:

Creemos, em efecto, que la acción penal no es cosa distinta de um derecho del Estado como tal, para adelantar um processo penal com el fin de averiguar ante todo si em realidad há tenido ocurrencia um hecho determinado que se considera como infracción de la ley penal; cuáles son, caso de llegarse al conocimiento de que tuvo existência real el hecho, las modalidades del mismo y las circunstancias em que se realizó, con el objeto de decidir si es en realidad constitutivo de infracción de la ley penal; quién o quiénes fueron su autor o autores, etc., si ese hecho, atendidas esas modalidades, configura infracción penal; qué responsabilidad corresponde a cada uno de ellos; qué pena y en qué medida debe imponérseles; hacer cumplir esa pena, y, de acuerdo con nuestra actual legislación penal, también para conocer la personalidad del autor, cómplice, etc, con el fin de imponer la sanción de conformidad con esa personalidad.

Inquisitivo, não é sinônimo de abusivo, autoritário, e sim de liberalidade e autonomia no processo investigatório do inquérito policial, para a busca da autoria e da materialidade, com o fim de levar à justiça informações as mais fidedignas possíveis para a formação da verdade real.

Encontramos no inquérito uma previsão legal de formalidade onde as colheitas de provas orais deverão ser reduzidas a escrito, e que quase em sua totalidade não é obedecida, pois quem as rubrica são os escrivães e

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**, direito alternativo. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994.

²⁹ SACCONI, Jesus Medardo Rivas. **Procedimento Penal Colombiano** Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia Sección de Extensión Cultural, 1956. p. 7

não as autoridades policiais . Em respeito à norma legal transcrita no artigo 9º do Código de Processo Penal, *in verbis*: “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas. E, neste caso, rubricadas pela autoridade policial”.

O inquérito policial deve ser organizado sim, mas jamais autoritário, jamais e instrumento de acusação, ou de coações injustas, ou até mesmo objeto de corrupção. Nessa organização, sempre devem caber as provas e a defesa, não como forma de isenção ou de obstrução na elucidação do crime ou de sua autoria, mas de justiça.

Interessante e conveniente à manifestação de René Ariel DOTTI³⁰, a respeito do processo penal, quando escreveu numa de suas obras, o seguinte pronunciamento:

Fruto de um período autoritário de Governo e de um Regime Político opressivo, o nosso código traduz concepções vigorantes em outra época e em outro modelo de sociedade, as quais viriam a se confrontar com os estilos de condutas política e social do pós-guerra e se chocar nos anos 60 com os novos componentes de uma sociedade em transformação abrangente dos processos operados pela revolução industrial.

A organização do inquérito deve ser feita meticulosamente, e, se possível, com a necessária calma e cautela, não quero dizer morosidade, pelo menos no seu início, para não acarretar confusões ou decisões injustas, corroborando com Pedro NEVES “qualquer precipitação por parte da autoridade ou de seus auxiliares directos, póde redundar em prejuízo à acção da Policia, e, conseqüentemente, à da Justiça; d’ahi, porque não será difficil, á autoridade, ou a seus auxiliares, tomar uma ligeira nota, preliminarmente, assignalando o local do delicto, os nomes do delinqüente e da victima, nomes de testemunhas, instrumentos que encontrar, o que, afinal, é taréfa para poucos instantes”.³¹

³⁰ DOTTI, Rene Ariel. **Código de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987., p. VIII.

³¹ NEVES, Pedro. **Modelos de Inquéritos Policiaes** São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937. p. 16

3.1.3 As Atribuições no Inquérito Policial

Inicia-se o inquérito policial com a *notitia criminis*, de ofício, mediante requisição ou requerimento, e ainda por intermédio de representação, com o objetivo de apurar a infração penal e respectiva autoria, cuja responsabilidade e competência é da polícia judiciária de sua respectiva circunscrição.

A investigação no inquérito policial, com a finalidade de esclarecer a autoria e a materialidade, é de competência da polícia judiciária, em conformidade com o artigo 4º do Código de Processo Penal, o qual transcreve o seguinte, *in verbis*:

A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições³² e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único: A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

O diploma processual penal, ao se referir à autoridade policial, refere-se a quem preside o inquérito policial, ou seja, o Delegado de Polícia, e não o Escrivão de Polícia, Agentes, Investigadores ou Peritos, conforme os ensinamentos de Hélio TORNAGHI³³:

Nem todo funcionário de polícia é autoridade, mas somente aquele que está investido do poder de mando, que exerce coerção sobre pessoas e coisas que dispõe do poder de polícia, isto é, que pode discricionariamente restringir certos bens jurídicos alheios (p. ex.: ordenar prisões, buscas, apreensões, arbitrar fianças, intimar testemunhas, mandar identificar indiciados etc., tudo nos casos previstos em lei). Há funcionários que são sempre autoridades, isto é, cuja função precípua é a de exercer o poder de polícia (p. ex.: os delegados). Pouco importa que existem também funções burocráticas, pois estas não lhe são essenciais, não são co-naturais à sua destinação.

³² Nesse sentido, a redação original do CPP em seu artigo 4º fazia referência a jurisdições. Diante de críticas ao texto, pela incorreção da terminologia, houve a sua correção pela Lei nº 9.043, de 09 de maio de 1995, a qual alterou a terminologia jurisdição para circunscrição.

³³ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Konfino, 1967. v 1, p.166.

As atribuições no inquérito policial referente ao procedimento realizado pelas autoridades policiais, devem ter em conta dois fatores importantes, primeiro o lugar onde ocorreram os fatos, ou seja, a delimitação pela circunscrição territorial, e segundo pela matéria pertinente ao fato, em razão da natureza do ilícito penal para determinar se o inquérito é de atribuição de uma autoridade especializada (homicídios, tóxicos, administração pública, etc.).

Não podemos deixar de mencionar que além dos inquéritos policiais de atribuição da Polícia Judiciária estadual ou federal, existe o inquérito policial militar de competência das forças armadas e das polícias militares, que veremos a seguir.

3.2 INQUÉRITO POLICIAL FEDERAL

Ao tratarmos do Inquérito Policial Federal, colocamos como aspecto integrante da polícia judiciária, e de forma genérica, como se encontra no estatuto processual penal, com a intenção de demonstrar que a peça informativa tem um escopo semelhante tanto na Polícia Estadual quando na Federal, diferindo em alguns aspectos como os prazos para a sua conclusão. É o mesmo inquérito policial, mas com prazos diferentes.

Tem-se por admitir que a ausência do contraditório e a ampla defesa nos inquéritos policiais são regra, porém temos no inquérito de competência da Polícia Federal, instaurado a pedido do Ministro da Justiça, visando a expulsão de estrangeiro (Lei 6.815³⁴, de 19 de agosto de 1980), a admissibilidade do contraditório e da ampla defesa.

³⁴ Publicada no *Diário Oficial da União*, 21 de agosto de 1980, republicada em 22 de agosto de 1980. Texto com as alterações determinadas pela Lei nº 6.964, de 9 de dezembro de 1981, conforme republicação de 10 de dezembro de 1981. Regulamentada pelo decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981. O Decreto nº 840, de 20 de junho de 1993, dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional de Imigração. A Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. A Lei nº 9.675, de 29 de junho de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 2.771, de 8 de setembro de 1998, amplia, para o estrangeiro em situação ilegal no território nacional, o prazo para requerer registros provisórios.

3.2.1 Atribuições

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, parágrafo primeiro, fixa como destinação da Polícia Federal, o exercício exclusivo das funções de Polícia Judiciária da União, constituindo desta feita, um limitador das atividades de Polícia Judiciária da União em relação as Polícias Judiciárias dos Estados, determinando assim que as Polícias Cíveis, teriam a incumbência das funções de Polícia Judiciária dos Estados e de acordo com o mesmo artigo 144, ressalvada a competência da União. Pretendeu então o legislador, delimitar as áreas de atuação da Polícia Federal e das Polícias Cíveis dos Estados.

Com fulcro na Carta Magna de 1988, podemos afirmar que compete a Polícia Federal:

- *apurar as infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras funções cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;*
- *prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo das ações fazendárias e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competências;*
- *exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;*
- *exercer com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

Diante de tais atribuições, para podermos definir qual a Polícia que deve apurar mediante inquérito policial, determinado delito ocorrido, deverá ser verificado, inicialmente, se tal crime é da competência taxativa

da Justiça Federal. Não estando, devemos concluir que a competência será da Polícia Estadual.

3.2.2 Prazos para a Conclusão do Inquérito

Quando se tratar de infrações de competência da Polícia Federal, os prazos estarão previstos na Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, a qual prevê que o prazo para a conclusão do inquérito policial será de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias. Porém caso o indiciado esteja solto, no silêncio da referida lei, aplica-se subsidiária o artigo 10 do Código de Processo Penal, o qual concede o prazo de trinta dias para a sua conclusão, cabível a prorrogação.

3.3 INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

3.3.1 Natureza

Haja vista, ter o inquérito policial o objetivo de apurar a autoria e a materialidade de um ilícito, seja crime ou contravenção, para possibilitar o oferecimento da ação penal (pública ou privada), o inquérito policial militar é de competência da Polícia Judiciária Militar, nos âmbitos Federal (Forças Armadas), e Estadual (Polícias e Bombeiros Militares), com a finalidade de apurar as infrações penais militares.

O Inquérito Policial Militar, possui a mesma função de peça informativa, para a propositura da competente ação penal militar, perante a autoridade judiciária militar competente, traduzido assim no Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 9º, *caput*, *in verbis*: “O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução

provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.”

É um procedimento persecutório de caráter administrativo, pautado pela legalidade, onde por meio dele se buscam elementos para o oferecimento da denúncia. Sendo um instrumento de investigação policial, deve colher vestígios, buscar provas e tentar indicar o autor, ou autores da infração penal militar.

Uma particularidade do inquérito policial militar, é que o seu encarregado não pode ser militar de qualquer posto, pois o militarismo preza pela disciplina e hierarquia. Seu encarregado deverá ser de posto igual ou superior ao do indiciado.

O inquérito policial militar se subordina a um regime jurídico especial, em decorrência da apuração de crimes militares praticados por funcionários públicos militares, decorre não de uma justiça de exceção, mas de uma justiça especial, como a justiça eleitoral, trabalhista, etc..

Assim sendo, como integrante da Polícia Judiciária Militar, a autoridade militar tem plena legitimidade para determinar a abertura do inquérito sempre que houver indícios da prática do crime militar.

3.3.2 Crimes Militares

São crimes militares os tipificados no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, o qual instituiu o Código Penal Militar, que vem a tratar dos crimes militares em tempo de paz ou em tempo de guerra.

Julgados pela justiça castrense, e criticados por muitos, numa afirmação errônea de que a Justiça Militar é advinda do regime autoritário. “Aonde, pois, a criação da ditadura ? Ao contrário, foi sob o regime de 1964 que a Justiça Militar teve a sua competência mais restringida, em evidente tentativa dos governantes de então parecerem simpáticos à população”.³⁵

³⁵ ABREU, Alexandre Arone de. **A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito**, in Ensaio Jurídico “O Direito em Revista”. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996. p. 272-273.

A perseguição policial-judiciária realizada pelos que fizeram o movimento militar de 1964, pode ser dividida, em três períodos. O primeiro vai de 1964, com a edição do Ato Institucional que depois recebeu o nº 1, até 13 de dezembro de 1968, quando foi promulgado o Ato Institucional nº 5. O segundo período abrange o período de vigência deste Ato Institucional e vai até 1º de janeiro de 1979, data em que foi ele revogado. O terceiro período é o que estamos vivendo neste momento, depois que o Ato Institucional nº 5 foi revogado, subsistindo, no entanto, o velho instrumental jurídico de perseguição, particularmente a lei de segurança nacional.³⁶

Imparciais, devemos ver a justiça castrense de forma especializada, e não como um privilégio, muito pelo contrário, acreditamos que tal justiça é ainda muito mais rigorosa, como por exemplo no crime de peculato: no Código Penal (pena: 02 a 12 anos de reclusão), no Código Penal Militar (pena: 03 a 15 anos de reclusão); na embriaguez em serviço: no Código Penal (fato atípico), no Código Penal Militar (06 meses a 02 anos de detenção).

Já na ação penal, os bens jurídicos militares, visam exclusivamente os interesses do estado e das instituições militares, demonstram mais um rigor do que benefício, onde, se um civil injuriar alguém, só contra ele correrá algum processo se o injuriado assim o desejar, haja vista a alçada privada de tal crime, mas se o autor do crime for militar o prejuízo será certo, pois para o militar a ação penal será sempre do estado.

Ainda para os crimes militares não existe a previsão da pena de multa, e com relação ao tema Jorge César de ASSIS³⁷, assim explica:

Cabe salientar que a pena de multa não está prevista atualmente para os crimes militares. Já por ocasião dos estudos da Comissão elaboradora do CPM de 1944, a pena de multa foi julgada inadequada aos crimes militares, contra o voto do eminente Desembargador Sílvio Martins Teixeira, que a acolhia,

³⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio **Advocacia da Liberdade** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p.1

³⁷ ASSIS, Jorge César de. **Comentário ao Código Penal Militar** – Parte Geral 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 14.

por entender que a mesma já estava prevista em várias leis militares”.

No próprio militarismo, se possui maior facilidade para punir os infratores das normas, pois, além dos crimes militares, podem ser punidas as faltas disciplinares. Neste último, casos já se têm admitido para todos os tipos de punições disciplinares, antes de sua aplicação, a possibilidade do militar apresentar uma defesa prévia, denominada razões de defesa.

Como o Código de Processo Penal Militar silencia a respeito da defesa, e em seu artigo 9º diz que sua finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal, entendemos que não sendo procrastinatória e dentro do prazo legal, a defesa deve produzir toda prova que leve à sua inocência, facilitando a propositura ou não da ação penal.

De todo o exposto, infere-se que o critério, diferencial entre delito militar e transgressão disciplinar consiste no seguinte: o ordenamento repressivo penal militar compreende a ordem repressiva penal propriamente dita, através de uma sanção penal cominada ao delito; e o ordenamento disciplinar compreende uma sanção disciplinar cominada a uma transgressão disciplinar. O critério diferencial formal, portanto, estabelecido entre crime e falta disciplinar está na sanção cominada; para o crime militar, pena (morte, reclusão, detenção etc.), e para transgressão disciplinar, sanção disciplinar (repreensão, detenção, até 30 dias, prisão até 30 dias etc.). E mais: enquanto os crimes militares são julgados pelos Conselhos de Justiça e Tribunais Militares, as transgressões disciplinares são apreciadas e reprimidas pelos comandantes das unidades a que pertencer o transgressor³⁸, haja vista o dano causado pela transgressão disciplinar ser menor do que o do crime.

3.3.3 Conseqüências do Recebimento da Denúncia em Crimes Militares

³⁸ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1993. p.28

O inquérito policial militar, é uma peça informativa que serve para a propositura da ação penal, a qual será promovida pelo Ministério Público através da denúncia. O recebimento da denúncia pelo Juiz Auditor, traz um gravame ao acusado militar, dizendo que o mesmo estará "*sub judice*", pesando sobre ele não só uma instrução criminal, como também conseqüências administrativas, das quais umas das mais importantes é a de não poder ser promovido na carreira.

Nesse sentido o Código de Processo Penal Militar³⁹, em seu artigo 396, assim estabelece "*in verbis*": "*O processo ordinário inicia-se com o recebimento da denúncia*".

E nessa condição permanecerá até que o processo seja julgado, e a sentença venha a transitar em julgado, conforme o término dos prazos possíveis para a interposição de recurso.

Com o advento da Lei nº 9.299, de 07 de agosto de 1996, os crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, serão de competência da justiça comum, ou seja, de competência do Tribunal do Júri, e neste caso a condição de "*sub judice*" deve ser considerada a partir da sentença de pronúncia, porque somente após o juiz competente haver pronunciado o réu é que se pode dizer que o mesmo esteja sujeito a julgamento, e não a partir da denúncia.

No inquérito policial militar, o exercício da defesa na formação da prova, do convencimento, e da busca da verdade real, deve ser exercido em todos os seus momentos pois a sua falta poderá acarretar prejuízos irreparáveis ao militar indiciado, que além de responder a um processo penal militar, terá contra si conseqüências administrativas, como visto anteriormente.

3.3.4 Habeas Corpus em Infrações Militares

³⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto-lei nº 1.002 de 21/10/1969, Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.94.

Vislumbra-se diante da Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, no seu artigo 5º, inciso LXVIII, a previsão de tal remédio constitucional, *in verbis*: “Conceder-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.”

Verifica-se que, se um ato administrativo preenche seus requisitos de validade e de legalidade, não será amparado pelo *habeas corpus*; caso contrário sim, mesmo em punições disciplinares, quando vierem a ensejar ilegalidade na sua aplicação, como por exemplo, aplicação por uma autoridade incompetente, e desta feita corrobora Antonio Pereira DUARTE⁴⁰:

De qualquer modo, na hipótese de haver a imposição de sanção disciplinar militar, em ato administrativo punitivo eivado de vício de legalidade ou editado com abuso de poder, caso não se admita o *habeas corpus* por interpretação puramente literal do disposto no inciso II do artigo 142, entendemos que cabível será a impetração de outro remédio jurídico, como, por exemplo, o mandado de segurança, nos termos do inciso LXIX do mesmo artigo 5º, já que, nesta situação, poder-se-ia concluir que o direito à liberdade de locomoção não estaria protegido pelo *habeas corpus*, não inviabilizando o uso do mandado de segurança.

Mais adiante, a Constituição Federal trata de reservar um capítulo relativo às Forças Armadas, e, em seu artigo 142, parágrafo segundo, onde veda a utilização do remédio do *habeas corpus*, relativo à aplicação de punições disciplinares militares⁴¹, assim referindo-se, *in verbis*: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

⁴⁰ DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 54.

⁴¹ “Sobre o assunto, o ilustre colega Eulálio Pereira Filho, em excelente monografia abordando os ‘Aspectos de Processo Penal Militar’ ante a nova Constituição de 1988, expendeu o seguinte raciocínio por nós também adotado, à guisa de interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam do *habeas corpus* (inciso LXVIII do art. 5º e § 2º do art. 142), *apertis verbis*: “Se a própria Constituição garante a qualquer pessoa o recurso ao judiciário, sempre que se sentir ameaçado ou lesado nos seus direitos, não estabelecerá ela outra norma, fora dos direitos e garantias fundamentais, que viesse a confrontar seus próprios princípios. Entendemos que as duas normas devem ser interpretadas considerando-se que, só fica fora da apreciação do judiciário o mérito administrativo, no que se refere ao poder administrativo-disciplinar, em termos

3.3.5 Prazos para a Conclusão do Inquérito

Dentre os inquéritos policiais, instaurados para a apuração de crimes com rito comum, o inquérito policial militar é o que possui maior prazo para a sua conclusão, senão vejamos: a) Inquérito Policial Comum: 10 dias para o indiciado preso, e 30 dias para o indiciado solto (art. 10 do C.P.P.); b) Inquérito Policial Federal: 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias se o indiciado estiver preso, (art. 66 da Lei 5.010, de 30-05-1966), e 30 dias de estiver solto (art. 10 do C.P.P.); e c) Inquérito Policial Militar: 20 dias para o indiciado preso e 40 dias para o indiciado solto, podendo ser prorrogado por mais 20 dias se o indiciado estiver solto (art. 20 § 1º do C.P.P.M.).

de conveniência e oportunidade, critério exclusivo da Administração Pública”(grifos no original). Mais adiante, assevera o mesmo autor que sob o aspecto formal haveria a possibilidade do controle pela via do *habeas corpus*, visto que em tal circunstância as punições disciplinares militares não passariam de meros atos administrativos oriundos do poder disciplinar, de modo que nos casos em que tais atos administrativos punitivos forem editados com vícios quanto aos elementos de sua formação, vale dizer, quanto à competência da autoridade para infligir a punição; quanto à finalidade de interesse público norteadas pelo acatamento às regras disciplinares e hierárquicas; e, por derradeiro, quanto à forma prescrita em lei, com respeito ao *due processes of law*, propiciando contraditório e ampla defesa ao acusado de infringência transgressional, defluisse que, inafastável se torna o emprego do *habeas corpus*, em que pese à regra constitucional contida no § 2º do art. 142, que, diga-se de passagem, deve ser interpretada de forma sistemática, com a conjugação dos demais princípios constitucionais.” (apud Antônio Pereira Duarte, **Direito Administrativo Militar**, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53.)

4 FUNÇÃO PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL

4.1 A PROVA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO MEIO DE DEFESA

Não podemos negar que a prova pode e muito, auxiliar o indiciado no inquérito policial, na busca de sua inocência, evitando inúmeros prejuízos futuros, de ordem temporal, financeira, psicológica, etc.

Sabemos que a prova é um ônus e não uma obrigação, mas pode, e leva as partes a obterem suas pretensões sempre direcionadas ao juiz, que por elas deverá formar a sua convicção, decidindo no caso concreto.

Ainda com relação ao ônus da prova, Adalberto José Q. T. de CAMARGO ARANHA⁴², assim leciona:

As partes provam em seu próprio benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção. É uma atividade própria em proveito próprio, uma condição para a vitória, um meio para obter a pretensão posta em juízo, jamais um dever jurídico. Quem deseja ganhar a demanda deve provar, como quem deseja melhorar deve trabalhar. Daí porque o ônus, jamais obrigação.

Na investigação, para Luiz Carlos ROCHA, “a prova é a demonstração da verdade de um fato relacionado a um evento delituoso, e o seu objeto é o sinal, documento, testemunho, instrumento, peça, acontecimento ou circunstância que servem para demonstrar alguma coisa”.⁴³

Sendo a prova o meio pelo qual, o espírito humano do julgador se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais

⁴² CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T.de. **Da Prova no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8.

⁴³ ROCHA, Luiz Carlos **Investigação Policial Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p.64.

plena e mais seguramente se ela induzir no espírito: a crença de estarmos de posse da verdade.

Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação, ou seja, como ela foi produzida e os efeitos que produzirá.

Conseqüentemente, para bem estudar a natureza da prova no inquérito policial, é necessário principiar por conhecer quais efeitos ela pode produzir na consciência das partes envolvidas e nos responsáveis pelo inquérito, e, para este conhecimento, deve-se saber, antes de tudo, quais os estados em que podem encontrar-se o produtor e julgador da prova, relativamente ao conhecimento da verdade e busca pela verdade. Conhecendo, portanto, qual destes estados de conhecimento se induziu na consciência pela ação da prova, ter-se-á determinado o valor intrínseco dela e conseqüentemente uma base fidedigna para a propositura da ação penal.

O convencimento e a produção das provas devem ser raciocinados e primar pela imparcialidade, de tal forma que possibilite a produção de prova não só pela atividade policial, como para quem pretende provar a sua inocência, impedindo o processo, ou determinando de que natureza deve ser as razões que legitimam o convencimento que muitas vezes, as preocupações e prevenções subjetivas da pessoa dão um tal peso a motivos fúteis, que os fazem considerar-se como razões suficientes. Ora, é importante que antes da noção do convencimento judicial, possa convencer o representante do Ministério Público, cujas razões de agir devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa razoável.

Para Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “o novo juiz, ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma ‘chance’ (questionando pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir

daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel”⁴⁴.

Quando se busca por intermédio de uma prova o convencimento de quem irá decidí-la, no caso a autoridade judiciária, com mais propriedade ainda toda prova, e o interrogatório no inquérito também é um meio de prova⁴⁵, deve possibilitar a defesa do indiciado para que não tenhamos uma prova eivada de vício ou construída de forma arbitrária.

O convencimento não deve ser, em outros termos, fundado em apreciações subjetivas do ministério público; deve ser tal que os fatos e provas submetidos a seu juízo, se o fossem, a qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele.

Este requisito, ao tratar da busca das provas para a formação do convencimento Nicola Framarino MALATESTA⁴⁶ chama de sociabilidade do convencimento.

Para um processo seguro e legal, e conseqüente sucesso da ação penal, no inquérito policial deve-se colher as provas materiais, onde o provar deve trilhar para um estado de certeza, podendo sempre servir de afirmativa ou negativa da existência de algum fato. Essa é prova que produzida no inquérito vai servir como base e sustentação para a ação penal e que deve conter a justa causa para a sua instauração ou rejeição.

⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49.

⁴⁵ Nesse sentido: o STF – “Os problemas atinentes à inadmissibilidade processual e as conseqüências da admissão indevida, no processo, das provas ilícitas – da barbárie primitiva da tortura física a sofisticação tecnológica da interceptação telefônica, ainda geram controvérsias doutrinárias e vacilações jurisprudenciais nos ordenamentos de maior tradição cultural. No Brasil porém – sobretudo, à partir da Constituição -, o direito positivo deu resposta explícita às questões fundamentais do tema, antes que elas se tornassem objeto de sedimentação doutrinária e da preocupação freqüentes dos tribunais. Não é que, nessas bandas a persecução penal, algum dia, tivesse sido imune à utilização de provas ilícitas. Pelo contrário. A tortura, desde tempos imemoriais, continua sendo a prática rotineira da investigação policial da criminalidade das classes marginalizadas, mas a evidência da sua realidade geralmente só choca as elites, quando, nos tempos da ditadura de certo modo se democratiza e violenta os inimigos do regime, sem discriminação da classe”. (trecho do voto do Min. – rel. Sepúlveda Pertence, HC 69.912-0/RS – informativo STF nº 36).

⁴⁶ MALATESTA, Nicola Framarino **A Lógica das Provas em Matéria Criminal** Editora e Distribuidora Bookseller, 1996. v.1 p.51.

4.2 A BUSCA DA VERDADE REAL

O inquérito policial deve sempre caminhar para a busca da verdade real, tido como um princípio, o qual verte para o escopo de estabelecer que o *jus puniendi* do Estado, recaia e atue de forma efetiva somente contra o autor da infração, e nos exatos limites de sua culpa.

Ao tratar da verdade real, Francisco de Assis do Rego Monteiro da ROCHA, assim pronuncia: “Não pode haver punição, sem que o órgão da acusação demonstre a existência do fato criminoso e respectiva autoria. E tudo isso é objeto, é fim do processo penal. Mesmo contra a vontade das partes, é dever do juiz buscar a verdade real, aquela que brota das informações, todas encontradas no bojo dos autos”.⁴⁷

Para Plauto Faraco de AZEVEDO⁴⁸, ao se pronunciar a cerca das decisões dos juízes, numa aplicação do direito no contexto social, assim se expressou:

Do povo e de suas expectativas relativamente ao poder judiciário pouco falam os livros jurídicos. Pode-se dizer, no entanto, sucintamente, que espera que seus juízes lhe façam justiça. Não compreendendo as teorias e sutilezas jurídicas, o povo precisa crer em seus juízes. A quebra dessa indispensável relação fiduciária reflete-se seriamente na estabilidade da ordem judiciária. A descrença no poder judiciário, ou a inquietante convicção de que de nada lhe sirva nele fiar-se, conduz à intolerável aceitação da justiça, sempre latente de rancores, ou à perturbadora e regressiva crença de que se há de buscar a justiça pela via privada.

Tanto basta para que se perceba a relevância da função judicial, da aplicação do direito e do processo hermenêutico. Para que este trabalho se possa cumprir satisfatoriamente é necessário explicitar e refletir sobre todos os seus aspectos, particularmente sobre aqueles de que

⁴⁷ ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 26.

⁴⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998. p. 94-95.

habitualmente não se cogita, dentre os quais sobrepõe a concepção do direito que o condiciona e orienta.

Para Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO "o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil".⁴⁹

Se, neste labor, o juiz desponta como figura central, a ação de outros atores é decisiva ao seu desfecho. Deve-se destacar, a este respeito, os advogados e o órgão do Ministério Público que impulsionam o processo e subministram as provas e demais dados necessários à decisão judicial. A decisão do juiz encontra-se, em boa medida, condicionada pelos argumentos por eles enunciados, a propósito dos fatos que constituem o objeto do litígio e das normas que pretendem lhe devam ser aplicadas, sobre cujo sentido e abrangência ponderam, elaborando o discurso em cujo termo há de surgir a verdade processual. Toda a argumentação que desenvolvem acha-se, à sua vez, informada por determinada concepção do direito, que, embora raramente seja explícita condiciona o modo por que se estrutura o raciocínio e se constrói o discurso. Nestas condições, se cabe ao juiz realizar a justiça ao decidir, pode-se afirmar que seu trabalho será singularmente facilitado ou complicado pela atuação dos advogados e do órgão do Ministério Público.

Para chegar à busca da verdade, verdade essa calcada nas provas, as quais dão um direcionamento à convicção do julgador, a defesa pode e deve sempre levar aos autos sua colaboração na efetiva busca da verdade, e para a atuação da defesa na produção das provas assim se manifestou o sempre lembrado RUI BARBOSA⁵⁰, referindo que nem o pior dos acusados deve ficar sem o exercício da sua defesa:

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. Direito Alternativo**. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. Rio de Janeiro: ADV, p.33-45, 1994.

⁵⁰ BARBOSA, Rui. **O Dever do Advogado**. Carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, AIDE. Ed., 1985, p. 48-49.

Recusar ante a objeção de que o acusado é indigno de defesa, era o que não poderia fazer o meu douto colega, sem ignorar as leis do seu ofício, ou traí-las. Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto indigna de defesa. Ainda que o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova: e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta não só apura-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor, da liquidação da verdade, cujo interesse em todas se deve acatar rigorosamente.

Diante disto concluimos que no inquérito policial, mesmo não exigindo formalidades, não está excluída a verdade formal, a qual pode se efetivar até mesmo por omissões das partes. É demonstrada a prevalência pela influente busca da verdade real, mas nem o representante do Ministério Público, nem o juiz, poderiam por provas fora do inquérito policial.

5 A DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

5.1 A BUSCA PELA JUSTIÇA

Ao tratar do significado etimológico da palavra justiça, nos socorremos a Júlio César Tadeu BARBOSA, que assim se manifesta: “A palavra justiça, não só suscita controvérsias em relação ao seu significado, mas também à sua própria etimologia. Para uns as palavras *jus*, *justitia* e *justum*, seriam derivadas do radical *ju* (yu), do idioma sânscrito, uma antiga língua clássica da Índia. *Ju* (yu), em sânscrito, significa unir, atar, dando origem em latim a *jungere* (jungir) e *jungum* (jugo, submissão, opressão, autoridade)”.⁵¹

A justiça sempre esteve impregnada nos ideais de vida, desde os mais remotos dias até os atuais, como traduzido no próprio sermão da montanha, citado no Novo Testamento no Livro de São MATEUS: “Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos”.

Para Alf ROSS⁵², professor de Direito da Universidade de Copenhague, justiça traduz o seguinte posicionamento:

Como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a idéia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado de justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas. A justiça é igualdade. Este pensamento foi formulado no século IV A.C. pelos pitagóricos, que simbolizaram a justiça com o número quadrado, no qual o igual está unido ao igual.

Todos os direitos da humanidade foram conquistados de certo modo por algum tipo de luta, todos as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas opunham, e todo o

⁵¹ BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é Justiça**. São Paulo: Abril Cultural. Brasiliense, 1984. p.33.

⁵² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 312-313.

direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva, a qual deve ser exercida como forma de garantia.

Porque, ao passo que o direito reclama para se manter uma viril resistência pela justiça, ele prega uma covarde fuga diante desta última. Opondo-lhe, pois, a tese seguinte, apresentada por IHERING⁵³:

É um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, à lesão ao direito que, em consequência da maneira por que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal. É um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize.

Quando tratamos desse movimento emergente de acesso à Justiça, o qual procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação cega, abordamos aqueles movimentos que se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária.

Tais questionamentos iniciais receberam impulso através da afluência econômica recente e outras reformas que, de certa forma, alteraram o equilíbrio formal de poder entre indivíduos, consequentemente dificultando o acesso e o exercício da sua defesa. De um lado, litigantes mais ou menos organizados, ou mais ou menos afortunados, de outro, litigantes como as empresas ou o governo, com claro potencial maior para o exercício das suas defesas.

Como observa Mauro CAPPELLETTI, “o sistema tem capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto para a redistribuição de vantagens”.⁵⁴

⁵³ IHERING, Rudolf Von **A Luta Pelo Direito** Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 17

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 68

5.2 ATUAÇÕES DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL

Quando falamos da atuação do advogado no inquérito policial, tal agir não é causa de procrastinação do inquérito policial, até porque ele mesmo possui um prazo para a sua conclusão. Essa atuação da defesa é forma de preservação das garantias constitucionais e forma da preparação da ação penal, facilitando e garantindo uma prestação jurisdicional mais eficaz.

A atuação da defesa no inquérito policial, consiste na utilização de mecanismos colocados à disposição do investigado, para evitar as investidas autoritárias da persecução estatal, que infelizmente acontece aqui no Brasil.

Nessa linha se manifesta Fauzi Hassan CHOUKE, onde, “esse feixe de mecanismos está enquadrado dentro da moderna visão do processo penal de partes, cuja proximidade (senão verdadeira assimilação) com a matriz acusatória tem como uma de suas características fundamentais a condição do suspeito enquanto sujeito de direitos e não objeto da persecução”.⁵⁵

Permito-me discordar do posicionamento de Ismar Estulano GARCIA, que de forma superficial repudia a defesa no inquérito policial, assim se manifestando: “Defesa propriamente dita não será possível na fase policial. Inexistindo acusação no inquérito, também não haverá defesa. Embora sujeito ao arbítrio da autoridade policial, pode o indiciado requerer diligências”.⁵⁶

Advogados existem que não aceitam o trabalho junto às repartições policiais, não suportam o ambiente das delegacias e não gostam de tratar com funcionários nem sempre bem-humorados, somente aceitando a defesa de clientes quando os inquéritos, já terminados, estejam no fórum criminal, onde o ambiente é completamente diferente: mas se o advogado

⁵⁵ CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 85.

⁵⁶ GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento Policial Inquérito**. 7. ed. Goiânia: AB Editora, 1998. p. 458.

não toma conhecimento do andamento do inquérito, quando poderá requerer valiosas diligências, dificultará o seu trabalho posteriormente.

De fato, é espinhosa a missão do advogado nas repartições policiais, todavia, bem leciona neste aspecto Vitorino Prata Castelo BRANCO: “se o profissional for distinto, bem educado, diplomata, amigo de todos, sem exigências ou propostas descabidas, agindo sempre dentro da lei e da ordem, terá boa acolhida, não devendo desta feita ser hostilizado por ninguém, encontrando todas as portas abertas, mesmo quando não possa ser atendido em suas pretensões”.⁵⁷

5.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

5.3.1 O Contraditório

O princípio do contraditório, como garantia constitucional não foi textualizado na Constituição Imperial, tampouco nas Constituições de 1891 e 1934, somente aparecendo na Constituição de 1937, em seu artigo 122, inciso 11, *in verbis*: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois da pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade judiciária competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”.

A Constituição de 1946 também recepcionou o tema em seu artigo 141, parágrafo 25, a Constituição de 1967, no artigo 150, parágrafo 15, e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Amparado e consagrado como princípio, o contraditório veio como garantia em nossa Constituição Federal de 1988, que assim prescreveu

⁵⁷ CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. **Como se Faz Uma Defesa Criminal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p. 36.

em seu artigo 5º , inciso LV: *in verbis* “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”.

O contraditório como garantia, traduz a bilateralidade do processo, com a possibilidade de contradizer, de contrariar, possibilitando a atuação das partes, ou seja, acusador e acusado, o acusador podendo com toda sua força provar a sua alegação, e o acusado demonstrando a sua inocência ou rebatendo os excessos de acusações injustas.

Acima de tudo, como um meio de defesa e da busca da justiça, o contraditório é um elemento na produção de provas, apresentando-as ou manifestando-se em contrário. É a oportunidade de expor as suas razões, de se pronunciar no processo, não só como um meio de defesa, mas como um meio de prova, interessando e facilitando a decisão por parte do Estado-Juiz.

Em sua obra “O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária”, José Geraldo da SILVA é pontual com relação ao contraditório dizendo: “Como inexistente acusação na fase do inquérito policial, também não haverá defesa, que é o princípio do contraditório”.⁵⁸

Ao tratar do contraditório, outro autor italiano Alberto CAMON⁵⁹ , refere-se como sendo um instrumento de garantia do processo, assim se manifestando:

Come il principio, anche le eccezioni al canone del contraddittorio previste dal comma 5 dell'art. 111 vanno interpretate con equilibrio. Così, va respinta la tesi di chi ipotizza che il riferimento al “consenso dell'imputato” renda dubbia la legittimità del procedimento per decreto: un'acquiescenza successiva è conforme al dettato costituzionale. L' “accertata impossibilità di natura oggettiva “va intesa restrittivamente, con esclusivo riferimento all' morte o ad altri gravi impedimenti sopravvenuti del dichiarante. Invece, è auspicabile s'affermi un'interpretazione larga della “provata condotta illecita”, perché bisogna salvaguardare certi strumenti di garanzia del processo di fronte ad episodi di minaccia o violenza.

⁵⁸ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 99.

⁵⁹ CAMON, Alberto. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2000. p. 1519.

Aspecto que merece ser enfocado é o da aplicação ou não do contraditório ao inquérito policial. Sabe-se que o inquérito policial é um procedimento administrativo, de caráter inquisitivo e sigiloso, que visa à apuração de uma infração penal e de sua autoria. Luis Gustavo Grandinetti CARVALHO⁶⁰, não admite o contraditório, explicando que sua finalidade não se encerra em si mesmo; não é nos autos do inquérito que alguma decisão meritória será proferida:

Simplesmente, ele servirá, apenas, de base para a eventual e futura propositura de ação penal. Por esta razão, o inquérito policial permanece com sua característica de inquisitivo, ou seja, não contraditório. A atuação da defesa no auto de prisão em flagrante, prevista pelo art. 5º, inciso LXIII, da Constituição, se limita a acompanhar a regularidade do auto e da prisão; não de se imiscuir nas investigações.

Não podemos negar que o inquérito policial faz parte da persecução criminal, devendo ser entendido como uma fase processual, ainda que preparatória, daí explicando-se a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

5.3.2 A Ampla Defesa

A nossa Constituição Federal de 1988, declara em seu artigo 5º, inciso X, serem invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, e em seu inciso LV afirma que os litigantes, em processo administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

A preocupação em se estabelecer às garantias para o processo penal, preservando o direito à liberdade, à dignidade, e outros mais fez, instituir a grau de princípio constitucional o princípio da ampla defesa.

⁶⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em Face da Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 88.

Vislumbrado pela Constituição Federal, o princípio da ampla defesa, tem uma afinidade muito forte com sua visão garantista, negando o regime de insegurança, e criando uma legalidade processual.

O direito de defesa é aquele que a lei confere a todos os acusados de se oporem, pelos meios e modos permitidos, à pretensão punitiva contra eles postulada, seja pelo particular ou pelo Ministério Público. Esse direito não deve ser representado apenas pelas alegações escritas ou orais, oferecidas nos prazos próprios, mas, ao contrário, deve consubstanciar-se no transplante, para os autos do processo, de todos os elementos favoráveis ao imputado. Ainda para Wanderley ANDRADE, “quer estejam representados por documentos de qualquer espécie, por testemunhos sobre fatos presenciados ou conhecidos, ou, ainda, quaisquer outros tipos de prova, tais informações, inseridas nos autos, representarão, indiscutivelmente, preciosos elementos para a defesa”.⁶¹

Ottorino VANNINI⁶², ao tratar da defesa, a apresenta como um direito subjetivo, para a aplicação do direito objetivo, assim exprimindo:

Azione e difesa costituiscono normalmente l'è due forze in lotta nel processo penale; la giurisdizione è il campo su cui si conduce e si conchiude la lotta, dirimendo un conflitto di diritti soggettivi con applicazione del diritto obiettivo.- Ciò che rende più adeguata l'attività di difesa, è l'istituto del difensore tecnico. Come osserva il Massari (41), l'istituto del difensore tecnico porta a ulteriore sviluppo la garanzia della contestazione e del contraddittorio ((non potendosi concepire vero contraddittorio senza una contrapposizione di organi omogenei)) (v. art. 185, n. 3 cod. procedura penale). I tre concetti ((azione)), ((difesa)), ((giurisdizione)) richiamano, rispettivamente, le figure dei tre principali soggetti del rapporto processuale; Pubblico Ministero, Imputato (parti in causa) e il Giudice. Il “contraddittorio per la prova” resta però centrale. Il dibattito italiano, a questo proposito, è stato caratterizzato da alcune forzature, come quelle secondo le quali l'art. 111 metterebbe in discussione il sistema delle videoconferenze o gli strumenti volti a proteggere la personalità dei minorenni di fronte alle asprezze del controesame; eppure, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato chiaramente che i

⁶¹ ANDRADE, Wanderley. **A Defesa Criminal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996. p.33.

⁶² VANNINI Ottorino e Giuseppe Cocciardi. **Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano** Giuffrè Manuali, Milano: Mulita Pavcic AG. 1979. p.25-26.

principi del giusto processo devono essere contemperati con altri interessi, come quelli allá vita, all'incolumità, allá riservatezza delle persone chiamate a deporre. Nello stesso art. 111, del resto, s'intravede un simile sforzo di armonizzazione: ad esempio nel comma 2, dove si richiamano da un lato i principi del contraddittorio, della parità delle armi, dell'imparzialità del giudice; dall'altro, l'esigenza di una ragionevole durata del processo: esigenza che va considerata anche ai fini d'un bilanciamento con gli interessi difensivi.

5.3.3 O Contraditório e a Ampla Defesa no Inquérito Policial

Em brilhante posicionamento a respeito do tema, quando defende a possibilidade *in totum* da aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, Rogério Lauria TUCCI⁶³ assim se manifesta:

Com efeito, preconizando o precedente inciso (LIV) que "ninguém será privado da liberdade... sem o devido processo legal", à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contraditoriedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.

É indispensável, igualmente, que o defensor atue na produção da prova, marcando sua presença desde o início do processo, seja arrolando testemunhas, requerendo diligências, reperguntando às testemunhas, enfim procurando, por todos os modos, trabalhar no sentido de, pelo menos, minimizar, as conseqüências de uma atuação injurídica do imputado. "É de anular-se o processo quando o réu ficou indefeso, já que seu defensor, nas oportunidades legais que lhe foram asseguradas, não foi apenas omissor, mas admitiu a procedência da acusação".⁶⁴

⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.205.

⁶⁴ Nesse sentido: Acórdão do STF no FHC nº 54.906. Jurispenal, v. 20, p.156.

A grande falha do inquérito policial é ser ele inquisitivo, não permitindo a defesa do indiciado, a qual será somente aceita no processo criminal, já no fórum, e sendo inquisitivo, ou seja unilateral, chega a conclusões nem sempre justo. Alguns penalistas, dizem, por isso, que o inquérito policial é simplesmente uma peça informativa, sem nenhum valor probante. E há julgados dos tribunais brasileiros que afirmam que não se pode condenar ninguém somente pelas conclusões do inquérito policial, se estas conclusões não forem corroboradas pelas provas posteriores, obtidas no andamento do processo. Nesse sentido, Vitorino Prata CASTELO Branco, explica que, "a confissão do indiciado na polícia, por exemplo, é peça de pouco valor probante porque as autoridades policiais, no afã de apurar rapidamente os fatos, forçam o acusado a assinar declarações nem sempre verdadeiras, e tantas vezes tem isso acontecido que acabou desmoralizando a confissão feita na polícia, ninguém mais lhe dando fé, se não houver, no inquérito policial, outras provas que a sustentem".⁶⁵

O contraditório processual tem, por isso, uma natureza fundamentalmente político-ideológica: significa, em primeiro lugar, que no Estado democrático de direito as decisões judiciais não somente são pronunciadas em nome do povo, mas também resultam de procedimentos abertos à participação dos interessados, em igualdade de condições. Para Antonio Magalhães GOMES FILHO, "representa, ainda, especialmente na justiça penal, uma opção de civilidade, na medida em que implica reconhecer a dignidade do acusado, cuja presença nas atividades de preparação da sentença é tão necessária quanto à do acusador".⁶⁶

Sob nova ótica, a contradição entre as partes cumpre ainda uma significativa função social, qual seja a de legitimar a decisão a ser tomada: é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitação de uma solução ainda incerta e, com isso, imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos.

⁶⁵ CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. op. cit. p. 37.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 136.

Gian Domenico PISAPIA⁶⁷, ao tratar da defesa como garantia, a reporta como sendo um direito inviolável, de garantia constitucional e essencial, aplicáveis a várias formas de procedimento em suas diversas fases, assim se manifestando:

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.” È il principio che ha registrato in modo più evidente la sensibilità della Corte costituzionale e la sua decisa volontà di liberare il nostro codice di procedura penale dalle incrostazioni autoritarie da cui era (ed in parte è ancora) caratterizzato. È utile le tappe salienti di tale processo di liberalizzazione, perché è soprattutto nel processo penale che il diritto di difesa si manifesta in modo più tipico ed essenziale. L’impegno interpretativo della Corte costituzionale si è diretto da un lato ad individuare gli aspetti del diritto di difesa, dall’altro a precisarne l’estensione sia con riferimento alle varie forme del procedimento, sia in relazione alle sue diverse fasi. Pur con le riserve che si diranno, la Corte ha compiuto un lavoro veramente prezioso, fornendo un contributo intelligente, moderno e coraggioso nell’interpretazione e nell’applicazione della Carta Costituzionale.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, a qual tem como ideal atingir todos os povos e todas as nações, buscando a sua aplicação universal e de forma efetiva, ao tratar das pessoas acusadas por fatos delituosos assim se manifesta e, seu artigo 11, parágrafo primeiro, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso é considerada inocente até que sua culpabilidade seja legalmente estabelecida no curso de um processo público onde todas as garantias necessárias à sua defesa lhe sejam asseguradas”.⁶⁸

5.4 A DEFESA NO INQUÉRITO COM O INDICIADO PRESO

⁶⁷ PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. Padova: Cedam, 1982. p.32

⁶⁸ TORRES, Luiz Wanderley. **Os Direitos do Homem**. São Paulo: Ed. Ateniense, 1992. p. 145.

5.4.1 Constituição do Defensor

Ao ser preso⁶⁹ a própria Constituição da República estabelece como garantia, em seu artigo 5º, inciso LXIII, *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Prescreve a nossa Carta Magna, que ao preso é assegurado a assistência de advogado devidamente inscrito na O.A.B (Lei 8.906, de 04 de julho de 1994), o qual com seu trabalho deverá promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica.

Ainda com relação ao advogado, a constituição ao estabelecer como função essencial à justiça, em seu artigo 133, *in verbis*: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Muito embora o exercício da advocacia seja uma atividade privada, onde atuam como profissionais liberais, os quais se relacionaram com seus clientes pelo vínculo contratual do mandato, buscando a defesa dos interesses dos mesmos, e para os que não tiverem condições de contratar, haja não poder dispor de recursos financeiros o estado, por intermédio da defensoria pública, assistirá os necessitados (CF/88 – Artigo 5º, inciso. LXXIV “o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”).

Não devemos confundir Assistência Judiciária e Justiça Gratuita, esta, se deferida pelo juiz, isenta o autor de determinada ação, das despesas processuais. A Justiça Gratuita, instituída pela Constituição de 1934, a qual concebida Assistência Judiciária aos necessitados (art. 113, nº 32), permanecendo até os dias atuais, sendo normatizado na Lei (1.060, de 05/02/1950, a qual estabelece normas para a concessão da Assistência Judiciária aos necessitados).

⁶⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988 – Art. 5º, inciso LXI “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Ao escrever sobre a garantia do devido Processo Legal, comentado a lei 1.060/50, Roberto ROSAS, diz que a referida lei, “estabelece normas para a concessão de Assistência Judiciária aos necessitados. Esse diploma legal considera necessitado, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar lhe as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”⁷⁰.

Independente da possibilidade financeira do indiciado, todos deverão possuir defesa técnica, constituindo ele próprio o seu defensor ou se utilizando da defesa proporcionada pelo estado.

5.4.2 Na Prisão em Flagrante Delito

Antes de falarmos em defesa na prisão em flagrante delito, devemos ter em conta o que venha ser o flagrante, e para isso nos socorremos a José Frederico MARQUES, o qual afirma que o flagrante: “É o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinqüente executa a ação penalmente ilícita”.⁷¹

Não bastasse a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII, assim disciplinar, *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”, verificamos que na prática, quase que a totalidade da lavratura dos autos de prisão em flagrante delito serem confeccionados sem a presença de advogados.

Primeiro, porque com a apresentação do preso para a autoridade policial, a mesma deveria propiciar ao preso, as garantias constitucionais acima mencionadas, mas também não ocorre, pois na maioria da lavratura dos autos de prisão em flagrante, na prática quem dirige é o escrivão

⁷⁰ ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 47.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas, SP: Bookseller Ed. e Distribuidora, 1997, vol IV., p. 75.

encarregado incumbindo a autoridade policial apenas à oposição de suas assinaturas, quando assim o fazem.

Segundo, porque ou o preso ainda não constituiu advogado para defendê-lo, ou o escrivão de plantão demorou a chegar na Delegacia, haja vista a distância de sua residência até o local de trabalho, ou os milicianos que estavam de plantão já saíram de serviço e só retornam posteriormente para a assinatura do auto.

Não podemos deixar de lembrar que, quando falamos da prisão em flagrante delito, estamos mencionando as hipóteses previstas no Código de Processo Penal em seu artigo 302, *in verbis*: “*Considera em flagrante delito quem*”:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ele autor da infração.

Fora dessas hipóteses, onde não há buscas ininterruptas, não há perseguição, embora o texto legal fale em “logo após” e “logo depois”, é em momento subsequente a ocorrência da prática da infração, e não dois dias ou uma semana depois, onde tal medida será eivada de ilegalidade⁷², sendo nulo o flagrante e devendo ser relaxado pela autoridade judiciária competente.

5.4.3 Prazo para a Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante

O auto de prisão em flagrante delito não possui tempo fixado em lei para a sua conclusão, mas por analogia, e em conformidade com o artigo

⁷² Nesse sentido, TACRSP: “Embora as expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’ empregadas na lei processual penal (art. 302 do CPP) admitam certo elastério temporal, e a última também espacial e modal, a não ser interpretado com a demasiada rigidez, é bem de ver que a lavratura de flagrante contra o paciente, dois dias depois de ter praticado crime, não se insere nas hipóteses previstas no Código de Processo Penal” (RJDTACRIM 12/184).

306⁷³ do Código de Processo Penal, o mesmo estipula o prazo de 24 horas depois da prisão para a autoridade entregar a nota de culpa ao preso.

O direito a nota de culpa visa evitar as prisões ilegais, como as prisões para averiguação, já abolidas pela Constituição Federal de 1988, possibilitando a defesa de quem recebe alguma imputação, pois na nota de culpa deve conter a indicação do fato que provocou a prisão com a conseqüente qualificação jurídica.

Com respeito ao tema, bem explica Francisco de Assis do Rêgo Monteiro ROCHA⁷⁴:

Esse prazo tem início a partir da captura ou detenção do acusado. Portanto, esse prazo de 24 horas nada tem a ver com a prisão mesmo do autor do crime. É prazo fixado para a entrega da nota de culpa, apenas. O entendimento popular de que passados 24 horas do cometimento do crime, não se poderá efetuar prisão em flagrante, não é verdadeiro. A prisão, desde que a perseguição do agente do crime, não tenha sofrido interrupção, pode ser realizada a qualquer tempo, e em qualquer lugar, respeitada a inviolabilidade domiciliar.

A nota de culpa aparece como medida para exercer um controle contra o abuso das detenções ilegais. É que a nota de culpa somente pode ser dada pela autoridade que detém o indivíduo legalmente. Logo, se alguém se encontra preso, em desacordo com as disposições da lei, não poderá receber nota de culpa.

5.4.4 Na Prisão Preventiva e Temporária

De extrema delicadeza é o cerceamento, a liberdade física dos indivíduos por ocasião das prisões provisórias: preventiva e temporária. É tida como uma medida extraordinária, subordinada aos parâmetros da

⁷³ Código de Processo Penal. Art. 306. Dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. Parágrafo único. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar.

⁷⁴ ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. op. cit. p. 442.

legalidade, respeitando aos direitos e garantias referentes ao processo penal.

Como espécie de prisão cautelar, a prisão preventiva está disciplinada no Código de Processo Penal nos seus artigos 311 a 318. É uma prisão provisória que não advém de uma sentença condenatória, mas sim em favor dos interesses da justiça e da sociedade.

De natureza cautelar, a prisão preventiva pode ser decretada em casos de extrema gravidade, e em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, pela Autoridade Judiciária, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, *in verbis*: “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

O grande questionamento é, a prisão preventiva fere o princípio da presunção de inocência, introduzindo na Carta Magna de 1988, em artigo 5º, inciso LVIII, *in verbis* : “ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória”.

Referindo sobre o tema, Antônio Alberto MACHADO⁷⁵ assim se manifestou, á respeito da presunção de inocência:

Se presunção de inocência é princípio com dignidade constitucional, as prisões cautelares, como exposto, também encontram-se nesse patamar de hierarquia legislativa, e podem, portanto, conviver perfeitamente dentro do sistema constitucional. De modo que, sob esse ponto de vista, não haveria nenhuma restrição jurídico constitucional à prisões provisórias em face da presunção de inocência.

Entendemos também que as prisões cautelares, obviamente que realizadas dentro da legalidade, não ferem o princípio constitucional do estado de inocência, como dita a Súmula 9, do Superior Tribunal de

⁷⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Preventiva**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1993, p. 42.

Justiça, *in verbis*: “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da prevenção de inocência”.

Também, as prisões cautelares para serem decretadas devem prescindir de finalidade e cumprir seus requisitos, como descreve Fernando CAPEZ⁷⁶:

No entanto a prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção de inocência.

Verifica que a prisão preventiva é de caráter instrumental, como garantia para a realização do processo e seus resultados.

A prisão temporária diferentemente da prisão preventiva, não encontra disposição normativa no Código de Processo Penal, e sim na Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989⁷⁷, que traz como os seguintes requisitos para a sua decretação: a) quando for imprescindível para as investigações policiais; b) quando o indiciando não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; c) quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em crimes hediondos.

Ao tratar da prisão temporária, Paulo Lúcio NOGUEIRA⁷⁸, assim se manifestou:

Se a prisão temporária é verdadeira antecipação da prisão preventiva, conforme defendem alguns, com ela não se confundem, e, portanto, não podemos associar, os requisitos da preventiva, já que naquela prisão mais superficiais e tem ela duração certa, enquanto na preventiva são mais exigentes e

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: 2001. p. 232-233.

⁷⁷ Publicada no Diário Oficial da União, de 22 de dezembro de 1989.

⁷⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 317.

requerem decisão fundamentada, dada a sua excepcionalidade, o que não ocorre com a temporária, que se está tornando comum na prática judiciária e até mesmo perigosa pelos danos que tem causado e que não tem sido devidamente reparado.

Para a defesa, que teve no recurso do inquérito policial contra seu interesse, o decreto da prisão preventiva ou prisão temporária, deverá buscar a revogação ou a cassação de tal ordem judicial.

A cessação da prisão preventiva poderá ocorrer por revogação ou pela cassação. Na diferenciação terminológica, Hélio TORNAGHI explica que, “quanto à revogação, seria ato discricionário do próprio juiz do processo, onde a prisão cautelar fora decretada por determinados motivos, os quais já não subsistem. Na cassação ocorrerá sempre por órgão hierarquicamente superior ao que decretou, no caso os tribunais”.⁷⁹

Quando há o indeferimento do pedido de prisão preventiva, encontramos a possibilidade de um recurso específico para impugnar tal decisão, que é o recurso em sentido estrito, conforme o Código Processo Penal em seu artigo 581, inciso V, *in verbis*: “caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: V-... indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-lo...”

Já, quando há decretação de uma prisão preventiva ou temporária, executando o *habeas corpus*, não existe nenhum recurso específico, nesse sentido Hélio TORNAGHI assim se manifesta: “executando o *habeas corpus*, incluído no Código Processo Penal entre os recursos, nenhuma impugnação é consagrada na lei brasileira contra a decretação de prisão preventiva⁸⁰”.

Ao escrever sobre a prisão preventiva, o autor argentino Carlos Enrique EDWARDS⁸¹, manifestou-se nestes termos:

La utilizacion de la prisión preventiva com regla general en el processo penal evidencia una marcada concepción inquisitiva, dentro de la cual el imputado no es sujeto del proceso, sino um

⁷⁹ TORNAGHI, Hélio. op. cit. ,p. 89-91.

⁸⁰ Idem, p. 91.

⁸¹ EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantías Constitucionales en Materia Penal**. Buenos Aires: Editora Astrea, 1996. p. 43-44.

mero objeto de investigación, lo cual atenta contra su dignidad como persona humana [...] Por ultimo, la prisión preventiva se convierte en una verdadera pena anticipada: los fines de prevención general y especial propios de la pena, se trasladan al encarcelamiento preventivo, violentando el estado de inocencia del goza el imputado durante todo el transcurso del proceso penal.

5.4.5 Na Reconstituição de Crimes

O Código de Processo Penal em seu artigo 7º, trata da reconstituição simulada dos fatos, assim dispondo, *in verbis*: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou ordem pública”.

No novo manual do delegado, Amyntas Vidal GOMES, expõe um ótimo conceito sobre a reconstituição de crimes, onde, “reconstituição de crime é a reprodução simulada deste. Pode compreender a caminhada para o acesso ao local do evento, abranger a retirada natural ou a fuga, atingir fase do desfazimento dos instrumentos utilizados e, nos atentados contra propriedade, a ocultação do produto do delito”.⁸²

O inquérito como sendo um conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial, a reconstituição de crimes consta dentre elas. A reconstituição embora legal, não pode ser realizada em contrariedade a alguns preceitos de ordem moral, ou ainda, que possa por em risco a ordem pública.

Quando descreve a reconstituição de crimes, Julio Fabbrini MIRABETE⁸³, fala de reconstituição simulada dos fatos, e assim se manifesta:

A reconstituição é ótimo elemento de convicção para o julgador e garantia de serenidade de quem dirige o inquérito, pois, cercando-

⁸² GOMES, Amyntas Vidal. **Novo Manual do Delegado**. v. 1, 5. ed. ver atual. por Antonio Malfitano e Luiz Alexandre Lafayette Stokler. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.356.

⁸³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. op.cit. , p.105.

se o ato de certa publicidade, demonstra a espontaneidade do indiciado, da vítima ou testemunhas. O ato não pode ser praticado se for contrariar a moralidade ou a ordem pública, como nas hipóteses de crimes contra os costumes (estupro, atentado ou pudor, ato obsceno) ou delitos que, por sua reprodução simulada, podem pôr em risco a ordem pública (inundação, desabamento, ou desmoronamento etc.).

A reprodução simulada dos fatos, ou reconstituição do crime, é permitida a autoridade policial, e Walter P. ACOSTA se manifesta no sentido de que a reprodução, “tem por fim avaliar a sinceridade do indiciado em suas declarações, fixar a participação dos demais participantes ou expectadores da perpetração do crime, e, assim, colher elementos circunstanciais valiosos”.⁸⁴

O indiciado, muito embora solicitado ou intimado para efetuar a uma reconstituição simulada de crime, não estará obrigado a participar da reconstituição⁸⁵, ainda que possa ser forçado ao comparecimento, corroborando com tal posicionamento, se, em termos constitucionais, poderá permanecer em silêncio, conforme artigo 5º, inciso LXIII, *in verbis*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” com muito mais razão não estará obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A reconstituição, a qual busca uma repetição dos fatos ocorridos, também passa a ser uma prova, ou até mesmo uma forma de confissão caso o acusado se sujeite a fazê-lo espontaneamente indicando a forma do cometimento do ilícito.

⁸⁴ ACOSTA, Walter P. **O Processo Penal**. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor Ltda, 1989. p. 35.

⁸⁵ Nesse sentido, STF: “O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto- incriminação, resulta a circunstância de que é essencialmente voluntária participação do imputado ao ato – provido de indiscutível eficácia probatória – concretizador da reprodução simulada do fato delituoso” (RT 697/385-6). STF : “A reconstituição do crime configura o ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se – pela reprodução simulada dos fatos – a demonstrar o *modus faciendi* da prática delituosa (CPP, art.7º). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto – incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato – provido de indiscutível eficácia probatória – concretizador da reprodução simulada do fato delituoso” (JSTF 174/299).

Pudemos ver que a reconstituição simulada, poderá não ser realizada pelo indiciado, caso não deseje, e isto venha a favorecer a sua defesa. A reprodução simulada poderá ser realizada pelo indiciado, a qual produzirá uma forma de confissão, podendo prejudicar ou conforme o caso ajudar na tese da defesa.

Pela autoridade policial sem o indiciado, simulando até a sua presença, como a busca pelo descobrimento da autoria e materialidade, e, finalmente, encontramos uma quarta possibilidade, que é a reconstituição feita pelo indiciado, entretanto, tal participação, é obvio que procurando sua defesa, poderá mentir sobre os fatos, embaraçando a autoridade policial, criando ainda uma confusão nas provas carreadas e deturpando a realidade dos fatos.

5.4.6 No Reconhecimento de Pessoas e Coisas

Reconhecimento é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, como pessoa ou coisa que já viu (ouviu, palpou, ou que já lhe caiu sob os sentidos), que conhece.

Esse ato é praticado sempre diante da autoridade, policial ou judiciária, e tem caráter formal, isto é, deve ser feito de forma especial, descrita em lei. Não é apenas uma indicação ou uma afirmação, mas resulta de um exame crítico.⁸⁶

Sobre o reconhecimento de pessoas, trata o art. 226 do Código de Processo Penal. Pode acontecer que haja necessidade de se reconhecer à pessoa no procedimento criminal: mais freqüentemente o acusado, mas também o ofendido ou a testemunha. Aquele, quase sempre, para se apurar a autoria, isto é, se identificar com a pessoa que foi vista praticando o crime, ou antes ou depois etc. Quando ao ofendido, porque pode ser até de seu interesse negar o delito de ação pública. Relativamente à testemunha, em regra a ocular, para se apurar se realmente presenciou ou

⁸⁶ TORNAGHI, Hélio. op.cit. p. 429.

não o crime. Trata-se, conseqüentemente, da identidade física da pessoa, pouco importando, geralmente, seu nome, filiação, profissão etc.

Do reconhecimento de coisas, manda a lei aplicar no reconhecimento de objetos, as prescrições relativas ao da pessoa. Inclui-se, pois, a descrição prévia pelo identificador, e a colocação da coisa entre outras que com ela guardem semelhança, a separação dos identificadores, realizando cada um, por sua vez, o reconhecimento, e a lavratura do competente auto.

Para Magalhães de NORONHA, "o reconhecimento de coisas pode recair sobre o objeto material do delito, o produto, o instrumento, o lugar etc., tudo isso com ele relacionado e que, no acaso, pode assumir importância de monta na apuração do fato e da autoria".⁸⁷

Alguns negam valor probante ao reconhecimento, mas não há dúvida de que, conforme a hipótese, trata-se de prova de indiscutível valor, principalmente quando se refere à pessoa do acusado, mesmo em audiência, por testemunhas idôneas.

Como na vida diária, é possível que duas ou mais pessoas dêem versões diferentes sobre um mesmo fato ou circunstância, o que pode ocorrer no processo quando as testemunhas, ofendidos ou acusados narram o acontecimento criminoso. Há discrepância e desacordos sobre como ocorrem os fatos e suas circunstâncias que podem levar o juiz, na apuração da verdade, a indagar novamente essas pessoas para conseguir, na medida do possível, maior harmonia entre as suas declarações. Isto pode ser feito por meio da acareação ou acareamento.⁸⁸

Quando a autoridade pretender proceder ao reconhecimento de pessoa, aquela que vai fazê-lo será convidada a descrever, previamente, a que deve ser reconhecida. Em seguida a autoridade colocará a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, ao lado de outras, se possível, que ela tiverem semelhança convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la. A lei não admite a possibilidade de reconhecimento isolado. A

⁸⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p.162-163.

⁸⁸ Mirabete, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. op.cit. p. 307.

expressão “se possível” refere-se à exigência de serem colocadas pessoas que guardem certa semelhança com a que deve ser reconhecida. Não havendo, far-se-á com outras pessoas, nunca com a só presença do que vai ser reconhecido. Muitas vezes receia-se que a pessoa convidada a fazer o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outro motivo qualquer, não diga a verdade na presença da que deva se ser reconhecida.

Cumpra, pois, à autoridade colocar a pessoa que vai proceder ao reconhecimento numa posição tal que possa ver a que vai ser reconhecida sem que seja vista por aquela. Tal procedimento é comum na polícia, sendo vedado, entretanto, na instrução criminal ou em plenário de julgamento, como prescreve a própria lei, mesmo porque esse modo de realizar o reconhecimento não se compadece, por razões óbvias, com os atos jurisprudenciais.

Não cumprindo os requisitos da lei, por ocasião do reconhecimento, que é um ato formal, muito embora o inquérito policial seja informal, a autoridade que o procede tem que tomar cuidado como o constrangimento ilegal do indiciado, sob pena de nulidade de tal ato.

5.5 A DEFESA NO INQUÉRITO COM O INDICIADO SOLTO

5.5.1 O Interrogatório do Indiciado

Para o indiciado, a autoridade policial deverá convocá-lo mediante intimação, com dia e hora pré - determinados, para que dessa forma, possa constituir seu defensor e ser qualificado e interrogado pela autoridade policial.

No interrogatório, a autoridade policial deverá tomar alguns cuidados como, o de nomear curador aos maiores de 18(dezoito) anos, e menores de 21(vinte e um) anos, bem como o de possibilitar o silêncio do indiciado, reservando-lhe o direito de se pronunciar em juízo, como garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXIII, *in verbis*: “O preso será

informado de seus direitos dentre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Além da possibilidade do seu silêncio, o indiciado por ocasião do interrogatório, poderá ocultar a verdade, e até mesmo utilizar-se da mentira, pois não sendo obrigado a produzir prova contra si, o que o indiciado não deverá é produzir-lhe um prejuízo.

Com o interrogatório pela autoridade policial, poderão surgir divergências no que disse o indiciado, com as declarações já reduzidas à termo, diante disso, a autoridade poderá proceder a alienação, colocando os conflitantes frente a frente, perguntando a autoridade policial sobre os pontos divergentes.

Será inquirido ainda sobre a vida pregressa, se já foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu.

O termo de interrogatório será assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Ao efetuar o indiciamento, o código de processo penal prevê em seu artigo 6º, inciso VIII, *in verbis*: “ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos a sua folha de antecedentes”.

Porém, a Constituição Federal apresenta ressalva, e possibilidade de identificação de, em seu artigo 5º, inciso LVIII, *in verbis*: “O civilmente identificação não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Tal identificação será feita pelo processo datiloscópico (digital), se o indiciado não puder ser identificado civilmente, ou se mesmo identificado civilmente cometer algum dos crimes tipificados no artigo 3º da lei 10.054/00⁸⁹

⁸⁹ Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000 “Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências”. Art. 3º O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:

I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio, praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

5.5.2 Nas Perícias em Geral

Nem toda perícia a autoridade policial poderá realizar de ofício, necessitando então de autorização judicial, como por exemplo no exame de insanidade mental do indiciado, consoante o Código de Processo Penal, artigo 149, parágrafo primeiro, *in verbis*: “O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente”.

Os locais de crime deverão ser preservados, para que não haja a modificação das coisas, que possam ser relacionadas com a infração ali existente, alterando-as desaparecer.

Torna-se necessário buscando exaurir o tema proposto, analisar a questão da garantia do contraditório e as provas irrepetíveis a se realizarem no inquérito policial. Acerca do tema já se manifestou o STJ, da seguinte forma: “o dogma deriva do princípio constitucional do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas, a começar pelo exame de corpo de delito, quando efêmero o seu objeto, que, produzidas no curso do inquérito, são irrepetíveis na instrução do processo, porque assim verdadeiramente definitivas, a produção de tais provas, inquérito policial há de observar com vigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança sob pena de completa desqualificação de mera idoneidade probatória” (EMENTA–HC 74751/ RJ, 1ª Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 04.11.97).

Nosso próprio Estatuto Processual Penal em seu artigo 169, assim se expressa, *in verbis* : “Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos”.

III- o estado de conservação ou distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV- constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V – houver registro de extravio do documento de identidade;

VI- o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

Quando falamos genericamente em perícias, devemos ser a noção sobre no que ela recai, ou seja, no corpo de delito, que nos explicam Delton CROCE e Delton CROCE JR⁹⁰: “O corpo de delito próprio crime na sua tipicidade (...); É o conjunto de vestígios materiais deixados pelo fato criminoso”.

Com a preservação do local do crime, os peritos, através do exame do corpo de delito, deverão transcrever um registro completo sobre a existência do delito, de forma completa, clara e objetiva.

A perícia busca a formação da prova material, descrevendo os vestígios deixados pelo crime, como esclarece Flamínio FÁVERO⁹¹: “Esse exame deve orientar-se de sorte a ter a noção de conjunto local, como achava na ocasião do delito, obter-se todo o material que possa constituir indício esclarecedor e examinar-se esse mesmo material para as conclusões necessárias”.

O exame de corpo de delito poderá ser realizado de forma direta, no próprio local do crime, num contato direto da autoridade policial com os vestígios, ou de forma indireta, quando desaparecerem tais vestígios, a autoridade policial poderá retratar tais informação por testemunhas, conforme o Código de Processo Penal em seu artigo 167, *in verbis*: “*Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*”.

Nas provas periciais, também deve haver a possibilidade da participação da defesa, principalmente nas provas irrepetíveis, pois se desaparecerem seus vestígios, sem a sua realização, poderão causar danos irreparáveis para a defesa.

Se em determinada localidade não houver peritos oficiais, a autoridade policial poderá nomear peritos “*ad hoc*”, de sua livre escolha. Porém, se tais peritos forem impedidos ou suspeitos e não declararem espontaneamente, a defesa deverá questionar a legalidade da perícia, se lhe trouxer algum prejuízo.

⁹⁰ CROCE, Delton; Croce Jr. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15.

⁹¹ FÁVERO, Flamínio. **Medicina Legal**. Belo Horizonte: 1980. v.1. p. 58.

Relativo a suspeição, ou impedimento dos peritos, Amintas Vidal GOMES, explica que “o perito deve declarar a suspeição logo seja intimado ou tenha conhecimento da nomeação, cabendo ao indiciado ou a vítima antes de iniciado o exame pericial.”⁹²

Na reforma do Código de Processo Penal, como veremos adiante, haverá um grande avanço em se tratando de prova pericial. Buscando simplificar e agilizar, reduziu o número de peritos de dois para um, facultando à acusação e à defesa, bem como ao ofendido, a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos, ou seja, admitir-se-á o contraditório, mesmo que na fase de inquérito.

5.5.3 Na Busca e Apreensão

Visando uma finalidade de específica, que é a procura pela autoria e materialidade, a busca é uma espécie de procura, enquanto que a apreensão é à medida que vem a ocorrer posteriormente à busca.

Ao discorrer sobre a busca e apreensão, o professor TOURINHO FILHO⁹³, assim se manifestou:

As buscas e apreensões constituem diligências que podem ser realizadas antes da instauração do inquérito, durante a sua elaboração, no curso da instrução criminal e, até mesmo, na fase de execução, para prender o condenado, por exemplo. Convém assinalar que, muito embora tais diligências possam ser realizadas na fase instrutória, verifica-se, mais amiúde, na fase pré-processual, no desenrolar da primeira etapa da *persecutio criminis*, vale dizer, durante a feitura do inquérito policial, não só porque a Polícia dispõe de meios mais rápidos e de elementos mais eficazes para assegurar o seu bom êxito, como também porque, de regra, se essas diligências não forem levadas a cabo durante a fase de inquérito, perderão sua oportunidade.

⁹² GOMES, Amintas Vidal. op. cit. p. 147.

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 5 ed. Ver., aum. E atual.- São Paulo : Saraiva, 1999. p. 240.

Ao conceituar busca em matéria criminal, Amintas Vidal GOMES, a definiu como sendo, “a procura pela autoridade de uma coisa ou pessoa com o fim de constatar a existência de uma infração penal ou esclarecer um delito ou contravenção. Apreensão é o apossamento pela autoridade da coisa ou pessoa que era procurada ou que foi posta diante dela”.⁹⁴

Conforme o disposto no código de processo penal, em seu artigo 240, caput, *in verbis*: “A busca será domiciliar ou pessoal”.

§ 1º *Proceder-se-à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:*

- a) *Prender criminosos;*
- b) *Apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;*
- c) *Apreender instrumentos de falsificação ou de contratação ou contrafeitos;*
- d) *Apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituosos;*
- e) *Descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;*
- f) *Apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*
- g) *Apreender pessoas vítimas de crimes;*
- h) *Colher qualquer elemento de convicção.*

§2º *Proceder-se-á a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objeto mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.*

Para a realização das buscas, a autoridade policial poderá agir de ofício (por iniciativa própria), mediante requerimento da vítima ou do indiciado, ou à requisição do juízo ou do Ministério Público.

No requerimento feito pelo indiciado, ou pela vítima, a autoridade tem o arbítrio de realizá-la ou não, conforme o artigo 14, do código de processo penal, *in verbis*: “O ofendido, ou seu representante legal, e o

⁹⁴ GOMES, Amintas Vidal, op. cit., p. 368.

indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade", em se tratando de requisição, por ser uma medida imperativa não cabe a autoridade policial realizar de acordo com sua vontade, estará obrigado a realizar.

Então, para a defesa realizar seu intento, será mais simples peticionar para a Autoridade Judiciária ou ao Ministério Público, solicitando a requisição para a autoridade policial realizar determinada diligência, que então não poderá ser indeferida.

Já pudemos observar que a busca poderá ser domiciliar ou pessoal. A busca domiciliar é aquela que se faz na casa de alguém, com restrições de ordem constitucional, e somente em casos especiais, senão vejamos: *"A casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"* (CF/88, art. 5º, inc. XI).

Como forma de conquista, a inviolabilidade de domicílio é erigida à garantia constitucional, e dissertando sobre o assunto Hélio TORNAGHI⁹⁵ assim se manifestou:

A existência dessas regras, quer da Constituição, quer do Código de Processo Penal, é uma das maiores e mais belas conquistas da humanidade. Pensar que o indivíduo encontra em algum lugar, e que esse lugar é a sua casa, um refúgio seguro dentro do qual pode tranqüilamente viver, repousar, trabalhar, amar, cercado daqueles a quem preza; considerar que diante das fracas paredes, acaso de argila ou palha, se esboroa, por força de um preceito legal inerte e sem outro poder que não seja a sua autoridade espiritual, todo o aparato de um Estado organizado e poderoso é algo que deve servir de conforto e de honra aos povos consagrados ao respeito dessa garantia constitucional, os quais observam e acatam esses dispositivos legais. Devemos até amar uma Constituição e um Código que nos protegem contra os vendavais da prepotência. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. E a não ser para acudir a vítima de crime ou desastre, ninguém poderá nela penetrar à noite sem o consentimento do morador, nem, de dia senão nos casos e pela forma previstos na lei.

⁹⁵ TORNAGHI, Hélio. op. cit. p. 462.

Verifica-se que a autoridade policial, ao efetuar diligências em domicílios de suspeitos ou indiciados, deverá ter algumas cautelas, sob pena de ser responsabilizado civil, criminal ou administrativamente, nos termos da Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, (Abuso de Autoridade).

O ingresso em domicílio alheio, primeiramente deve se levar em conta à possibilidade de seu responsável conceder a autorização, tal qual obviamente não será eivada de ilegalidade, haja vista o caráter abonatório.

Prevê ainda a entrada em residência, se houver flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, vejamos o exemplo de que determinado indivíduo encontra-se em flagrância por ter acabado, ou estar cometendo um crime, a própria garantia da ordem pública franquia a entrada da autoridade policial, frisa-se que é necessária a certeza do crime, desastre, ou para efetuar o socorro.

Então, podemos concluir que a qualquer hora do dia ou da noite, pode-se adentrar a uma residência, com o consentimento do morador, em casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro a alguém. E durante o dia, mediante expressa autorização judicial, como bem explica Damásio Evangelista de JESUS, “não pode mais, diante da nova CF, proceder de ofício, pessoalmente ou por seu agente, à busca domiciliar. Ela depende de ordem judicial (art. 5º, XI, da CF)”.⁹⁶

Os defensores em defesa dos direitos de seus clientes, deverão atentar para tais condições das autoridades policiais adentrarem em residências, devendo sempre respeitar tais condições expostas anteriormente. Sem contar alguns casos mais rigorosos para se efetuar a busca, como em repartições públicas e em escritórios de advocacia.

Quando realizadas em repartições públicas federais, estaduais ou municipais, tais buscas deverão ser científicas aos respectivos chefes, e explica Amintas Vidal GOMES, “a revista poderá ser feita, com a presença do vigilante, do delegado ou do agente deste, por funcionário do

⁹⁶ JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 177.

estabelecimento, porém afastado da pesquisa o servidor que por ventura possa ter interesse no resultado negativo”.⁹⁷

Em escritórios de advocacia, as autoridades policiais, mesmo com o *mandamus* da ordem judicial, devem ter algumas cautelas, como determina os direitos do advogados, inseridos na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), *in verbis*: “Art. 7º São direitos do advogado: II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa do sigilo, profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”.

Para a realização da busca pessoal é necessário existir fundadas suspeitas, onde as autoridades policiais não poderão ao seu bel prazer realizá-las indistintamente e sem critério algum, ocasionando desta feita um constrangimento ilegal. Diferentemente da busca domiciliar, a busca pessoal não necessita de mandado para a sua realização, e de acordo com a explicação de Hélio TORNAGUI, “busca pessoal não é apenas a pesquisa feita no corpo de alguém, mas também nos bolsos, bolsas, malas, pastas, embrulhos, etc., que a pessoa traz consigo ou que estão sob sua guarda, dentro da esfera de sua custódia”.⁹⁸

Da mesma forma que a busca domiciliar possui algumas condições especiais, a busca pessoal, vulgarmente chamada de revista, se feita em mulheres deve se revestir de cuidados especiais, e em conformidade com o disposto no Código de Processo Penal, artigo 249, *in verbis*: “A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência”, bem como leciona Amintas Vidal GOMES⁹⁹:

Uma mulher somente será revistada por outra salvo se o retardamento da revista importar em prejuízo da diligência ou se, para fazê-la, não for encontrada pessoa do mesmo sexo que se preste ao mister, alternativa que não se dará a não ser em

⁹⁷ GOMES, Amintas Vidal. op. cit., p. 374.

⁹⁸ TORNAGHI, Hélio. ob.cit., p. 467.

⁹⁹ GOMES, Amintas Vidal. op. cit., p. 376.

lugarejos. Seja como for, só em último recurso ou para apreender um veneno que possa ser contra si próprio usado por uma moça ou dama, ou uma arma que se presume venha ser empregada pela portadora no seu ou no extermínio de outrem, é que um policial deverá tocar numa mulher honesta. No raro caso de a qualidade da mulher exigir exame das partes pudendas, dever-se-á recorrer a uma parteira ou enfermeira ou, na impossibilidade, a um ginecologista ou clínico.

Em determinados tipos de infrações, verifica-se a necessidade da apreensão de objetos por parte da autoridade policial, de acordo com o Código de Processo Penal artigo 6º, inciso, II, *in verbis* "Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

É óbvio que esses instrumentos a serem apreendidos devem ter ligação objetiva com a infração penal, como por exemplo, um veículo transportando cocaína em seu tanque "falso" de combustível, esse veículo deverá ser apreendido.¹⁰⁰

O que não pode ocorrer é as autoridades policiais, depararem com indivíduos fumando maconha no interior de um veículo, e por isso o apreenderem, ou ao executar determinada prisão de alguma pessoa em sua residência, apreender seus utensílios domésticos, como: fogão; televisor; vídeo-cassete, aparelho de som, sob alegação de que não possui nota fiscal. Será que ele possui nota fiscal de tudo em sua residência ?

Com propriedade, a respeito do assunto, Amintas Vidal GOMES, assim se manifesta, sobre a oportunidade de frisar que preposto algum da autoridade tem poder para efetuar apreensão sem mandado por ela expedido, exceto nos casos em que essa peça é dispensada pelo Código ou na hipótese de o retardamento da diligência tornar possível grave prejuízo para o inquérito. "Fora desses casos, não devem, portanto, os

¹⁰⁰Nesse sentido, STJ: "Busca Apreensão de Bens. Possibilidade I- A autoridade policial ao tomar conhecimento da existência de uma infração pode apreender os instrumentos do crime e os objetos a ele relacionados e, se autorizada judicialmente, efetuar busca e apreensão de bens que constituam produto de crime ou tenham resultado de proveito auferido pela prática da infração, à consideração de que cumpre resguardar o interesse da vítima ou do terceiro de boa fé. II – Inexistência de direito líquido e certo. Decisão que se mantém. (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU 24.10.94, p. 28770).

investigadores e agentes empregar o verbo apreender, mas sim o verbo arrecadar”.¹⁰¹

Essas apreensões, realizadas por policiais, sem a devida cautela, ou sem a devida presteza ao exercício da função, poderão ser resolvidas pela devolução, por iniciativa da autoridade policial, ou por pedido mediante requerimento de restituição de objeto, para a própria autoridade policial, e se for ela a coatora, para a autoridade judiciária competente.

Para a devolução ser processada pela autoridade policial deve-se obedecer alguns requisitos, como expõe TOURINHO FILHO¹⁰²:

Na fase do inquérito policial, a pessoa interessada pode solicitar a devolução do objeto apreendido em requerimento endereçado à autoridade policial, que, o anexando aos autos do inquérito, decidirá pela restituição, ou não. Somente será viável a restituição pela autoridade policial desde que satisfeitas as seguintes exigências: a) trate-se de objeto restituível e não haja nenhum interesse na sua retenção; b) não exista dúvida quanto ao direito do reclamante; c) não tenha sido feita a apreensão em poder de terceiro de boa-fé.

5.6 O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO E DESARQUIVAMENTO

5.6.1 Do Arquivamento

Anteriormente, no estudo sobre o inquérito policial, pudemos constatar que o mesmo é de atribuição da autoridade policial, ou seja, do Delegado de Polícia, o qual tem a autonomia para instaurá-lo, salvo nos casos de requisição das Autoridades Judiciárias, ou do Ministério Público, em que essa autonomia passa a ser uma obrigação.

Muito embora, possa a autoridade policial instaurá-lo, jamais poderá por sua vontade arquivá-lo, ainda que provada a inexistência do fato ou de sua autoria, conforme dispõe o artigo 17, do Código de Processo Penal, *in*

¹⁰¹ GOMES, Amintas Vidal op. cit. p.379

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit. p. 120.

verbis: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Cabe salientar, que não só a autoridade policial, mas nem o órgão do Ministério Público poderá arquivar o inquérito policial, deverá sim requerer o seu arquivamento, o qual será ordenado ou não pela Autoridade Judiciária.

Para corroborar com esse entendimento, Francisco de Assis do Rego Monteiro ROCHA¹⁰³, entende que:

Por mais uma vez, o legislador afirma que o inquérito policial não poderá ser arquivado pela autoridade encarregada das investigações preliminares. No art. 28, esse entendimento é perceptível de maneira muito fácil, pois ali se verifica que requerendo o Ministério Público o arquivamento do inquérito, não se convencendo o magistrado com as razões invocadas, fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, que dará a palavra definitiva. Se assim é cabe apenas ao juiz, ou ao Procurador-Geral de Justiça, ordenar o arquivamento de inquérito policial. Nem mesmo ao Promotor de Justiça, órgão do Ministério Público em primeira instância, cabe ordenar arquivamento de inquérito. Por maiores razões, não pode a Autoridade Policial arquivar autos de inquérito policial”.

O arquivamento do inquérito policial, assume um papel importante como meio de defesa, no momento em que uma pessoa fosse indiciada, pela prática de alguma infração penal, que por ventura não tenha cometido, ou a autoridade policial fosse incompetente para processar tal feito, esse iniciado pelo arquivamento teria tais constrangimentos cessados.

O grande questionamento é se, com o arquivamento do inquérito policial, o mesmo fere o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao analisar a questão, TOURINHO FILHO, explica que, “a possibilidade do pedido de arquivamento previsto pelo artigo 28, não deforma este princípio. Ao contrário, confirma-o em face do controle que o Procurador da Justiça exerce sobre tais pedidos, além do próprio Juiz da

¹⁰³ ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. op. cit. p. 57.

causa a quem lhe é facultado o recurso de submeter o exame do pedido de arquivamento ao Procurador Geral de Justiça".¹⁰⁴

Em sua tese de doutorado, José Laurindo de SOUZA NETTO, entende ser inconstitucional o ato de encaminhar o inquérito ao Procurador Geral da Justiça ou República conforme matéria, com o seguinte posicionamento: "Ora, diante da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), que garante ao acusado direito a um julgamento justo e imparcial, deve-se entender que é inconstitucional o dever de encaminhar o inquérito, com suas razões de discordância, ao Procurador Geral, que as aceitará ou não. Nessa hipótese, o juiz deveria ficar a atender o pedido de arquivamento".¹⁰⁵

O entendimento a respeito da inconstitucionalidade do encaminhamento dos autos de inquérito policial ao Procurador da Justiça pelo juiz, ao fundamentar sua discordância, externa um juízo técnico de valor antes da colheita da prova, restando vinculado à posição tomada, com quebra da imparcialidade.

Em qualquer hipótese de pedido de arquivamento é ínsita a necessidade de que exista motivação, ainda que sintética, dos pressupostos de fato e jurídicos do pedido. Com isso, fecha-se o círculo que faz da obrigatoriedade mitigada ou da oportunidade plena da ação penal.¹⁰⁶

Ao tratar do arquivamento do inquérito policial em Portugal, João Pedro GEBRAN NETO¹⁰⁷, explica que tal está sujeito a um duplo controle: hierárquico, através do imediato superior do Ministério Público (art. 278) e pelo ofendido, através do requerimento de abertura da instrução.

Também, na perspectiva da defesa do princípio da legalidade um tal sistema de fiscalização se revela de todo o ponto insuficiente, por isso que, podendo a não acusação do Ministério Público importar uma lesão de

¹⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p.73.

¹⁰⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 73-74.

¹⁰⁶ BURLE FILHO, José Emmanuel e Eduardo Silveira Melo Rodrigues. **O Arquivamento do Inquérito Policial**. 1 ed. São Paulo: Fiúza Editores, 1966. p. 15.

¹⁰⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial: o arquivamento e o princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996. p.27-28.

direitos e legítimos interesses dos particulares, máxime do ofendido, assim se manifestando Jorge de Figueiredo DIAS¹⁰⁸:

Não pode admitir-se que a decisão sobre aquela seja tomada e fiscalizada exclusivamente por uma magistratura que, como a do MP, não goza da prerrogativa jurídico-constitucional da independência. Por isso é que, como dissemos, a nossa jurisprudência consagrou um controle indirecto do princípio da legalidade, ao admitir a acusação dos assistentes em caso de abstenção do MP. Mas também nesse contexto se revela a vantagem de um sistema que admita a possibilidade de controle judicial directo da abstenção de acusação do MP por um tribunal de recurso (v.g. as Relações ou o Supremo, ao estilo do sistema alemão da *Klageerzwingung*), ou por um juiz de instrução, diferente portanto daquele a quem eventualmente viesse a caber o julgamento da infracção cuja acusabilidade se discute.

5.6.2 Do Desarquivamento

Como o arquivamento do inquérito não gera a preclusão, havendo uma decisão formada "*rebus sic stantibus*", e que não produz coisa julgada, da mesma forma que pode ser arquivado, poderá ser desarquivado. Assim descreve a Súmula 524, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* : "*Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*".

Está óbvio que não poderá ser desarquivado e reiniciado o inquérito policial, por questões de ordem pessoal, ou qualquer outra, senão pelo surgimento de novas provas que facilitem a busca da autoria e materialidade.

Para haver o desarquivamento devem existir novas provas, como afirma Eduardo ESPÍNOLA FILHO, "aos interessados é sempre permitido continuar as suas pesquisas particulares, no intuito de acolher elementos novos, que sejam capazes de oferecer pontos de partida para investigação

¹⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Primeiro volume. Coimbra Editora Ltda, 1974 p. 134-135.

oficial posterior, instruindo o caso em forma a poder, enquanto não decorrer o tempo de prescrição da ação penal, ser formulada a denúncia".¹⁰⁹

Essas novas provas para o desarquivamento, são as que produzem modificação dos fatos constantes do inquérito policial, produzindo alteração no panorama probatório.

Para Julio Fabbrini MIRABETE, ao tratar do conceito de novas provas estabelece que, "as novas provas referidas no dispositivo, capazes de autorizar início da ação penal, são apenas as que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento do inquérito. A nova prova há de ser substancialmente inovadora, e não apenas formalmente nova".¹¹⁰

Desta feita, cabe a indagação de como se age a defesa, nos casos de arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, haja vista não existir previsão legal da recorribilidade do despacho que ordena o arquivamento ou desarquivamento.

Muito embora não exista previsão legal de recorribilidade de tais decisões, nos parece que a possibilidade para a defesa obstar o desarquivamento do inquérito policial, deverá ser pela utilização do remédio constitucional do *habeas corpus*, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVIII, *in verbis*: "*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*", e no Código de Processo Penal em seu artigo 647 e seguintes.

5.7 A IMPORTÂNCIA DA DEFESA PARA A DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

¹⁰⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. vol. I., anot. N° 65.

¹¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 120.

Para falarmos de denúncia, devemos nos ater ao seu sentido estrito e jurídico penal, o qual deriva do verbo latino *denuntiare* (anunciar, declarar avisar, citar), para não confundir com o aspecto genérico de representação ou de noticiar algo de ilícito. Para DE PLÁCIDO E SILVA: “Denúncia. Em sentido estrito, na técnica do Direito Penal, diz-se denúncia o ato mediante o qual o representante do Ministério Público formula sua acusação perante o juiz competente a fim de que se inicie a ação penal contra a pessoa, a quem se imputa a autoria de um crime ou de uma contravenção”.¹¹¹

Essa imputação não deve ser arbitrária¹¹², para Francesco CARRARA, quando fala da função do Ministério Público, alerta que tal função não pode ser colocada a livre disposição dos caprichos privados, e emprestar sua atuação a uma acusação injusta, e assim se manifesta: “Mas é diferente, muito diferente, dizer que o juízo arbitrário, precipitado e prematuro do Ministério Público tolha a liberdade do exercício do direito do particular e lhe tranque o caminho para obter que a superior sabedoria das magistraturas do reino façam justiça definitiva, com pleno conhecimento de causa sobre as ofensas que ele se queixa de haver sofrido”.¹¹³

MONTESQUIEU em sua obra “O Espírito das Leis”, já enaltecia a figura do Promotor Público em sua função acusatória. Como vimos anteriormente, a atividade de averiguação dos fatos delituosos, com a busca da autoria e materialidade, é um encargo das autoridades policiais,

¹¹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 11. ed. 4v. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 33.

¹¹² Nesse sentido, o Ministro CELSO DE MELLO, assim se pronunciou em acórdão: “A imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador. A válida formulação de denúncia penal supõe a existência de base empírica idônea, apoiada em prova lícita, sob pena do exercício do poder de acusar – consideradas as graves implicações de ordem ético-jurídica que dele decorrem – converter-se em instrumento de abuso estatal. Precedentes. A discussão em torno da ausência de justa causa para a persecução penal depende, essencialmente, quando suscitada em sede de *habeas corpus*, da incontestabilidade dos fatos subjacentes à acusação criminal. Esse debate, no âmbito processual do remédio eróico, não se viabiliza, sempre que se registre dúvida fundada a propósito dos fatos alegados. É que a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa penal, pois o remédio processual do *habeas corpus* não admite dilação probatória, não permite o examen aprofundado de matéria fática e nem comporta análise valorativa de elementos de prova. (STF 2ª Turma, HC 80542/MG DJU 29/06/01).

¹¹³ CARRARA, Francesco. **Curso de Direito Criminal**. Trad. José Luiz V. de A.Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 343.

que deve levar subsídio ao representante do Ministério Público no oferecimento de denúncia.

A acusação do Ministério Público, manifesta-se em seu ato de imputação ou atribuição de um delito ao seu autor que se materializa no instrumento denominado denúncia, a qual deve conter o conjunto dos elementos que materializam e conseqüentemente tipificam o ilícito penal.

Gilberto Callado de OLIVEIRA¹¹⁴, ao tratar da denúncia, a apresenta em dois sentidos: num primeiro momento se refere a um procedimento preparatório do processo criminal e num segundo momento a denúncia se serve de instrumento formal da acusação:

Dois são os significados que a denúncia pode tomar na estrutura do processo penal: 1º) como ato de iniciação investigatória pelo qual se notifica a existência de um fato com aparência de delito aos órgãos públicos encarregados de sua persecução; 2º) como instrumento ou meio formal para o Ministério Público produzir e dar vida à acusação, enunciado-a em todo o seu conteúdo.

O propósito de escrever sobre referido tópico, é em razão da importância da atuação do Ministério Público na garantia dos direitos fundamentais, e, rememorando as palavras de um grande mestre que tivemos nos bancos escolares, hoje, Procurador de Justiça, que ao tratar da denúncia, mais ou menos nesses termos se manifestou: "A maioria esmagadora das denúncias contém o que os Delegados querem".

Só depois de efetuarmos a nossa Pesquisas de Campo, puderam comprovar na prática, que tais palavras do ilustre professor não eram em vão. Nas pesquisas efetuadas em todos os Fóruns Criminais da Capital do Estado, na maioria dos Fóruns da Região Metropolitana, em vários do interior do Estado, e em alguns Municípios de outros Estados da Federação, pudemos constatar que quase cem por cento das denúncias dos representantes do Ministério Público são baseadas única e exclusivamente nos inquéritos policiais.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **O Conceito de Acusação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 40.

Pudemos inclusive constatar no corpo das denúncias, mais precisamente em seus termos iniciais, o encontro freqüente de frases como: com fulcro no inquérito policial... ; com base nos autos de inquérito policial..., baseado inquérito policial..., conforme narra o inquérito policial ...,etc. Também essas fórmulas usuais nos faz sentir a necessidade de trazer ao inquérito policial, e para a garantia de uma instrução criminal justa, o exercício da defesa na fase policial como facilitadora para apuração da verdade dos fatos e para a formação de uma *opinio delicti* justa.

A atuação do Ministério Público na denúncia, como de resto em todos momentos de sua intervenção no processo, deve ter em vista a promoção da justiça, e não o exercício retrógrado de a “máquina estatal de punir”, desvirtuando sua função de fiscal da lei e de Promotor de Justiça.

O sujeito acusador ou o sujeito a que se atribui a acusação é o homem que encarna o Ministério Público como representante do todo social; ele intervém na relação processual para propor o direito a penar em nome e a favor da sociedade, a qual lhe está outorgando, por sua vez, esse poder. O acusador, é sujeito da relação processual enquanto exerce poderes jurídicos sobre o conteúdo formal do processo penal, ou seja, dispõe, dentro dos limites da lei, da forma e dos meios da persecução penal mediante manifestações de sua própria vontade. Ele promove e exercita a ação penal para por meio dela expressar a acusação. Exatamente nesta formulação nuclear já não estará manifestando direitos seus, mas os alegando por legítima referenda social.

Não queremos dizer que o órgão do Ministério Público tem errado na formulação de suas denúncias, o que nos parece é que o exercício da defesa nos inquéritos policiais poderia levá-lo mais próximo da verdade. Sabemos que os ocupantes das carreiras de Promotores de Justiça são da mais alta qualidade, mas não podemos negar as incorreções nas acusações, considerando logicamente a falibilidade e imperfeição da criatura humana.

Com os cuidados pertinentes à denúncia, Gilberto Callado de OLIVEIRA, nos traz a seguinte posição; “Para Santo Tomás, três são as

injustiças que pode cometer o acusador no processo criminal: a acusação caluniosa, a acusação prevaricadora e a acusação tergiversatória”.¹¹⁵

O Ministério Público possui a função de fiscalizar a execução da lei e promover a ação penal pública, como sendo o titular da lei e promover a ação penal pública, como sendo o titular da pretensão primitiva do estado, possuindo para tal, legitimidade e capacidade postulatória como representante do interesse público.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, em seu artigo 129, inciso VIII, assim se manifesta, “*in verbis*”: *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*”.¹¹⁶

Sendo *dominus litis* o Ministério Público pode fazer a denúncia no inquérito policial, pois tem que promover a ação penal depois que recebe a peça inquisitória ou as informações necessárias, dever este que lhe é privativo.

5.7.1 Para o Oferecimento da Denúncia

O Estado, ao assumir a solução dos litígios na esfera penal pública, como exigência da prestação jurisdicional, incumbiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, nos termos da Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, *in verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Sobre o interesse estatal na persecução do crime Aníbal BRUNO¹¹⁷, manifesta-se da seguinte forma: “propor a ação penal é atribuição de um órgão do Estado, que é o Ministério Público. É ele que representa o

¹¹⁵ Apud. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. p.178 in (Ética a Nicômaco, I,1, 1094^a. Utilizaremos, ao longo dos estudos, o texto latino da Ética, inserto nos Comentários de Santo Tomás (*In decem libros ethicorum aristotelis ad Nicomachum expositio*, Turim, 1949, Marietti).

¹¹⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 42 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002 p. 384.

¹¹⁷ BRUNO, Anibal. op. cit. p. 231.

interesse coletivo da perseguição do crime, a bem da paz social, e reclama do poder jurisdicional, através das formas do processo, o julgamento do acusado e a aplicação da pena, se houver cabimento”.

Quando falamos da importância da defesa no inquérito policial, estamos procurando facilitar a atividade estatal por parte do Ministério Público, e dificultar, ou evitar a possibilidade de movimentar desnecessariamente a máquina judiciária, ou processar um possível inocente.

Tomamos o seguinte exemplo: ocorre um problema de vizinhança, e um dos vizinhos, que não a vítima, mas o possível autor, por ter boa posse financeira, contrata um excelente defensor. Este, representa criminalmente contra a verdadeira vítima, a qual vem a comparecer na Delegacia de Polícia, e, observando uma pré-disposição policial, reserva-se no direito de permanecer em silêncio. A autoridade policial relata o inquérito, e remete-o a justiça, onde o Ministério Público, oferecendo a denúncia, e com o seu recebimento, vem a instaurar a ação penal contra a verdadeira vítima.

É obvio que na elaboração da denúncia, o representante do Ministério Público deve tomar alguns cuidados, como informa Francisco de Assis do Rego Monteiro ROCHA¹¹⁸: “não obstante, cuidados devem ser tomados, na sua apresentação, de modo não causar perplexidade a quem interessar possa, ou até mesmo, surpresa ao substituir, com um despacho de seu não recebimento”.

Já frisamos que a defesa no inquérito policial, não deve ser um meio procrastinatório, mas sim a busca da verdade. Em pesquisa de campo (anexo), tivemos a oportunidade de constatar na prática a importância do exercício da defesa no inquérito policial. Verificou-se que mais de 98% (noventa e oito por cento) das denúncias formuladas pelos representantes do Ministério Público começam com frases como: com base no inquérito policial, com fulcro, de acordo, em conformidade com o inquérito policial, etc.

Se for público e notório que as denúncias são elaboradas com base nos inquéritos policiais, não podemos por inércia, deixar de produzir provas

no inquérito policial, principalmente pela defesa. A defesa jamais pode falar ao seu cliente que não se preocupe com o inquérito policial, pois o defenderá em juízo.

Havendo a possibilidade da defesa atuar *ab initio*, não deve esperar para atuar somente depois de instaurada a ação penal. O direito de defesa é inviolável e deve ser exercitado, como nas palavras de Massimo Ceresca-GASTALDO¹¹⁹:

In un contesto giuridico che vede affermato il diritto di difesa come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 Cost.) e nel quale, al tempo stesso, è proclamato che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2 Cost.), la libertà dell'individuo di scegliere se partecipare attivamente o contrastare l'azione di accertamento non può non essere ritenuta irrinunciabile : il riconoscimento del diritto a tacere, inteso essenzialmente come privilegio contro l'autoincriminazione, ossia come negazione del dovere – tipico dei sistemi autoritari – di collaborazione e di verità anche contra se, rappresenta innanzitutto l'espressione concreta di quei valori.

5.7.2 No Pedido de Novas Diligências

Verificamos a possibilidade do Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, devolver os autos de inquérito policial à autoridade policial para novas diligências, conforme reza o Código de Processo Penal, em seu artigo 16, *in verbis* “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito a autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”.

E nesse sentido se manifesta Júlio Fabbrini MIRABETE, onde, “o Ministério Público pode requerer a devolução do inquérito policial para novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (para a

¹¹⁸ ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. op. cit., p. 131.

¹¹⁹ CEREZA- Gastaldo, Massimo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 544.

identificação do indiciado, realização de perícia, juntada da representação o prova de miserabilidade etc.)".¹²⁰

Para agilidade processual, o representante do Ministério Público ao invés de devolver o inquérito à autoridade policial, poderá optar por um caminho mais rápido, requisitando por ofício diretamente à autoridade policial a realização das diligências, em atendimento ao código de processo penal, em seu artigo 13, *in verbis*: "*incumbirá ainda a autoridade policial: II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;*"

O que pudemos constatar em nossa pesquisa de campo (anexo), e ainda com o manuseio dos inquéritos policiais por ocasião do exercício da função de Delegado de Polícia, nos municípios de Piraquara, Pinhais e Campina Grande do Sul (Região Metropolitana de Curitiba), é que em sua maioria ou quase que sua totalidade, os inquéritos policiais quando retornam para novas diligências, as cotas do Ministério Público não especificam qual o tipo de diligência a ser realizada.

Tal fato, já não ocorre na justiça militar, não sei se pelo menor volume de serviço ou por maior rigor procedimental. Quando atuávamos como oficial da Polícia Militar, exercendo a função de chefe do Setor de Justiça e Disciplina (SJD), e de Juiz Militar da Vara da Justiça Militar Estadual, não encontramos nenhuma cota do Ministério Público, retornando os autos ao oficial encarregado, sem especificar o tipo de diligência pretendida.

Condena tal devolução dos autos de forma injustificada, Damásio Evangelista de JESUS, desta forma se manifestando: "Cumpre ao promotor de Justiça, desde que a diligência não seja imprescindível ao início da ação penal, oferecer desde logo a denúncia, requerendo oficie-se à autoridade policial no sentido de que realize aquela que lhe pareça necessária. É condenável a prática costumeira da devolução dos autos à polícia para diligências prescindíveis ao oferecimento da denúncia".¹²¹

¹²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini . op. cit. p.116.

¹²¹ JESUS, Damásio E. de. op. cit. p. 14.

Na devolução do inquérito, ou pedido de novas diligências segundo Romeu de Almeida SALLES JUNIOR¹²², a autoridade policial poderá proceder da seguinte forma:

Pode o Promotor de Justiça julgar necessárias novas diligências, para complementação, pela autoridade, das informações contidas no inquérito. Poderá requerer a devolução do Inquérito à Delegacia de Polícia, apontando as diligências que julga devam ser realizadas. A requisição de novas diligências poderá ser apresentada, inclusive, no caso de haver o Promotor de Justiça oferecido denúncia. Nesta hipótese, as novas diligências serão feitas em autos apartados, remetidos a Juízo posteriormente.

Recebido o inquérito policial, o Ministério Público poderá dar início à ação penal, se o crime for de ação penal pública incondicionada ou condicional, tendo, para esta, a representação do ofendido ou de seu representante legal; terá oportunidade de requerer o arquivamento dos autos, se os elementos de informação não conduzem à caracterização de uma figura típica; deverá solicitar a volta dos autos à Delegacia de Polícia para complementação dos informes ou requisitar tais informes em qualquer outra repartição ou mesmo requerer ao Juiz que officie requisitando os elementos complementares necessários.

¹²² SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. op. cit. 1992. p.123.

6 CONFLITO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Devemos concretizar os direitos fundamentais, entendidos como normas e princípios, que resultam de sua universal validade, quando da interpretação da Constituição, tornando-a eficaz e não um texto inerte e contido.

Quando falamos em conflito entre a Constituição e o Código de Processo Penal, estamos buscando a prevalência não só de conteúdo hierárquico, mas garantir os direitos fundamentais aos acusados da prática de alguma infração penal, proporcionando-lhes a tutela constitucional.

Verificamos na posição de Eugenio Raul ZAFFARONI, ao se pronunciar sobre a defesa do estado do direito, se manifestou no sentido de que “temos uma missão que é útil, indispensável, que é a missão de conter, de limitar o exercício do poder punitivo: temos a obrigação de não deixar prevalecer o poder punitivo menos razoável e mais irracional. Está é a nossa função: defender o estado de direito”.¹²³

É óbvio que, quando tratamos das garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, aplicadas ao inquérito Policial, encontramos travados debates nos meios Doutrinário e Jurisprudencial. Como afirma José Laurindo de SOUZA NETTO, “O grande déficit entre a previsão e a efetivação das garantias põe em primeiro plano a necessidade de renovar a relação entre Jurisdição e Cidadania, levando a exigência de diversificar o sistema Processual Penal, com uma contração do âmbito de atuação”.¹²⁴

O que não podemos é deixar de aplicar as garantias constitucionais, aos acusados da prática de alguma infração penal, e conseqüentemente

¹²³ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. op. cit. 1992, p. 213.

¹²⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo de – **O Juizado Especial (Lei 9.099, de 26.09.95) e o povo**. Gazeta do Povo. Curitiba, 20 de agosto 1996, 2 cad., p.12.

aos indiciados em inquérito policial, porque o mesmo é inquisitorial. O que não podemos admitir é que uma norma infraconstitucional, se sobreponha a nossa Carta Magna, ferindo e cerceando o exercício das garantias individuais, não admitindo a aplicabilidade da mesma.

A posição de José Joaquim Gomes CANOTILHO, é a apresentação nos seguintes termos: “O princípio da proporcionalidade em sentido restrito, significava que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte coativas de direito, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos”.¹²⁵

Para José Laurindo de SOUZA NETTO, “uma abordagem constitucional do processo penal brasileiro, no funcionamento concreto das normas e institutos processuais como garantia dos direitos do acusado, encontra sentido como instrumento de equilíbrio de exigência contrastante, ou seja, de garantia e de eficiência da Justiça Penal”.¹²⁶

Devemos abdicar dos rigores formalistas que restringem as garantias da cidadania e efetivamente exercer e aplicar os princípios constitucionais, não observando apenas de forma inerte e de eficácia contida, mas sim no sentido de exercê-los materialmente, como bem afirma João Gualberto Garcez RAMOS: “Nesse passo, é indispensável concluir-se que a teoria das liberdades públicas foi bastante longe no estabelecer prerrogativas e direitos ao cidadão. Cumpre agora garantir a efetividade, no sentido sociológico, das mesmas”.¹²⁷

Ao fazer uma relação entre normas e valores Jürgen HABERMAS, assim se manifesta: “Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livr. Almedina, 1986. p. 629.

¹²⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de op. cit. 2000. p.11.

¹²⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 26-27.

com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas”.¹²⁸

Em obra denominada *Desordem e Processo*, em homenagem a Roberto LYRA FILHO, Jairo BISOL¹²⁹, ao tratar do direito e liberdade, e referir-se à busca pelos direitos, assim se expressou:

Reconhecer, a cada momento, e na sua forma peculiar, a dominação da não liberdade humana é o primeiro passo na luta pelo reconhecimento de “direitos”, e nisto consiste a dimensão jurídica do processo de conscientização que promove as grandes mudanças históricas. Assim, a teoria dialética do direito repõe o homem como sujeito “do” direito na história, em contraposição à concepção legalista e alienadora da liberdade humana na qual o homem se constitui como “sujeito” nos aspectos fundamentais de sua vida individual e coletiva, apenas no reconhecimento desta sua condição pelo direito estatal. Logo, o homem não “é livre pelo que se lhe imputa”, mas é livre na medida em que se realiza seu processo de libertação (do ponto de vista jurídico) através do reconhecimento de que uma imputação quando determinação ilegítima de sua não liberdade, deve ser superada pela práxis política social e reivindicatória de direitos, por vezes exercido contra e acima da legalidade.

Não vivemos somente em Estado Democrático, mas num Estado Democrático de Direito, o qual traduz em si uma idéia da supremacia da lei sobre a administração. Para José Luis Bolsan de MORAIS, impõe-se assim a os liames jurídicos do Estado na concreção do ideário liberal, “no que diz com o princípio da legalidade—ou seja, a submissão da soberania estatal a lei—a divisão de poderes ou funções e, a nota central, a garantia dos direitos individuais”.¹³⁰

Poder-se-á acrescentar que o adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundamentais da comunidade.

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro: 1997. p. 316.

¹²⁹ LYRA, Doreodó Araújo. **Desordem e Processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 238.

¹³⁰ MORAIS, José Luiz Bolsan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 70.

“Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a “Estado de Direito e de Justiça Social”¹³¹.

Já para Raul Tomás ESCOBAR¹³², as garantias são manifestações do direito e em nome da democracia devem ser atendidas em nome da lei e do processo, assim se manifestando:

La libertad del hombre en todas sus manifestaciones es un derecho inalienable que reconocen y defienden todos los pueblos democráticos del mundo. En su lucha contra la arbitrariedad, el individuo defiende su libertad mediante la ley del proceso. Ocurrido el hecho que alteró la convivencia social, el individuo hará valer ante la justicia los medios jurídicos legales para que se le reconozca el acto u omisión lesivos tanto a su libertad corporal como a sus bienes y se juzgue tal conducta. Pero la libertad puede verse restringida cuando se dan las circunstancias excepcionales procesales del derecho repressivo.

Ao analisar os princípios constitucionais em face ao Código de Processo Penal de 1941, quando Ministro da Justiça, Francisco CAMPOS¹³³ redigira me exposição de motivos do código, já prevendo as garantias e o equilíbrio entre o interesse social e a defesa individual, apesar de seu cunho autoritário, e ao explicar o espírito do código, assim se manifestou:

Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e segurança de sua liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.

¹³¹ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. São Paulo: 2 ed. Editora Saraiva, 1999. p. 2.

¹³² ESCOBAR, Raúl Tomás **El Interrogatorio En La Investigación Criminal** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996. p.21.

¹³³ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 1941. Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

A Constituição de 1988, veio em seu bojo, a estabelecer uma série de princípios e regras que não recepcionam e revogam boa parte, das normas do Código de Processo Penal. “Entretanto, uma parcela da sociedade persiste em proteger seus valores conservadores, os quais têm origem, entre outros fatores, na formação histórica de nosso país e mormente na ausência do acesso à educação, tornando a sociedade facilmente suscetível aos clamores momentâneos”.¹³⁴

Bem acentua a importância da norma e seu valor, numa relação de disciplina e hierarquia, o professor Armin KAUFMANN, pronunciando-se da seguinte forma: “*La independencia de la norma significa que ésta es obligatoria por sí misma y que lo sigue siendo aun cuando exista como lex imperfecta por falta de la correspondiente ley penal. En tanto derecho soberano de obediencia, la norma pertenece siempre al derecho público; nunca al derecho penal*”.¹³⁵

O conflito de regras, refere-se “*la pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir, de la validez*”. É dizer, estabelecido o conflito entre duas ou mais regras jurídicas, apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si. Daí a utilização de três critérios para solver as “antinomias aparentes” entre as regras jurídicas, o cronológico, o hierárquico e o da especialidade, que, no entanto, revelam-se incapazes para orientar o interprete no caso de colisão de direitos fundamentais.

O critério cronológico (denominado outrossim de *lex posterior*) é utilizado para solucionar o conflito de regras na hipótese de uma suceder a outra no tempo e verificar-se oposição entre ambas, situação em que prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*). Acontece que os direitos fundamentais vêm expressos em normas contemporâneas albergadas na constituição.

¹³⁴ BIZZOTTO, Alexandre e Andréia de Brito Rodrigues **Processo Penal Garantista** Editora AB, 1998. p.4.

¹³⁵ KAUFMANN, Armin **Teoria de Las Normas** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 13.

O critério hierárquico (chamado outrossim de *lex superior*) é aquele pelo qual se resolve o choque entre duas regras jurídicas, sendo uma delas hierarquicamente superior à outra. Hipótese em que prevalece a norma de valor hierárquico superior (*lex superior derogat lex inferior*). Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve à colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão.

O critério da especialidade (também designado por *lex specialis*) é invocado para dirimir o conflito de regras jurídicas incompatíveis, sendo uma geral e outra especial (*lex specialis derogat generali*). Todavia, na colisão de normas consagradoras de direitos fundamentais, ambas são gerais.¹³⁶

No grau mais elevado da hierarquia, encontra-se a Constituição, à qual todas as demais normas se devem adaptar.

Ao escrever sobre o Direito e a Vida dos Direitos, Vicente RAO¹³⁷, tece o seguinte comentário acerca da hierarquia das normas:

Em rigor, perante a Constituição, todas as normas restantes constituem o segundo grau da hierarquia; mas, entre estas, novos graus se assinalam, na seguinte ordem decrescente e no pressuposto de não poderem as de grau inferior nem invadir a matéria de competência das de grau mais elevado, nem conseqüentemente, informar as suas disposições: leis federais, constituições estaduais e leis estaduais e municipais.

6.2 PRINCÍPIOS E NORMAS PROCESSUAIS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO

¹³⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos a Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 95-96.

¹³⁷ RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 305-306.

Ao falarmos de princípio e normas constitucionais devemos primeiramente, efetuarmos a distinção entre os princípios gerais e os princípios constitucionais os princípios gerais dão azo a uma formação de uma teoria geral, e nesse sentido Marcelo CAETANO, "preconiza a existência de princípios gerais do procedimento administrativo, dentre eles: formulada uma acusação a alguém, garante-se ao acusado amplo direito de defesa".¹³⁸

Quando tratamos dos princípios gerais, nos referimos àqueles princípios que podem estar firmados tanto na constituição, tanto nas leis infraconstitucionais, ou em regulamentos, enquanto os princípios constitucionais, nascem da própria constituição.

Bem leciona a professora Carmem Lúcia Antunes ROCHA, ao efetuar a distinção entre os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito, assim se manifestando: "Os princípios constitucionais não são os princípios gerais de direito, mas princípios fundamentais do estado de direito, único no qual o Direito Constitucional Democrático pode se positivar e se aplicar visando ao ideal de justiça materialmente buscado pela sociedade".¹³⁹

Ao tratar dos princípios, sua efetividade e aplicação prática, Jaime M. Mans PUIGARNAU¹⁴⁰, desta forma se manifestou:

Los principios generales del derecho son, pues, ante todo, según las citadas disposiciones de los Código Civil español y de derecho canónico, fuente o norma de derecho; y como esa norma há de tener efectividad y aplicación práctica a los casos concretos de la vida real, y entrar en vigor en el lugar que' por el orden de prelación le corresponda, no hay duda alguna de que en cuanto invocados por el legislador y como constitutivos de derecho supletorio – aparte su racionalidad natural intrínseca – , no pueden substraer a la característica general de las demás fuentes del derecho, que es la positividad de las mismas.

¹³⁸ CAETANO, Marcelo. **Princípio Fundamentais do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 523.

¹³⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 28.

¹⁴⁰ PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los Principios Generales Del Derecho**. Barcelona: Boch Casa Editorial, S.A. , 1979. p. 12 .

Ao tratar dos princípios constitucionais, Maria Helena DINIZ, assim refere-se: “Já que são supra positivos, impõem-se, por si mesmos, às normas jurídicas, não podendo, em hipótese alguma, ter um caráter subsidiário”.¹⁴¹

Do exposto, denota-se que o ordenamento jurídico, tenta ser eficaz, não pela abstrata previsão de direitos, mas pela efetiva tutela destes, o que não ocorre muitas vezes pela inaplicabilidade dos operadores de direito, com receio de fazer valer os princípios constitucionais sobre normas processuais muitas vezes inconstitucionais.

Ao tratar das conquistas sociais e do Estado Liberal, expondo seu questionamento a cerca do tema Alvacir Alfredo NICZ¹⁴², assim se manifestou:

Enquanto nas Constituições liberais o Estado não se preocupava, pelo menos diretamente, com o bem-estar dos cidadãos, diversos fatores vieram a influir sobremaneira no decorrer da evolução estatal para a passagem ao Estado Providência que, sem deixar de lado os objetos principais do Estado Liberal, a ordem e a segurança, acoplou uma preocupação a mais, elegendo-a como fundamental: a de proporcionar o bem-estar aos cidadãos, através da fixação de princípios, na Constituições, que passaram a reger o ordenamento econômico e social.

Referindo a distinção entre princípios e normas, Juarez FREITAS, descreve como sendo as normas “preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, onde a presencionalidade normativa do princípio independente de regulamentação”.¹⁴³

Nesse sentido, procurando apresentar uma visão doutrinária, Clémerson Merlin CLÉVE, assim se manifestou: “A doutrina vem procurando definir a constituição como um sistema normativo de princípios e preceitos. Os princípios ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõe de maior grau de

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.219.

¹⁴² NICZ, Alvacir Alfredo. **A Liberdade de Iniciativa na Constituição**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, USP, 1980. p. 6.

¹⁴³ FREITAS, Juarez. **Administração Sistemática do Direito**, São Paulo: Malheiros, 1995. p. 42.

abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa e, bem por isso, sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional".¹⁴⁴

Quando tratamos da defesa no inquérito policial, estamos nos referindo a uma garantia constitucional de ordem principiológica, a qual deve prevalecer sobre qualquer norma infraconstitucional, como a que caracteriza a inquisitorialidade encontrada no Código de Processo Penal Brasileiro, ao se referir ao capítulo do inquérito policial.

Cândido Rangel DINAMARCO, primando pela efetividade do processo e repudiando os exageros da técnica, nos traz "observação preciosa da instrumentalidade do processo, exatamente no seu aspecto não coincidente com a efetividade do processo, consiste no repúdio ao exagero da preocupação com a técnica processual".¹⁴⁵

Ao apresentar uma relação entre norma e sanção o professor Tércio Sampaio FERRAZ JR., diz que normas são discursos decisórios estruturalmente ambíguos em que o editor controla as reações possíveis dos endereçados ao garantir expectativas sobre as expectativas de reação, "determinando as relações entre comunicadores na forma de uma metacomplementaridade caracterizada como imposição de complementariedade e imposição de simetria".¹⁴⁶

A metacomplementaridade aparece quando estabelecida uma norma, o editor ao transmitir uma mensagem define as posições de tal modo que o endereçado assuma uma relação complementar, transmitindo a mensagem ou fazendo um comentário sobre ela, no sentido de definir relações entre as partes.

O sistema normativo jurídico, visto de um ângulo pragmático, ocorre uma inter-relação entre as normas que compreendem o sistema, onde devemos nos preocupar não só com o escalonamento das normas em hierarquia, competência, compatibilidade, conteúdos, "mas também com

¹⁴⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**: Para uma dogmática Constitucional Emancipatário. Trabalho proferido no Seminário Nacional sobre o uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro: COAD, 1987. p. 48.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 377.

¹⁴⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1980. p. 22.

relacionamentos cruzados que podem até desconfirmar as hierarquias, ditadas por regras doutrinárias, princípios de interpretação, regularidades de aplicação (jurisprudência) etc.”¹⁴⁷

Pronunciando sobre estado democrático de direito e desfuncionalidade do direito em nosso país, Lênio Luiz STRECK¹⁴⁸, desta forma se manifesta:

Em nosso país, não há dúvida de que, a ótica do Estado Democrático de Direito, em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade !

O direito como sistema, e a busca pela democracia, não pode ser vista como a redução dos instrumentos de liberdades, e para Clémerson Mérlim CLÉVE, “porém as massas populares não são exteriores ao estado, portanto, nem ao direito. Em função da relação de forças que o estado condense, as classes populares poderão inserir mais ou menos conquistas no interior do sistema jurídico, democratizando-o”.¹⁴⁹

6.3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Tem considerado a doutrina brasileira, o princípio do devido processo legal, consagrado na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, *in verbis* : “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, como sendo o princípio matriz dos demais.

¹⁴⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 33-34.

¹⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. “Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33.

¹⁴⁹ CLÉVE, Clémerson Merlin. **O Direito em Relação** (ensaios). Curitiba: Gráfica Veja, 1983. p. 44.

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de José Afonso da SILVA¹⁵⁰:

É reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuída. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Mas quando tratamos da efetividade do exercício da defesa no inquérito policial, possibilitando para a defesa um instrumento garantidor de direitos, como produção de provas, e evitando arbitrariedade estatal, como se o inquisitório do inquérito policial fosse sinônimo de autoritarismo estatal.

Luís Roberto BARROSO¹⁵¹, em interpretação e aplicação da constituição, descreve o princípio da supremacia da constituição como sendo:

O princípio da supremacia da constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a idéia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: 17. ed. Malheiros Editores, 1999. p. 47.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 64.

Ao questionar a aplicação do Código de Processo Penal, que trata o inquérito policial como inquisitório, e desta feita não permitindo o contraditório e a ampla defesa, verificamos então um conflito com a constituição que garante tais princípios.

Para Jorge de MIRANDA, "a norma legal tem que ser reinterpretada em face da nova constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior".¹⁵²

Entendemos que no inquérito policial, quando tratamos da defesa como aspecto principiológico, o que deve ocorrer é a recepção dos princípios constitucionais, havendo a compatibilidade entre o velho (Código de Processo Penal) e a nova (Constituição Federal). O exercício da defesa, desde que não ilícita ou protelatória seria cabível no inquérito policial.

Na manifestação de Victor Nunes LEAL¹⁵³, ao tratar da polêmica se a lei anterior incompatível com a constituição deve ser tida como revogada ou se é necessário declarar-lhe a inconstitucionalidade, assim se pronunciou:

Parece-nos mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível.

No processo penal garantista, Alexandre BIZZOTTO, trata desse conflito, se manifestando no sentido de que a Constituição de 1988 veio,

¹⁵² Jorge Miranda, assim sintetizou com maestria as consequências jurídicas do fenómeno nos seguintes corolários: a) Os princípios gerais de todos os ramos do Direito passam a ser os que constem da Constituição ou os que dela se infiram directa ou indirectamente, enquanto revelações dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição; b) As normas legais e regulamentares vigentes à data da entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas subsistem se conforme com as suas normas e os seus princípios; c) As normas anteriores contrárias à Constituição, mesmo que contrárias a normas programáticas, não podem subsistir – seja qual for o modo de interpretar o fenómeno da contradição. (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 243).

¹⁵³ LEAL, Victor Nunes. **Leis Complementares da Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 7, 1947. p. 390.

em seu bojo, estabelecer uma série de princípios e regras que revogam boa parte das normas do Código de Processo Penal, “entretanto, uma parcela da sociedade persiste em proteger seus valores conservadores, os quais têm origem, entre outros fatores, na formação histórica de nosso país e mormente na ausência do acesso à educação, tornando a sociedade facilmente suscetível aos clamores momentâneos”¹⁵⁴.

6.4 ABRANGÊNCIA E EFICÁCIA DA AMPLA DEFESA

Tivemos a oportunidade de dissertar em capítulo anterior, sobre o princípio da ampla defesa e do contraditório, por isso vamos nos ater nesse momento em procurar expor a abrangência de tal conceito, para possibilitar a sua aplicabilidade no inquérito policial.

O primeiro conflito para a aplicabilidade da ampla defesa no inquérito policial, é a interpretação restritiva da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Alguns operadores do direito, não aceitam a aplicação da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial, isto porque a Constituição fala em litigantes em “processo”, e o inquérito policial é tido como um “procedimento” administrativo.

O segundo questionamento, é também de ordem terminológica, como a Constituição trata do “acusado”, e não do “indiciado”, devemos interpretar a Constituição de forma extensiva (*plus dixit quam voluit*) disse mais do que queria e não restritiva (*minus dixit quam voluit*) disse menos do que queria¹⁵⁵, ainda mais por se tratar de direitos fundamentais, onde

¹⁵⁴ BIZZOTTO, Alexandre e Andréia de Brito Rodrigues. op. cit. p. 4.

¹⁵⁵ Cumpre, então, ao interprete, para estabelecer o equilíbrio, atribuir a norma, no primeiro caso, um alcance menos amplo; no segundo, mais amplo. Restritiva, repita-se, porque restringe a aparente extensão da norma. Outras vezes, percebe-se que o legislador *minus dixit quam voluit* (disse menos do que queria dizer). Urge, assim, fazer as palavras da lei corresponderem ao seu espírito, e, para tanto, deverá o intérprete ampliar o sentido ou alcance daquelas. Fala-se aí em interpretação extensiva. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 36.)

todos os acusados “*lato sensu*” devem se defender, pois o ato de acusar é “imputar a alguém um crime ou delito cometido. Declarar ciência sobre alguma coisa comunicada. ”A acusação é a imputação criminal feita a uma pessoa”.¹⁵⁶

Felizmente, doutrinadores como Ada Pellegrini GRINOVER¹⁵⁷, Antonio Carlos de Araújo CINTRA e Cândido Rangel DINAMARCO, numa visão garantista do processo entendem que mesmo o inquérito policial sendo um procedimento administrativo e não um processo, não existindo acusado ou réu, mas indiciado, ainda assim os direitos fundamentais devem ser plenamente tutelados no inquérito policial, desta forma se manifestando:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nesta fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com litigantes (art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito.

Quando falamos em abrangência conceitual do princípio constitucional da ampla defesa no inquérito policial, não podemos deixar de tratar da eficácia e da validade desse princípio, os quais estão intimamente ligados, Theodor GEIGER¹⁵⁸, ao falar da eficácia e da validade das normas diz que: “*la relación entre eficacia y validez, tal y como se encuentra en la conciencia general, es extremadamente simple y parece demasiado obvia para merecer una reflexión crítica*”.

A eficácia é algo que se pode aplicar a todo um sistema jurídico, a um corpo normativo específico ou a uma norma particular, e sendo assim,

¹⁵⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit., p. 138.

¹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57-58.

¹⁵⁸ GEIGER, Theodor. **Estudios de Sociologia Del Derecho**. México: FCE, 1983. p.39.

um sistema jurídico só será eficaz quando então suas normas forem obedecidas, produzindo seus efeitos e cumprindo seus fins a que se propõe.

Se a Constituição Federal estabelece como princípio, a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, não devemos interpretá-lo de forma restritiva, deixando de aplicá-lo no inquérito policial por se tratar de procedimento e não processo, por se tratar de acusado e não de indiciado, então nesse caso não se cumpre à obediência às normas.

Ao tratar da obediência das normas Letícia Bonifaz ALFONZO¹⁵⁹, explica que a eficácia das mesmas está relacionada a sua obediência:

La obediencia y aplicación van a ser elementos que nos hagan presuponer la eficacia de la norma. Independiente de su análisis por separado, resulta interesante ver la relación que existe entre estos dos elementos y sus condicionamientos mutuos. La obediencia esta ligado ao cumplimiento, al acatamiento, al acatamiento de las normas por parte de los particulares obligados.

Na teoria jurídica, tradicionalmente, encontramos dois conceitos diferentes relacionados à efetividade das normas, que nem sempre são usadas com a devida especificação.

Do ângulo lingüístico, podemos dizer que há concepções meramente sintáticas da efetividade, caso em que a doutrina usa, embora com certa indecisão o termo eficácia, no sentido de aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma, independentemente da sua efetiva produção. Chamemos esta noção de sintática, no sentido de que a efetividade (ou eficácia no sentido técnico) está ligada à capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação ou depender de outras normas para tanto.

Por outro lado, há concepções meramente semânticas da efetividade (correspondendo ao termo alemão *Wirksamkeit*), como encontramos, por exemplo, em KELSEN, segundo as quais a norma efetiva é a cumprida e

¹⁵⁹ ALFONZO, Letícia Bonifaz. *El Problema de la Eficácia en el Derecho*. México: Editorial Porrúa S/A, 1993. p. 67.

aplicada concretamente em certo grau. Chamemos esta noção de semântica, no sentido de que se estabelece como critério a relação entre o relato da norma com o que sucede na realidade referida.

Do ângulo pragmático, há uma combinação dos sentidos anteriores. Efetiva é a norma cuja adequação do relato e do cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia equilibrada entre editor e endereçado.

Este equilíbrio significa que o cometimento é tranqüilo, permanecendo, em segundo plano, de tal modo, que os efeitos podem ser produzidos. Ao contrário, se pelo relato se exprime mal o cometimento ou se o faz de modo limitado (a norma faz referência a sujeitos ou a condições de aplicação que ela não especifica), o cometimento fica intrinsecamente afetado em diversos graus.¹⁶⁰

Isto, evidentemente, pode ocorrer por uma falha, mas, também, por motivos de controle, de modo intencional. Uma norma pode, assim, ser plenamente eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos previstos decorre dela imediatamente (por exemplo, uma norma revoga outra: o efeito extintivo é imediato), contidamente eficaz, se a possibilidade é imediata, mas sujeita a restrições por ela mesma prevista (por exemplo, normas que prevêm regulamentação delimitadora), limitadamente eficaz, se a possibilidade de produzir os efeitos é imediata, de normação ulterior (por exemplo, as normas pragmáticas).¹⁶¹

O Direito visto como ciência, para os juristas nos parece que é tido como um ordenamento fechado, como um ordenamento autossuficiente, muitas vezes vendo a norma de forma unitária e não interativa, muitas vezes desrespeitando até mesmo uma norma superior. Sob o ponto de vista sociológico o ordenamento jurídico é considerado uma subestrutura de uma estrutura mais ampla que é o sistema social.

Nessa visão sociológica, para Niklas LUHMANN, explica que, “a vigência de normas fundamenta-se na impossibilidade fática de se realizar

¹⁶⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio et.al. **A norma jurídica** por Tercio Sampaio Ferraz Jr. / e outros / Rio de Janeiro: Biblioteca jurídica Freitas Bastos, 1980. p. 29-30.

¹⁶¹ Idem., p. 30.

isso em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas. Dessa forma, a vigência de normas reside em última análise na complexidade e na contingência do campo da experimentação".¹⁶²

As normas são e sempre serão, parte de um processo de socialização, onde além de regular comportamentos, devem estabelecer direitos e deveres que permitirão a realização da harmônica relação social entre o grupo. A norma como garantia, deve se amoldar ao processo de socialização, onde se fala em internalização da norma, a qual sofre a contribuição da cultura, da família, escola, hábitos.

Ainda ao tratar da efetividade das normas que outorgam direitos subjetivos, assim se manifesta Letícia Bonifaz ALFONZO¹⁶³:

La norma que otorga derechos subjetivos, dejará de ser nugatoria, dejará de ser letra muerta, es decir, será eficaz, si estos pueden ser realmente ejercitados. Dada la diversidad de derechos subjetivos, son también muy diversos los factores que hacen posible tal ejercicio. La noción de efectividad, en el caso de las normas que otorgam derechos no se puede llevar hasta el límite de considerar que todo aquello que está permitido debe ser efectivamente practicado. La eficacia de la norma que otorga derechos se da en la medida en que existe la posibilidad real de ser ejercitado o cuando son realmente ejercitados.

¹⁶² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 53.

¹⁶³ ALFONZO, Leticia Bonifaz. op.,cit., p. 180.

7 NOVOS RUMOS PARA O INQUÉRITO POLICIAL

7.1 UMA VISÃO GARANTISTA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, nosso Estado institucionalizado passa a ser extremamente garantista, principalmente quando examinada a visão processual penal na Carta Magna.

As garantias, abrangem vários direitos, dos quais a ampla defesa, nesse sentido, para Gilmar Antonio BEDIN, “o reconhecimento destes direitos e o respeito por eles é fundamental, pois é através deles que é possível construirmos um Direito Penal e um Processo Penal Democrático e comprometido com a dignidade humana.”¹⁶⁴

Como objetos desta forma garantidora, a Constituição Federal apresenta princípios, como o contraditório e a ampla defesa, perfazendo um antagonismo às expressões ditatoriais, e como fundamento da justiça social.

Não é porém, o que encontramos na prática. Muito embora nossa lei maior, tutele inúmeros direitos e garantias processuais, nos parece que o Código de Processo Penal, quando trata do inquérito policial, tem maior valor normativo que a Carta Magna, quando restringe a aplicabilidade constitucional do princípio da ampla defesa.

Para Fábio Konder COMPARATO, ao tratar das conquistas, explica que a norma dever tem como objetivo atender, aos seres humanos, como reais destinatários das leis, “ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direitos a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e Neoliberalismo**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2000. p. 54.

¹⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.12.

A Constituição Federal de 1988, com um texto pródigo em garantias, buscou a redemocratização jurídico-formal brasileira, no afã de repudiar práticas autoritárias.

Juan Carlos Carbonell MATEU¹⁶⁶, ao tratar dos princípios do ordenamento jurídico, apresenta assim seu posicionamento:

El principio de legalidad penal aparece como una concreción del principio de legalidad general (14) y con una pretensión: la existencia de una reserva sustancial y absoluta de ley que venga a paliar la imposibilidad del monopolio legal, inalcanzable ideal ilustrado (15). No puede afirmarse, sin embargo, que dicha pretensión ilumine la totalidad de la materia penal; no hay duda de que el principio no puede ofrecer el mismo juego respecto de las normas prohibitivas – las que tipifican conductas y prevén sanciones – que de las disposiciones permisivas, especialmente si partimos, como creo que debe partirse, del principio de que todo lo que está expressamente prohibido, debe reputarse como permitiendo y de que, como se acaba de señalar, no caben las contradicciones entre las diferentes ramas del Ordenamiento jurídico. Ello permite afirmar que el Derecho penal positivo ha de quedar, en materia de justificación, de alguna manera abierto al resto del Ordenamiento. Y esa apertura puede hacerse de diversas formas.

Para o Direito Processual Penal Argentino, manifesta-se Sérgio Raul CASTAÑO¹⁶⁷, quando trata da racionalidade da lei, e interpretando ARISTÓTELES, refere-se que o intérprete da lei deve analisá-la como um bem comum a todos:

El bien común como fin de la ley.- En cualquier materia, dice Aristóteles, las leyes se proclaman en vista de la utilidad común, ya sea de todos o de alguna parte considerada principal a partir de cierto criterio. El comentador, a su vez, pone de relieve el carácter común del bien entendido por la ley recta: las leyes se refieren a algo útil a todos, como en las constituciones rectas; o al grupo o individuo gobernante. Más abajo acota el Angélico que, siendo la felicidad el fin último del hombre, la ley se propone – a nivel de la comunidad política – promover y conservar no sólo la felicidad (común) en sí misma, sino todo lo que se le ordena,

¹⁶⁶ MATEU, Juan Carlos Carbonell **La Justificación Penal**. Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1982. p.115

¹⁶⁷ CASTAÑO, Sergio Raúl **La Racionalidad de la ley** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 97.

como principaliter las virtudes, o instrumentaliter las riquezas y los bienes materiales. Con esto—y en la misma línea de Aristóteles—se afirma como fin de la ley el orden perfectivo de la comunidad en la que se adopta. Si la justicia legal señala el fin a la ley, ésta, a su vez, promueve tal virtud cimentando a través de la educación el primado del bien común. La ley promueve y conserva la utilidad común, lo cual es signo manifesto de la relevancia esencial del fin social en la constitución y existencia de los estados: a él apuntan los legisladores, y llaman justo lo que favorece esa utilidad común.

João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR¹⁶⁸, um dos primeiros a se preocupar com o aspecto constitucional do processo, ensina que:

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais ; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos Juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos árbitros, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos Juizes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões.

Deve-se se atentar para que a defesa seja efetivamente praticada, não bastando um mero ritual ou aparência de defesa formal, ou seja, a autoridade policial, de ofício, deve primar para que seja levada a efeito a efetiva defesa do indiciado, representando o Estado de forma imparcial.

7.2 NOVAS TENDÊNCIAS

Quando fala em sobre a epistemologia da modernidade, Luis Alberto WARAT¹⁶⁹ explica que a lei e o saber do Direito constituem um nível da relação simbólica do poder, manifestada por discursos monológicos,

¹⁶⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. vol 1. p. 13.)

¹⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 363-364.

outorgando ao conflito um sentido de transgressão, e dando a seguinte e pertinente visão:

Assim, na lei e no saber do Direito encontramos o mito de uma sociedade sem fraturas. Certamente, desse modo se simboliza a petrificação das relações sociais e a dissolução jurdicista dos conflitos. O mito de uma sociedade coesa permite, através do Direito, a supressão simbólica da autonomia dos sujeitos, construindo-se um imaginário coercitivo que coloca o político como uma instância do universal. Necessita-se então um trabalho de interrogação sobre o discurso jurídico, utilizando a lei e o saber e o saber do Direito contra eles mesmos, fazendo eles um lugar vazio, onde o homem autônomo não seja um grande transgressor, mas o protagonista que assegura a invenção que legitima a democracia.

Numa visão atual, Rogério Lauria TUCCI¹⁷⁰, ao tratar das garantias individuais no processo penal brasileiro, assim se manifestou:

A concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör* (garantia de ampla defesa), reclama, indubiosamente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inclupabilidade).

Para Francesco CARNELUTTI¹⁷¹, a lei como um ato legislativo, deve estar num entrosamento cíclico entre lei e prova, prova e ato, ato e idéia e idéia em conformidade com a lei, assim se manifestando:

El Código, para hablar de él una última vez, no sólo no es la ley, porque la ley es otra y el acto legislativo otro, sino que tampoco es este último porque el acto es otro y otra su prueba. Cuando lo tenemos bajo los ojos es difícil acordarse pero haría falta no acordarse nunca de que eso no es más que un medio para salir, a través de un camino largo y tortuoso, de la prueba al acto, del acto a la idea, de la idea a la ley.

¹⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria. op. cit. , p.205-206.

¹⁷¹ CARNELUTTI, Francesco **Metodologia Del Derecho**. México: Union Tipografia Editorial Hispano Americana, 1962, p. 35.

O direito de defesa e o direito ao devido processo legal encontram, hoje, amparo constitucional no artigo 5º da Carta Magna de 1988, “*in verbis*”:

“LIII – *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

LIV – *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

LV – *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

LVI – *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”;*

Nosso Código de Processo Penal está em conflito com as normas constitucionais, e precisa se coadunar com a Constituição, conforme orientação de Ada Pellegrini GRINOVER¹⁷², ao comentar a reforma do Processo Penal:

É fato notório que o Código de Processo Penal de 1941 se encontra totalmente superado pela realidade dos novos tempos, que exige um estatuto que reprima pela eficiência, evitando formalismos e procrastinações inúteis, de modo a tornar o Processo Penal mais simples, célere, desburocratizado e aberto. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 introduziu no Sistema Penal, princípios e regras com as quais o Código Processual de 1941 entrou em, conflito, de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova Ordem Jurídica ou devem ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem a Constituição.

7.3 A AMPLA DEFESA E SUA APLICAÇÃO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

¹⁷² GRINOVER Ada Pellegrini. **Anteprojetos de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.304.

O princípio da defesa no processo penal é princípio geral do direito, consubstanciado na própria essência do direito, mormente em um Estado de Direito, chegando, às vezes, a ser chamado de “Direito Natural”, como regra de validade universal.

Independente de constar em leis ou regulamentos, este princípio é de aplicação obrigatória por império de uma norma superior de hierarquia constitucional.

Ao tratar do Devido Processo Legal nos procedimentos administrativos, Carlos Roberto de Siqueira CASTRO manifesta-se no sentido de que, “o princípio de que o Poder Público subordina-se às regras que venha a editar segundo os procedimentos traçados pela legalidade constitucional é a consequência mais exuberante do Estado de Direito, calcado no primado da lei”.¹⁷³

Qualquer norma que vede a aplicação do princípio da ampla defesa é inconstitucional, ocorrendo, no caso, cerceamento de defesa, onde o referido princípio se desdobra no direito de se defender de toda imposição de evento danoso.

O direito de defesa é tão antigo quanto o homem, só que ainda encontra focos de resistência para a sua aplicabilidade. Até Deus sentenciou Adão, chamando-o antes para fazer sua defesa: “Adão – disse Deus – onde estavas tu? Não comeu da árvore de que não deveria comer ?

Na Argentina, em razão do artigo 18 da Constituição, segundo interpretação da Corte Suprema, o princípio da ampla defesa se aplica aos processos administrativos, pois “ninguém pode ser condenado sem ser ouvido”.

A jurisprudência Argentina tem admitido a aplicação do princípio da ampla defesa inclusive para organismos públicos não estatais.

Na Inglaterra, segundo a Câmara dos Lordes, os princípios da justiça natural eram de aplicação indispensável em matéria de processo administrativo, entre eles estava o princípio segundo o qual ninguém será

¹⁷³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.320.

condenado sem prévia oitiva. Dito princípio se aplica, também, no processo administrativo dos Estados Unidos da América.

No Brasil, igualmente, doutrina e jurisprudência entendem ser indispensável à aplicação do princípio constitucional da ampla defesa para validade do processo administrativo.

Portanto, nenhuma dúvida resta sobre a aplicação do princípio da ampla defesa os processos administrativos, o que nos resta é a busca pelo avanço necessário e admitir sua aplicação de forma eficaz, não só no processo, mas também nos procedimentos administrativos que possam implicar em algum ônus para os investigados.

Admitindo a possibilidade do exercício da ampla defesa no inquérito policial o Delegado Joel de Luna BOZOLO¹⁷⁴, em artigo publicado pelo IBCCRIM, assim se manifesta:

Aos litigantes, mesmo no administrativo, são assegurados, diz a Carta Magna, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ora, a polícia judiciária está praticamente “formando a culpa” do indiciado, e a ele há de se aplicar o contraditório, e com muito mais razão, a ampla defesa. *Ad argumentandum*: se não há indiciado, não há que se falar em contraditório ou ampla defesa, mas havendo indiciado, inafastável o imperativo constitucional.

7.4 O PRINCÍPIO DA DEFESA COMO CRITÉRIO DE EFICÁCIA ADMINISTRATIVA.

Para que haja uma justa aplicação do poder sobre o indivíduo, é necessário observar-se também as garantias constitucionais no procedimento administrativo preparatório para a ação penal.

Permitida a ampla defesa no processo administrativo não é só uma questão de justiça mas, também, um princípio de eficácia a sua aplicação no inquérito policial.

¹⁷⁴ BOZOLO, Joel de Luna. op. cit., p. 5.

Aplicando-se tal princípio ao procedimento administrativo permite-se um melhor conhecimento dos fatos e, por conseqüência, uma melhor possibilidade de a administração levar ao judiciário, informações mais fidedignas, tomando-se decisões mais justas.

A Constituição atual assegura aos litigantes (em 1969 “acusados”) a ampla defesa (art. 5º., LV), dir-se-á que a regra dirige-se para processo penal, administrativo ou fiscal.

Assim pensa PONTES DE MIRANDA, como já referimos anteriormente. No entanto, essa restrição deve ser ponderada. O fato de alguém ser acusado não leva fatalmente a entender-se incriminação penal.

Na tradição constitucional brasileira essa diretriz era para o processo penal, tanto que desde 1824 falava-se em prisão, culpa formada, nota de culpa, expressões não mais usadas no texto atual.

A Constituição da Italia considera direito inviolável a defesa em todos os graus de procedimento (art. 24). O Direito italiano usa a expressão *convenuto contumace* no sentido de réu revel, como se depreende do ensinamento de LIEBMAN: “*Contumace è più propriamente, la parte Che non si è costituita nel processo, cioè quella Che non há provveduto a legittimare il suo difensore, o se stessa in tale qualità, nei casi consentiti presso il giudice della causa*”(*Manuale di Diritto Processuale Civile, II / 70, 1974*). CHIOVENDA, ao tratar da revelia, também usa a expressão “réu contumaz”, no sentido de revel (Instituições, III/149, 1965). Enfim, para o Direito italiano, a contumácia é o não-exercício da faculdade de agir, como expressa Sergio Costa (Novíssimo Digesto, iv/774).¹⁷⁵

Mesmo em casos absolutamente claros, onde a prova seja contundente, deve-se aplicar o princípio da ampla defesa, pois além das razões ou motivos de legitimidade, a administração, materializada na Polícia Judiciária, tem motivos de oportunidade, méritos ou conveniência para decidir a produção de determinada prova, salvo requisição.

¹⁷⁵ ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.44.

Tal se dá, pelo fato do Estado Moderno adotar como uma de suas finalidades fundamentais a realização do bem estar do cidadão, o auxílio às classes menos favorecidas, como muitos chamam de bem comum.

7.5 O PRINCÍPIO DA DEFESA COMO CRITÉRIO DE EFICÁCIA POLÍTICA.

O exercício da defesa em sua plenitude, caracterizaria o inquérito policial como um procedimento legal e justo, onde se respeitariam integralmente o direito da ampla defesa, servindo, também, como critério de eficácia política.

O cerceamento de liberdade de forma injusta, processos “viciados” e ao arrepio da lei, trato descortês com os indiciados, etc..., aumentariam o descontentamento do envolvido no inquérito policial em relação ao governo, pelo atendimento das autoridades policiais.

Ao citar o princípio da defesa como eficácia política, não podemos nos furtar sobre a relação direta que o direito tem com a política, a qual vai num crescendo cada vez mais intenso, à medida que a lei vai sendo considerada sob o prisma da justiça. E esta, possuindo no seu bojo as conotações essenciais dos preceitos jurídicos, passa a constituir as finalidades supremas da ordem política, onde ética, direito e política se confundem e se entrelaçam, num nível superior. É então que surgem as chamadas exigências naturais das pessoas e da ordem social.

Ao comentar as implicações atuais entre o direito e a política, Antônio Celso MENDES¹⁷⁶, manifestou-se da seguinte forma:

Ora é evidente que o clamor coletivo em função do processo de conscientização democrática influirá decisivamente na maneira de instituir as leis, moldando uma prática legislativa que deverá estar consentânea com os interesses do pluralismo participativo. Igualmente, quanto ao desenvolvimento ideológico na prática política, uma sensata ciência do direito poderá contribuir

¹⁷⁶ MENDES, Antonio Celso. **Direito Ciência Ideologia e Política**. Curitiba: HDV, 1984, p.125.

decisivamente para evitar ou denunciar as conseqüências trágicas que ocorrem, quando opiniões descabidas são impostas ao corpo social com aparência de validade jurídica, ou, sem meia palavras, o uso do direito para fornecer cobertura legal para crimes políticos, fato comum entre as ideologias totalitárias.

Nessa linha de pensamento, Antonio Carlos BARANDIER, explica que: com relação a eficácia política, "o devido processo legal e as demais garantias constitucionais e processuais, que pertencem ao grupo social, inerentes ao Estado Democrático de Direito. Fora daí, tudo é permitido, inclusive os mais repugnantes crimes, típicos do Estado que desrespeita o ser humano e o reduz a um objeto passivo à mercê da violência dos inquisidores".¹⁷⁷

Ao contrário (ouvindo-se o indiciado, permitindo-se a realização de provas, o exercício da defesa para a busca da verdade real, etc.), aplicando-se o devido processo legal, com todas suas vicissitudes, certamente teremos um governo com melhor aceitação.

O Estado, ao monopolizar a possibilidade da resolução dos conflitos de interesses, deve como mínima forma de admissão política e jurídica, colocar a disposição dos processados um meio hábil de exercício a defesa, e as acusações impostas, independente de ser a via administrativa ou judicial, se em processo ou em procedimento.

O princípio da ampla defesa deve ser aplicado antes de ser proferida qualquer decisão que afete os direitos ou interesses de uma pessoa, ressalvados os casos excepcionais, como as prisões cautelares, interceptação telefônica, etc.

A defesa, sendo um direito natural do ser humano, e de opção política para realização do bem comum, Miguel REALE, assim traduz, "é claro que o fundamento do processo ideológico coincide com o dos chamados direitos humanos, em visão dos quais se constitui o leque das

¹⁷⁷ BARANDIER, Antonio Carlos. **As Garantias Fundamentais e a Prova** (e outros temas). Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 1997. p. 28.

opções Políticas julgadas mais idôneas para a realização concomitante do bem individual e do bem comum.”¹⁷⁸

Excepcionam-se situações de extrema urgência ou estado de necessidade pública, em que a precariedade do tempo e a gravidade da situação podem fazer indispensável tomar alguma decisão de forma imediata, restando para uma segunda etapa o cumprimento da garantia da ampla defesa.

7.6 NOVOS DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

Os desdobramentos do princípio da ampla defesa, mormente nos Estados de Direito, têm tomado entidade própria: princípio da razoabilidade, princípio da publicidade dos atos e procedimentos estatais, princípio da proporcionalidade fundamentação dos atos administrativos e princípio do controle da produção da prova.

Francesco CARNELUTTI¹⁷⁹, trata desses conflitos de interesses como sendo causas de desagregação social, assim se manifestando:

Scopo del dirittó—Purtroppo, però, l'etica non parla se non alla coscienza; e non tutti gli uomini sono sensibili alla sua voce. Non bisogna, su questo tema, essere né scettici né illusi. L'umanità fa in tutte lê direzioni la sua strada; peraltro nella direzione dell'etica il suo cammino è assai lento. Anche qui, a poco a poco, gli uomini diventano migliori; ma i loro passi sono impercettibili come se la lancetta dell'orologio si movesse su un quadrante di secoli. Comunque quel tanto di cammino, che in questa possano aver percorso o possano percorrere, non permette di ritenere che adesso e Dio sa per quanto tempo ancora l'etica abbia una forza sufficiente per reagire al conflitto di interessi come causa di disgregazione sociale.

A paz social é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo, pois que o direito ainda

¹⁷⁸ REALE, Miguel **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideológicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99-100

¹⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco **Teoria Generale del Diritto** Roma: Soc. Ed. De., "Foro Italiano", 1951.p.21

esteja ameaçado pelos ataques da injustiça, e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo. A vida do direito é uma luta: luta de povos, do Estado, das classes, dos indivíduos, e luta por ideais.

Quando falamos em novos desdobramentos do princípio da ampla defesa, estamos nos referindo à possibilidade de sua aplicação efetiva no inquérito policial, não somente a participação tímida da defesa na produção das provas periciais, a ser introduzida pela reforma, como veremos a seguir.

7.7 A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, foi instalada no dia 08 de fevereiro de 2000, composta de 10 juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e sob a presidência da professora Ada Pellegrini Grinover.

Profundas são as modificações introduzidas na investigação criminal. Antes de tudo, deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções próprias da polícia judiciária, encarregada das investigações; do Ministério Público, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle; do juiz, imparcial e eqüidistante, para a concessão de medidas cautelares; da defesa, assegurada desde o momento em que o investigado passa formalmente à situação de indiciado; do ofendido, que pode exercer diversas atividades ao longo das investigações.¹⁸⁰

Dos dias 23 a 26 de agosto de 2000, por ocasião da III Jornada de Direito Processual Penal, realizada em Brasília, houve um grande debate com os representantes dos vários seguimentos envolvidos na persecução penal sobre a reforma.

O projeto estabelece normas de desburocratização das comunicações e demais atos da investigação criminal e orientamos processo numa visão mais garantista.

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. **A Reforma do Processo Penal** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº33, Ano 9, Jan-Mar 2001. p. 306-307.

Sugestões foram apresentadas no congresso, pessoalmente, vias postais, eletrônicas, etc. Posteriormente foram com base nos estudos e discussões elaborados sete anteprojetos de lei :

- 1º) Investigação Criminal;
- 2º) Procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória;
- 3º) Provas;
- 4º) Interrogatório do acusado e defesa efetiva;
- 5º) Prisão, medidas cautelares e liberdade;
- 6º) Júri;
- 7º) Recursos e ações de impugnação.

O que mais nos interessa é a investigação criminal, sendo que para a Comissão deverão ser molas propulsoras da investigação a agilidade e a transparência, abolindo inclusive a expressão “investigação policial”.

7.9.1 Abrangência do Projeto

O artigo 4º do referido projeto traz um dispositivo que reúne duas modalidades de investigação criminal, o inquérito policial e o termo circunstanciado, porém mantém o projeto a prescindibilidade da investigação.

Com relação à agilidade investigatória anteriormente mencionada, é ela verificanda nas infrações contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, sendo previsto que a autoridade administrativa deve remeter os elementos de informação diretamente ao Ministério Público.

Trata o artigo 4º da “*notitia criminis*”, a comunicação do fato criminoso e as providências da polícia, as quais poderão ser realizadas oralmente ou por escrito. Busca o projeto também minimizar a polêmica de quem é a autoridade, ou quem será o encarregado do inquérito policial, não tratando das funções ou poderes das autoridades.

Por isso, um código democrático há de ser informado pela necessidade de tutelar os direitos e garantias individuais, sem se descuidar, entretanto, da defesa social. Note-se que tais direitos e garantias individuais não podem ser vistos romanticamente em plano abstrato, mas estão concretamente vinculados à consecução do bem comum, valor preponderante na vida de relação, conforme ressaltaremos mais adiante.¹⁸¹

7.9.2 Sistemática da Comunicação das Infrações

O início das investigações seguiu o disposto no contido do artigo 5º do Código atual, com apenas uma alteração: eliminou a possibilidade do início das investigações mediante requisição da autoridade judicial, onde o juiz ao tomar conhecimento da infração penal deverá comunicá-la ao Ministério Público.

Ao ofendido são asseguradas as garantias da persecução da infração penal, e no caso do indeferimento da investigação criminal, por parte da autoridade policial, o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer a autoridade policial superior ou representar ao Ministério Público.

7.9.3 Princípio da Oficialidade e Obrigatoriedade

Por inúmeros problemas administrativos ou de outra ordem, sabemos que na maioria das ocorrências levadas ao conhecimento da polícia judiciária não se instaura procedimento investigatório algum, e, apesar da obrigatoriedade, só chegam ao Ministério Público, inquéritos que pela discricionariedade da autoridade policial os remetem.

O que se questiona no projeto de reforma é que, a ação não penal pública é obrigatória, e o Ministério Público, ação encarregado de procedê-la não toma conhecimento da maioria dos casos. A intenção é de que o Ministério Público tome conhecimento de todas as ocorrências policiais,

¹⁸¹ JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: 1995. p. 447.

buscando a transparência nas investigações policiais, e cumprindo a Magna Carta¹⁸² em seu exercício de controle da atividade policial.

A polícia, salvo nos casos onde não possua elementos, estava obrigada a lavrar o termo circunstanciado, nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, ou o respectivo inquérito policial nos demais casos. Em caso de dúvida quantos a instauração, a autoridade policial deve remeter os fatos ao Ministério Público para seu crivo.

Quanto ao arquivamento do inquérito ou não prosseguimento da ação penal por parte do Ministério Público, continua a vigorar a possibilidade da revisão pelo Procurado Geral da Justiça.

A autoridade policial ao tomar conhecimento da infração penal deve instaurar o inquérito policial, ou lavrar o termo circunstanciado, se a infração for de menor potencial ofensivo, não podendo haver desprezo de ocorrências, salvo não havendo elementos como já dissemos anteriormente.

7.9.4 As Diligências e o Contraditório

O projeto altera os incisos, I, IV, V, VI, VII do artigo 6º do Código de Processo Penal atual.

No inciso I, aumenta a responsabilidade da polícia, ao determinar que além de deslocar e manter o local de crime, deverá permanecer até a saída dos peritos para a proteção dos mesmos.

Outra alteração é de ordem terminológica preferindo a Comissão tratar de investigado do que indiciado, pois todo indiciado é investigado e nem todo investigado será indiciado.

O novo inciso V elimina a acareação, e o inciso VI vem disciplinar as perícias, perito oficial e *ad hoc*, assistente técnico e ainda no inciso VII

¹⁸² Constituição Federal de 1988, art. 129. São funções institucionais do Ministério Público VIII – exercer o controle extenso da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior (L.C. 73/93 – Estatuto do Ministério Público da União).

simplifica a redação do artigo 7º do C.P.P e trata com mais cuidado sobre a reprodução simulada dos fatos.

O contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-o enquanto a garantia de meios e resultados. A suficiência constitucional de uma lei não se basta na estipulação de que tal atividade será operacionalizada através do “processo” ou na simples qualificação de um procedimento como processo. É imprescindível a presença da possibilidade efetiva de cumprir todas as atividades processuais tecnicamente idôneas para fazer valer o direito, aliado á obtenção do provimento adequado ao pedido.¹⁸³

Muito embora não fosse necessário, dada a hierarquia das normas e a prevalência da Constituição Federal, o artigo 6º da reforma, trata da garantia constitucional do contraditório, prevendo a participação do Ministério Público, do ofendido e do investigado nas perícias, além da faculdade da formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

7.9.5 Aspectos da Investigação

Estabelece ainda no novo artigo 6º em seus parágrafos 3º e 4º, onde a garantia do investigado é um processo justo, verificando um amplo e irrestrito atendimento a todas as garantias constitucionais e, conseqüentemente o devido processo legal.

A visão é de um direcionamento desburocratizado da investigação, evitando-se atos desnecessários, numa investigação célere e com depoimentos informais, podendo ser colhidos de forma singela, evitando-se inclusive as “intimações” policiais.

As testemunhas poderão ser ouvidas em sua casa, seu trabalho, na rua e sempre que possível na própria hora dos fatos.

¹⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe . **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Editora Max Limonad.1998. p. 64.

Tais depoimentos além de sua informalidade, poderão ser registrados em áudio ou audiovisual, que também terão como destinatário o Ministério Público.

7.9.6 Objetos da Investigação Criminal

A comissão Pellegrini trouxe no seu artigo 7º, os seguintes objetivos da investigação criminal:

- a) formar o convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação;
- b) colher elementos necessários à efetivação das medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Estabeleceu o parágrafo único do artigo 7º, a garantia constitucional do contraditório, assim prevendo: “os elementos informativos da investigação criminal não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas irrepetíveis¹⁸⁴ e cautelares, que serão submetidas ao contraditório diferido”.

7.9.7 Do Interrogatório do Indiciado

Estabelece o artigo 8º a faculdade do indiciado comparecer para o seu depoimento e ainda a garantia constitucional ao silêncio: “o indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais”.

Quanto à identificação criminal, aplica-se no que couber a Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000, que trata da identificação datiloscópica, para autores de determinadas infrações penais.

¹⁸⁴ Provas irrepetíveis são aquelas que, por qualquer motivo fático, não podem ser repetidas no processo com a observância do contraditório. Por exemplo, o depoimento de uma testemunha que já tenha falecido.

Além da identificação, deve ser investigada a vida pregressa do indiciado (características individuais, familiares, sociais e econômicas), onde o mesmo além de comunicar seu endereço deverá sempre atualizá-lo.

Atualmente o Advogado Criminalista sabe que o interrogatório policial na prática não vale como prova. Todavia, se coerente com a versão apresentada na instrução criminal, passa a ter peso na formação da convicção do magistrado, seja para condenar seja para absolver. Vale esclarecer que a exigência de assinatura de duas testemunhas no Termo de Interrogatório na Polícia, nem sempre é obedecida. Mas é comum a Autoridade Policial, ou mesmo o escrivão, solicitar ao Advogado, que acompanha o indiciado, que assine, também, o Termo de Interrogatório. A assinatura do Advogado dará credibilidade à versão do interrogado, e isto certamente será explorado futuramente pela acusação.¹⁸⁵

7.9.8 Prazo para a Conclusão das Investigações

Encontramos na reforma três prazos para sucessivos momentos do procedimento de investigação:

1º) Ao tomar o conhecimento do fato¹⁸⁶, a polícia terá 10 dias para instaurar o inquérito policial ou lavrar o termo circunstanciado;

2º) Instaurado o inquérito, em 20 dias deverá concluir as investigações, encaminhando os autos de inquérito ao Ministério Público;

3º) Finalmente, se o indiciado estiver solto a polícia disporá de 30 dias para concluir todas as diligências.

Notamos que, o projeto previu um aumento no prazo para a conclusão do inquérito: tratando-se de réu preso aumentou de 10 para 20 dias, e réu-solto de 30 para 60 dias.

¹⁸⁵ GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento Policial Inquérito** 7 ed. Goiânia: Editora AB Cultura e Qualidade, 1998. p.471.

¹⁸⁶ Nesse sentido quando a polícia toma o conhecimento da "*notitia criminis*", recebe o requerimento, a representação, a requisição para a instauração do inquérito.

Com relação à busca pela agilidade no inquérito policial, a reforma procurou desburocratizar a investigação, pois na atualidade o encarregado pelo procedimento, após a conclusão o encaminha à justiça, onde perde tempo no cartório, com registros, etc. A previsão é de encaminhamento direto ao Ministério Público, abreviando tais formalidades.

7.9.9 Do Ministério Público

No parágrafo segundo do artigo 9º, estabelece projetos as condutas do Ministério Público, ao receber os autos do inquérito policial:

- a) oferecer a denúncia;
- b) promover o arquivamento do inquérito;
- c) aguardar por até trinta dias novas diligências de investigação especificadas pela autoridade policial;
- d) requisitar diligências, indispensáveis à denúncia, as quais deverão ser realizadas em trinta dias.

Seguindo o que hoje encontramos no procedimento em crimes praticados por funcionários públicos, com a reforma encontramos um dos aspectos que defendemos: antes do reconhecimento da denúncia, o juiz deverá citar o acusado, concedendo-lhe a oportunidade de oferecer uma defesa prévia, podendo ser ouvido ou indicar testemunhas, e só após isso o juiz receberá ou rejeitará a denúncia.

O Ministério Público, quando necessitar de novas diligências no inquérito policial, deverá requisitá-las fundamentadamente, evitando baixas de inquérito sem especificações do desejo ministerial nos autos, como vem ocorrendo freqüentemente nos dias de hoje.

A requisição de novas diligências não obsta o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

Aparece a figura dos autos suplementares, onde o inquérito estando em juízo, à autoridade policial prossegue com suas diligências encaminhando os novos fatos apurados para serem juntado aos principais.

O novo projeto prevê o retorno do inquérito a Delegacia, pois, encaminhando os autos as novas diligências serão realizadas em mais trinta dias, o Ministério Público ou denúncia ou promove o arquivamento.

7.9.10 Das Garantias do Ofendido e do Acusado

Como já tratamos anteriormente, o projeto prevê para o ofendido a garantia da persecução do inquérito diante da inércia da polícia, com recurso à autoridade policial superior, a caso não seja atendido ao Ministério Público a possibilidade de apresentar representação o projeto apresenta uma grande abertura ao estabelecer em seu artigo 14, a possibilidade do ofendido, investigado e indiciado requererem a polícia ou ao Ministério Público a realização de qualquer diligência.

Note-se que a Constituição Federal já garante tais direitos aos acusados na previsão da ampla defesa, mas infelizmente ainda há na jurisprudência e doutrina majoritária o entendimento da necessidade de uma norma infraconstitucional virá estabelecer tais direitos para poderem ser aplicados o que deixa de lado a hierarquia das normas e a aplicação da Constituição fatores já defendidos anteriormente em capítulo específico.

A pessoa acusada, no sistema jurídico moderno, ao contrário de outros sistemas, possui vários direitos. Estes direitos transformam a pessoa acusada, de mero objeto do poder punitivo do Estado, em sujeito de direitos. A referida transformação, como se pode ver, é fundamental pois indica uma profunda mudança do Direito Penal e do Direito Processual Penal, ou seja, na forma do exercício do poder punitivo do Estado.¹⁸⁷

Ao acusado menor de 21 anos, o artigo 15 do projeto prevê a nomeação de curador, não de forma genérica como no atual código, que inclusive absorve a possibilidade da nomeação de policiais, que ficam com a responsabilidade de questionar a própria polícia em favor do menor infrator ? Não acreditamos!

¹⁸⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. op. cit., p. 52-53.

Tal previsão é específica e o projeto indica que deve ser nomeado como curador preferencialmente um advogado, vedando a nomeação de pessoas como: analfabetos, servidores da polícia do Ministério Público e do Poder Judiciário. A, preferência porém é na pessoa um advogado.

Ainda como garantia, o projeto no artigo 16 prevê a necessidade de fundamentação para todos os atos oriundos da polícia e do Ministério Público, inovando e procurando dar ao inquérito policial uma visão mais garantista.

7.9.11 Do Sigilo do Inquérito e da Intimidade do Acusado

A nova redação do artigo 20 do Código de Processo Penal, vem a estabelecer que a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz, assegurarão na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos, pois no código atual fala-se somente em autoridade, não especificando quais.

No seu parágrafo primeiro assim estabelece: *“Devem ser preservadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, tanto do investigado como do indiciado, ofendido e testemunhas”*.

As autoridades policiais estão proibidas de expor as pessoas que fazem parte da investigação criminal, tanto o investigado quanto o indiciado, o ofendido e testemunhas, sob pena de responsabilidade, ou seja, as autoridades devem respeitar o direito à intimidade quando na divulgação de determinadas informações à imprensa.

No artigo 21 encontramos um reforço da liberdade e das garantias, pois o mesmo assim prescreve: *“É vedada a incomunicabilidade do preso”*. Seguindo a previsão constitucional, a nova vedação vem a eliminar tal medida tão combatida pelos operadores do direito, acabando com a polêmica providência nascida nos regimes autoritários.

7.9.12 A Desnecessidade do Inquérito Policial

A comissão de Reforma do Código de Processo Penal apresenta à sociedade, como já falamos, a busca pela agilidade processual. Tanto o fez, que em crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária e a ordem econômica, ou seja os que decorrem da criminalidade organizada, e os que afetam a economia pública e popular, determina em seu artigo 26 que, nesses casos, os elementos de informação sejam remetidos pela autoridade administrativa diretamente ao Ministério Público.

Nestes casos, a administração pública encaminha os elementos de informação, de forma completa ou não (podendo fornecer novos dados posteriormente), ao Ministério Público, que assume o controle do inquérito, processo, ou procedimento administrativo, podendo oferecer desde logo a denúncia, promover o arquivamento ou requisitar novas diligências e, se necessitar dos serviços policiais poderá requisitá-los.

Pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder mas nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova.

A tradição inquisitória pura, tal como derivada dos processos eclesiásticos, baseia-se na repressão das infrações, por intermédio de um órgão público encarregado de estabelecer a verdade dos fatos, que possui, para esse fim, o processo de investigação, reunindo em suas mãos as funções de pesquisa, instrução e julgamento.

Esse processo, que se desenvolveu na organização eclesiástica, predominou quando quase todos os países da Europa ocidental eram dominados pelo Absolutismo. Não havia limites ao poder da Igreja, tendo em vista que ela conciliava seus interesses aos objetivos dos monarcas (aliança entre os reis e a igreja). O processo inquisitório foi acolhido pelo Absolutismo como instrumento de centralização da monarquia a partir do século XII.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Alguns autores, indicam que na verdade ele teria surgido para reprimir injustiças, porque, com a diferença de classes e com o atuar das forças sociais e econômicas que se observou durante a idade média, inexistia, na realidade, a igualdade apregoada pelo sistema acusatório, pois prevalecia sempre o interesse sempre do mais poderoso, quer fosse o acusado, quer fosse o acusador. Nesse sentido, os ensinamentos de João Medeiros de Almeida Júnior: 'o sistema inquisitório contém elementos que não podem ser repetidos, tanto assim que foi, nos séculos XIII a XVIII, uma garantia de justiça e liberdade. Quando o homem de condição humilde estava exposto às arbitrariedades por fortes, ricos e poderosos, não lhe era fácil comparecer ante

Também para Frederico MARQUES, “no direito processual penal brasileiro, apenas o sistema acusatório pode ser acolhido, já que são garantidos constitucionalmente aos acusados da prática de uma infração penal a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, e a instrução criminal contraditória, de acordo com o previsto nos incisos LXI, LXII, LXIII e LXIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988”.¹⁸⁹

Acrescenta ainda Frederico MARQUES que, no nosso processo penal, “não há a figura do juiz inquisitivo, pois separadas estão as funções de julgar e de acusar, cabendo a iniciativa do processo ao Ministério Público ou ao particular, conforme a ação seja de iniciativa pública ou privada, ficando para o juiz os exercícios das atividades inerentes aa função jurisdicional do Estado”.¹⁹⁰

Ainda de acordo com o mestre citado, embora a lei processual penal pátria permita ao juiz investigar *ex officio* a verdade (artigo 156, do Código de Processo Penal), e embora seja ele responsável pelo impulso oficial do processo, esses aspectos não desvirtuam a natureza acusatória, pois a função de investigar é exercida apenas subsidiariamente, cabendo precipuamente ao Ministério Público e à defesa trazer aos autos elementos que comprovem as respectivas teses.

O impulso oficial do processo visa apenas ao exercício pelo juiz do poder de direção do procedimento, para evitar que o desenrolar dos atos e fases processuais fique a critério do poder dispositivo das partes, que muitas vezes têm interesse no retardamento ou na aceleração do processo. Nota ainda Frederico Marques, que essas atividades do juiz não

as justiças senhoriais para acusar sem reboço, sem constrangimento e sem o temor e a quase certeza da vingança; o direito canônico, opondo ao procedimento acusatório o procedimento inquisitório, foi adversário da força tirânica; se os abusos desnaturaram a instituição, causando mais tarde males superiores aos benefícios, isso não exige a abolição do sistema, e sim a criação de cautelas para seu aproveitamento. Foi por isso que, desde o século XVII, as nações em sua maioria trataram de adotar um sistema misto, em que os direitos individuais se harmonizassem com as exigências da defesa social, em nenhum destes sistemas, quer o inquisitório, quer o acusatório, ficasse entregue à suas próprias tendências”. (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 229.)

¹⁸⁹ Marques, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.p. 71.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 72.

são privativas do processo penal, mas também exercidas por ele no processo civil.

Afrânio Silva JARDIM, concorda com TOURINHO FILHO e Frederico MARQUES, asseverando que o “nosso Código de Processo Penal adotou o sistema processual penal do tipo acusatório, sistema que acabou sendo depurado pela Constituição Federal de 1988”¹⁹¹, e ainda segundo o autor¹⁹²:

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes.

A solução apontada por Jacinto Nelson Miranda COUTINHO para superar a estrutura inquisitória seria acabar com o inquérito policial, “não para introduzir-se (como ingenuamente querem alguns menos avisados) o chamado juizado de instrução (juizes ou promotores de justiça não serão menos inquisidores que as autoridades policiais: basta estar naquela situação!), mas para, aproximando-se da essência acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório”¹⁹³

¹⁹¹ JARDIM, Afrânio Silva. op. cit., p.197.

¹⁹² JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexão Teórica sobre o Processo Penal**. Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p., 160.

¹⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. op. cit. p. 33-45.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito policial, constitui um instrumento de investigação, preparatório para a ação penal, subsidiando a atuação persecutória do Ministério Público; onde a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal, não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas constitucionais que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações.

Vislumbramos a possibilidade do efetivo exercício das garantias constitucionais, não só na ação penal, como também no inquérito policial, pois o indiciado também é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do estado, poderá gerar a absoluta desvalia das provas obtidas no curso da investigação policial.

O Direito Criminal adjetivo, como instrumento de direitos e garantias, deve assumir um papel relevante em favor da cidadania, de forma genérica e não restritiva.

Os avanços são necessários, inclusive, fundou se recentemente o instituto de defesa do direito de defesa (IDDD), o qual tem como uma de suas finalidades “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição Federal, tais como a presunção de inocência, o contraditório e o devido Processo Legal”.¹⁹⁴

O representante do Ministério Público para validamente formular a sua denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base, que não seja eivada de vícios em sua origem, a fim de que, o exercício desse dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal.

¹⁹⁴ DOTTI, René Ariel. **O Direito Público à Defesa**. Breviário Forense. Curitiba: Disponível na Internet: <http://www.paraná-online.com.br>, de 28/04 a 04/05 de 2002.

No contexto do direito processual penal, nota-se que houve especial preocupação do constituinte para fixar parâmetros essenciais, a fim de preservar os direitos e garantias individuais do homem, porém o que realmente precisa é a efetivação dessas garantias.

Não podemos admitir um Estado de Direito, que, cujas normas processuais penais estejam distanciadas da Constituição, sem obediência a mesma, ou ignorando-a. Estando no ápice da hierarquia das leis, a Constituição Federal, traça os caminhos pelos quais deve seguir o legislador de modo que nenhum mandamento existente nas leis processuais pode contrastar ou ferir a vontade expressa do constituinte.

A busca de um processo justo e equilibrado, ou o direito de defender-se provando, como diz Antonio Magalhães GOMES FILHO, nesse contexto, surge como essencial ao indivíduo o direito à prova, “é direito do cidadão ser submetido ao devido processo legal; é também direito individual lançar mão da ampla defesa e do contraditório”.¹⁹⁵

É, por outro lado, garantia fundamental, ter a possibilidade de utilizar todos os recursos inerentes à amplitude da defesa, bem como desfrutar de um processo justo e equilibrado, que conte com a imparcialidade do órgão julgador.

Não haverá processo justo, nem imparcialidade do Estado na aplicação da lei e muito menos isonomia-processual, caso inexista uma ampla defesa efetiva e o respeito ao contraditório.

Sem os direitos e garantias individuais, previstos na Constituição Federal, o Processo Penal estaria “esvaziado”¹⁹⁶, e sua aplicação poderia ser seriamente prejudicada, não correspondendo às exigências de um Estado Democrático de Direito.

¹⁹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O Direito a Prova no Processo Penal**, tese para concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1995.p.77.

¹⁹⁶ Cf. René Ariel Dotti “O processo penal é o espelho que reflete o tipo de regime político vigente num determinado espaço e num período histórico delimitado. As linhas do processo penal estabelecidas na Carta Política de 1988 correspondem às exigências de um Estado Democrático de Direito que não se satisfaz com as meras proclamações de um Estado liberal, mas, como Estado Social, reage contra os excessos do individualismo a fim de melhor atender os interesses coletivos”, RT 677/330.

A defesa, adequadamente assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão mas, sobretudo, com a dignidade humana.

E essa defesa, segundo precisa observação de José CRETELLA JÚNIOR, reportando-se ao magistério de PONTES DE MIRANDA, “é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial”.¹⁹⁷

E Pontes de MIRANDA, por sua vez, já intuía, com a sempre louvada genialidade, que a determinação da contraditoriedade da instrução criminal, em nível constitucional, afasta “qualquer possibilidade de expedientes inquisitoriais, com as características de opressão e conseqüentes parcialidades ou arbitrariedades. Seja judicialmente, ou perante o juiz, ou perante a polícia, ou perante as autoridades administrativas, a instrução criminal tem de ser, por força da Constituição contraditória”.¹⁹⁸

A marca característica da defesa no processo penal, com defende Geraldo PRADO “está exatamente em participar do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o oposto daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações”.¹⁹⁹

O exercício da defesa no inquérito policial, além de garantia, só trás benefícios para o processo penal, senão vejamos:

Para o Ministério Público, no oferecimento da denúncia e início da ação penal, bem como, nas suas manifestações que solicitam novas diligências, suas dúvidas e seu posicionamento seriam mais imparciais e

¹⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. cit., v. I, p.371.

¹⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1, de 1969**, cit., t.v, p.257-8.

¹⁹⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 141.

mais justos, como descreve Roberto LYRA, "o Ministério Público não é um acusador sistemático. Não é um acusador de ofício. não é um advogado dos governos. Não é, sequer um advogado do estado. Não é mesmo, o defensor incondicional da lei como expressão da ordem política e social vigente. É, já disse o curador do interesse geral, o patrono do interesse coletivo".²⁰⁰

Ao Poder Judiciário, na busca pela verdade, para que azo encontre a sua decisão, assistindo ao indiciado, a quem a *sanctio júris* potencialmente se dirige, o direito de atuar na demonstração dessa verdade, onde nesse sentido, Fernando de Almeida PEDROSO, assegura que, "a verdade norteadora do desfecho processual, entretanto, somente, poderá ressaltar do bojo do processo se esse contiver um diálogo *inter partes*."²⁰¹

Para a defesa, todo momento é hora para exercitá-la, independentemente se é em processo ou procedimento, se é acusado ou indiciado, não sendo de má-fé, ou meramente protelatório, a defesa deverá ser recepcionada pela Autoridade Policial.

Com propriedade, José Laurindo de SOUZA NETTO, explica que "o fato de o Inquérito Policial ser mera peça informativa para fundamentar a denúncia, sem valor suficiente para embasar decisão condenatória, não tem o condão de dispensar a existência de advogado."²⁰²

Concluímos que, as discussões referentes a defesa no Inquérito Policial estão emergindo constantemente, e cada vez mais forte, tanto nos tribunais quanto na doutrina, o que precisamos é exercê-la, e inovar cada vez mais, como nas palavras de André-Jean ARNAUD: "Se tens uma teoria, se estás disposto a correr riscos, se és militante, então és um jurista do século XXI."²⁰³

²⁰⁰ LYRA, Roberto. Teoria e prática da Promotora Pública. 2 ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989. p.70

²⁰¹ PEDROSO, Fernando de Almeida .op.cit. p. 27.

²⁰² SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p.289.

²⁰³ Apud. Amilton Bueno de Carvalho. **Magistratura e Direito Alternativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 137

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Alexandre Arone de. **A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito**, in Ensaio Jurídicos "O Direito em Revista", Rio de Janeiro: IBAJ, 1996.
- ACOSTA, Walter P. **O Processo Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor Ltda, 1989.
- ADRIÁN, Salvador Minguijón. **História del Derecho Espanhol**, tomo II, 4. ed. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor, 1953.
- ALFONZO, Leticia Bonifaz. **El Problema de la Eficácia en el Derecho**. México: Editorial Porrúa S/A, 1993.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. vol 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- ANDRADE, Wanderley. **A Defesa Criminal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.
- ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe . **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Editora Max Limonad.1998.
- BARANDIER, Antonio Carlos. **As Garantias Fundamentais e a Prova** (e outros temas). Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 1997.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é Justiça**. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1984.
- BARBOSA, Rui. **O Dever do Advogado**. Carta a Evaristo de Moraes, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, AIDE, Ed., 1985.
- BARROS, Aidil de Jesus Paes de, e Neide Aparecida de Souza Lehfeld, **Projeto de Pesquisa: Propostas Metodológicas**, 4. ed., Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. São Paulo: Saraiva, 1.996.

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1996.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e Neoliberalismo**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2000.
- BIZZOTTO, Alexandre e Andréia de Brito Rodrigues **Processo Penal Garantista**. Goiânia: Editora AB, 1998.
- BOZOLO, Joel de Luna. **A conservação do Inquérito Policial**. Disponível na Internet: <http://www.direitocriminal.com.br>, 17.08.2001.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. 42. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto-lei nº 1.002 de 21/10/1969, Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1962
- BURLE FILHO, José Emmanuel e Eduardo Silveira Melo Rodrigues. **O Arquivamento do Inquérito Policial**, 1.ed. São Paulo: Fiúza Editores, 1966.
- CAETANO, Marcelo. **Princípio Fundamentais do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T.de. **Da Prova no Processo Penal**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAMON, Alberto **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale** Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2000.
- CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, 1941**. Código de Processo Penal. São Paulo; Saraiva, 2002.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth **Acesso à Justiça** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional**. Coimbra: Livr. Almedina, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco **Teoria Generale Del Diritto**. Roma: Soc. Ed. Del. "Foro Italiano", 1951.

_____. **Metodologia Del Derecho** México: Union Tipografia Editorial Hispano Americana, 1962.

CARRARA, Francesco. **Curso de Direito Criminal**. Trad. José Luiz V. de A.Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957.

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

CARVALHO Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CASTAÑO, Sergio Raúl. **La Racionalidad de la ley**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. **Como se Faz uma Defesa Criminal**. 12. ed. São Paulo:Saraiva, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CEREZA- Gastaldo, Massimo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffré Editore, 2000.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais Na Investigação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma dogmática Constitucional Emancipatário**. Trabalho proferido no Seminário Nacional sobre o uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro: COAD, 1.987

_____. **O direito em Relação** (ensaios), Curitiba, Gráfica Veja, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, direito alternativo. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. Rio de Janeiro: ADV, 1994.

_____. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**, cit., v. I

- CROCE, Delton; Croce Jr. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Ed. RT, 1.987.
- DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DOTTI, René Ariel. **Código de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987
- _____. **O Direito Público à Defesa**. Breviário Forense. Curitiba: Disponível na Internet: <http://www.paraná-online.com.br>, de 28/04 a 04/05 de 2002.
- DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantías Constitucionales en Materia Penal**. Buenos Aires: Editora Astrea, 1996.
- ESCOBAR, Raúl Tomás. **El Interrogatório en la Investigación Criminal** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**; vol. I., anot. nº 65. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos a Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- FÁVERO, Flaminio . **Medicina Legal**. v.1. Belo Horizonte: 1980.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1980.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio **Advocacia da Liberdade** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- FREITAS, Juarez. **Administração Sistemática do Direito**, São Paulo: Malheiros, 1.995.
- GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento Policial: Inquérito**. 7. ed. Goiânia: AB Editora, 1998.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial: O arquivamento e o princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: JURUÁ, 1996.

GEIGER, Theodor. **Estudios de Sociologia del Derecho**. México: FCE, 1983.

GODINHO, Gualter. **Legislação de Segurança Nacional e Direito Penal Militar**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

GOMES, Amintas Vidal. **Novo Manual do Delegado**. v 1, 5. ed. ver. atual. por Antonio Malfitano e Luiz Alexandre Lafayette Stokler. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O Direito a Prova no Processo Penal**, tese para concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. **Anteprojetos de Lei de Reforma do Código de Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A Reforma do Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº33, Ano 9, Jan-Mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Reflexão Teórica sobre o Processo Penal**. Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: 1995.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

KAUFMANN, Armin. **Teoria de Las Normas**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

LEAL, Victor Nunes. **Leis Complementares da Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 7., 1947.

- LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1993.
- LYRA, Doreodó Araújo. **Desordem e Processo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal** (Parte Geral). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Preventiva**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1993.
- MALATESTA, Nicola Framarino **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Campinas: Editora e Distribuidora Bookseller, 1996.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo, Forense, 1961.
- _____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas SP, Bookseller Ed. e Distribuidora, 1997.
- MATEU, Juan Carlos Carbonell **La Justificacion Penal**. Madrid: Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.
- MENDES DE ALMEIDA, Fernando H. **As Constituições do Brasil**, 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1963.
- MENDES, Antonio Celso. **Direito Ciência Ideologia e Política**. Curitiba: HDV, 1984.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 5. ed., rev., atual., São Paulo: Atlas, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição**, de 1967 com a Emenda n.1, de 1969, cit.,t.v,
- MORAIS, José Luiz Bolsan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NEVES, Pedro **Modelos de Inquéritos Policiais**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1937.

- NICZ, Alvacir Alfredo. **A Liberdade de Iniciativa na Constituição**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, USP, 1980.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 27. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 11. ed. rev., atual., por Paulo Lúcio Nogueira Filho. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **O conceito de Acusação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru, SP: Ed. Jalovi, 1983.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório "A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais"**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. Padova: Cedam, 1982.
- PUIGARNAU, Jaime M. Mans. **Los Principios Generales Del Derecho**. Barcelona: Boch Casa Editorial, S.A., 1979.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror**. Curitiba: Juruá, 1991.
- RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. São Paulo: 2. ed. Editora Saraiva, 1999.
- ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação Policial, Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

- ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3. ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. por Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- SACCONI, Jesus Medardo Rivas **Procedimento Penal Colombiano**. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia Sección de Extensión Cultural, 1956.
- SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.
- SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. **A Efetividade dos Direitos do Acusado no Processo Penal Brasileiro**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade federal do Paraná, UFPR, 2000.
- _____. **O Juizado Especial (Lei 9.099, de 26.09.95) e o Povo**. Gazeta do Povo, 2 cad. Curitiba, 20 de agosto 1996.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. "Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Konfino, 1967.
- TORRES, Luiz Wanderley. **Os Direitos do Homem**. São Paulo: Ed. Ateniense, 1992.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Bauru, SP: Ed. Jalovi, 1979.
- _____. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Processo Penal**. , v 1. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VANNINI Ottorino e Guiuseppe Cocciardi. **Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano**. Milano: Giuffrè Manuali, Mvltà Pavcis AG, 1979.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

ANEXOS

ANEXO 1**PESQUISA DE CAMPO**

VARAS CRIMINAIS DE CURITIBA

	Promotores	Autos Criminais	Autos Analisados	Denúncias Expos. *
1ª Vara Crim.	01	800	20	18
2ª Vara Crim.	01	800	20	18
3ª Vara Crim.	01	700	28	26
4ª Vara Crim.	01	1000	34	34
5ª Vara Crim.	01	400	12	12
6ª Vara Crim.	01	448	10	10
7ª Vara Crim.	01	692	39	33
8ª Vara Crim.	01	1000	43	35
9ª Vara Crim.	01	822	20	19
10ª Vara Crim.	01	1300	25	25
11ª Vara Crim.	01	950	30	25
3ª V. Delitos Trâns.	01	1646	10	08

* Denúncias Expositivas: a) Com base no Inquérito Policial; b) De acordo com o Inquérito Policial; c) Em conformidade com o Inquérito Policial; d) etc...

VARAS CRIMINAIS DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

	Promotores	Autos Criminais	Autos Analisados	Denúncias Expos. *
Vara de Pinhais	02	1112	14	14
Vara de Piraquara	02	510	15	14
Vara de Araucária	02	414	15	15
Vara de Campo Largo	02	1340	10	10
Vara de Fazenda Rio Grande	10	952	11	07
Vara de Colombo	03	811	39	39
1ª Vara de São José dos Pinhais	01	1200	15	15
2ª Vara de São José dos Pinhais	01	1056	15	15

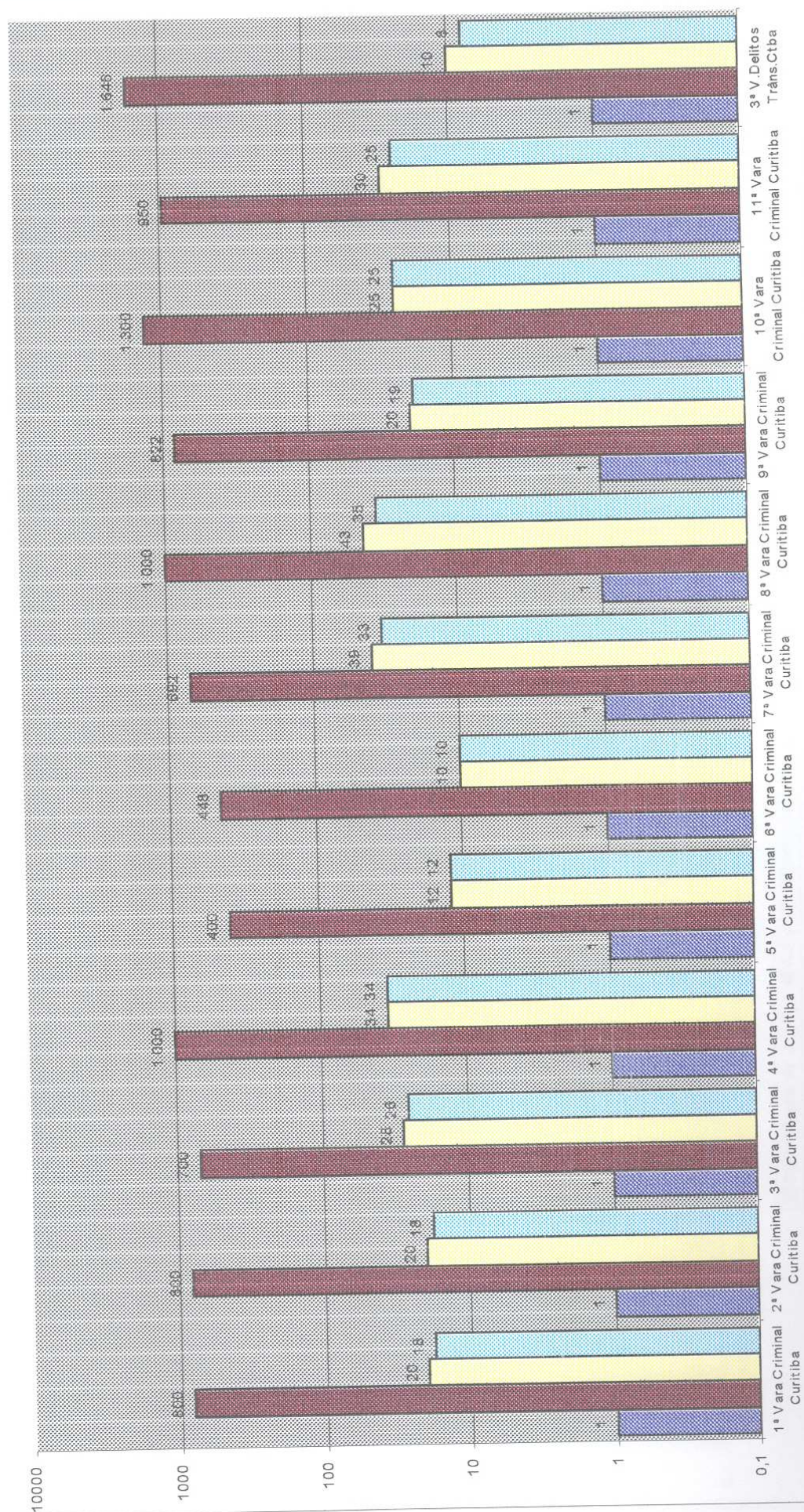
* Denúncias Expositivas: a) Com base no Inquérito Policial; b) De acordo com o Inquérito Policial; c) Em conformidade com o Inquérito Policial; d) etc...

VARAS CRIMINAIS DO INTERIOR E DE OUTROS ESTADOS

	Promotores	Autos Criminais	Autos Analisados	Denúncias Expos. *
Umuarama	01	396	20	19
União da Vitória	01	1483	18	18
Rio Negro	01	352	15	15
Matinhos	01	320	08	06
Paranaguá	04	625	10	10
Chopinzinho	01	431	30	30
São Mateus do Sul	01	117	15	15
Cornélio Procopio	02	639	20	20
Guaratuba	01	483	30	30
1ª Vara de Foz do Iguaçu	01	839	18	18
2ª Vara de Foz do Iguaçu	02	3510	15	15
Goioerê	02	223	20	14
Alfenas/MG	02	1000	10	10
São Fco Sul/SC	01	969	12	12

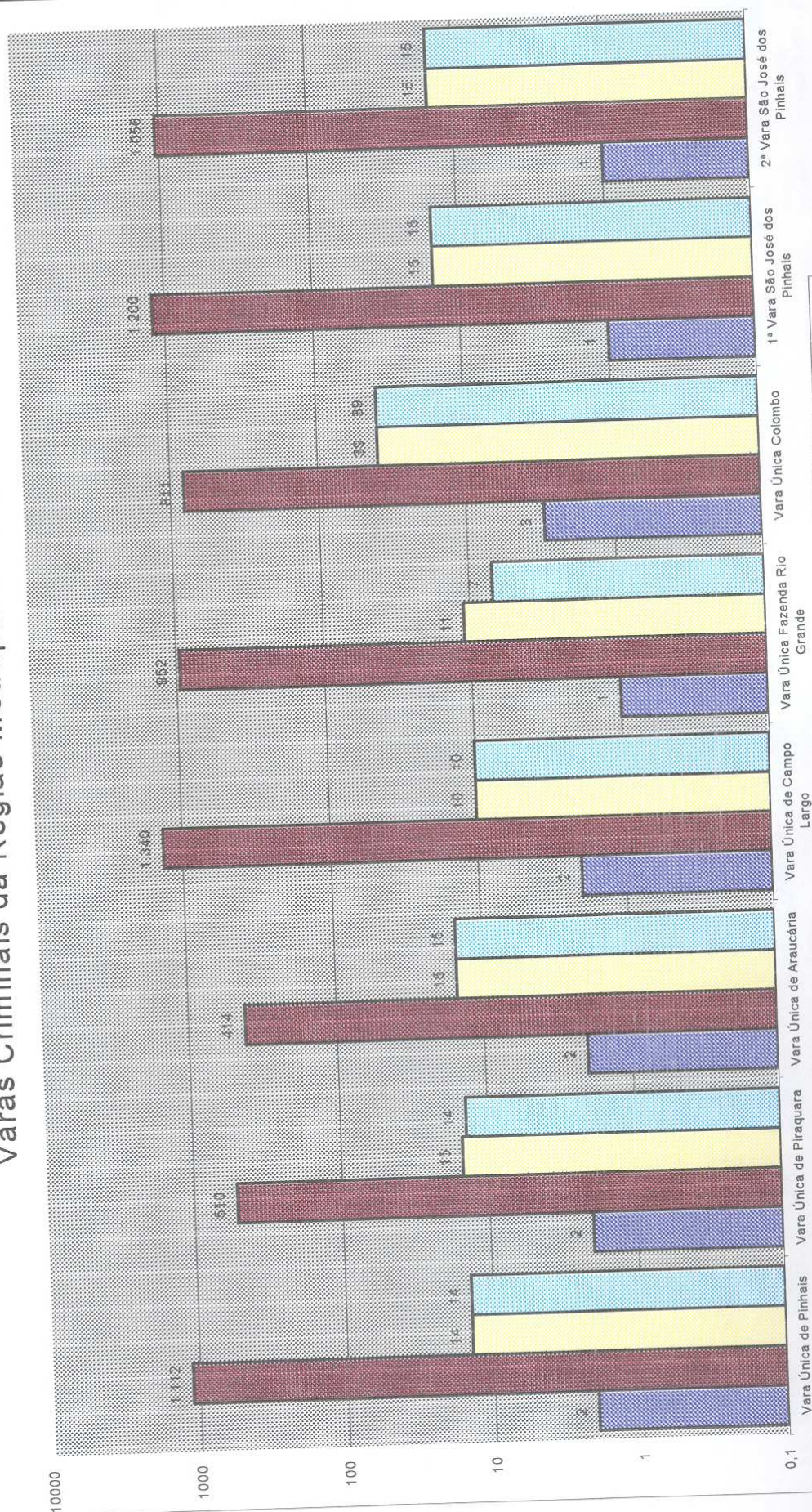
* Denúncias Expositivas: a) Com base no Inquérito Policial; b) De acordo com o Inquérito Policial; c) Em conformidade com o Inquérito Policial; d) etc...

Varas Criminais de Curitiba



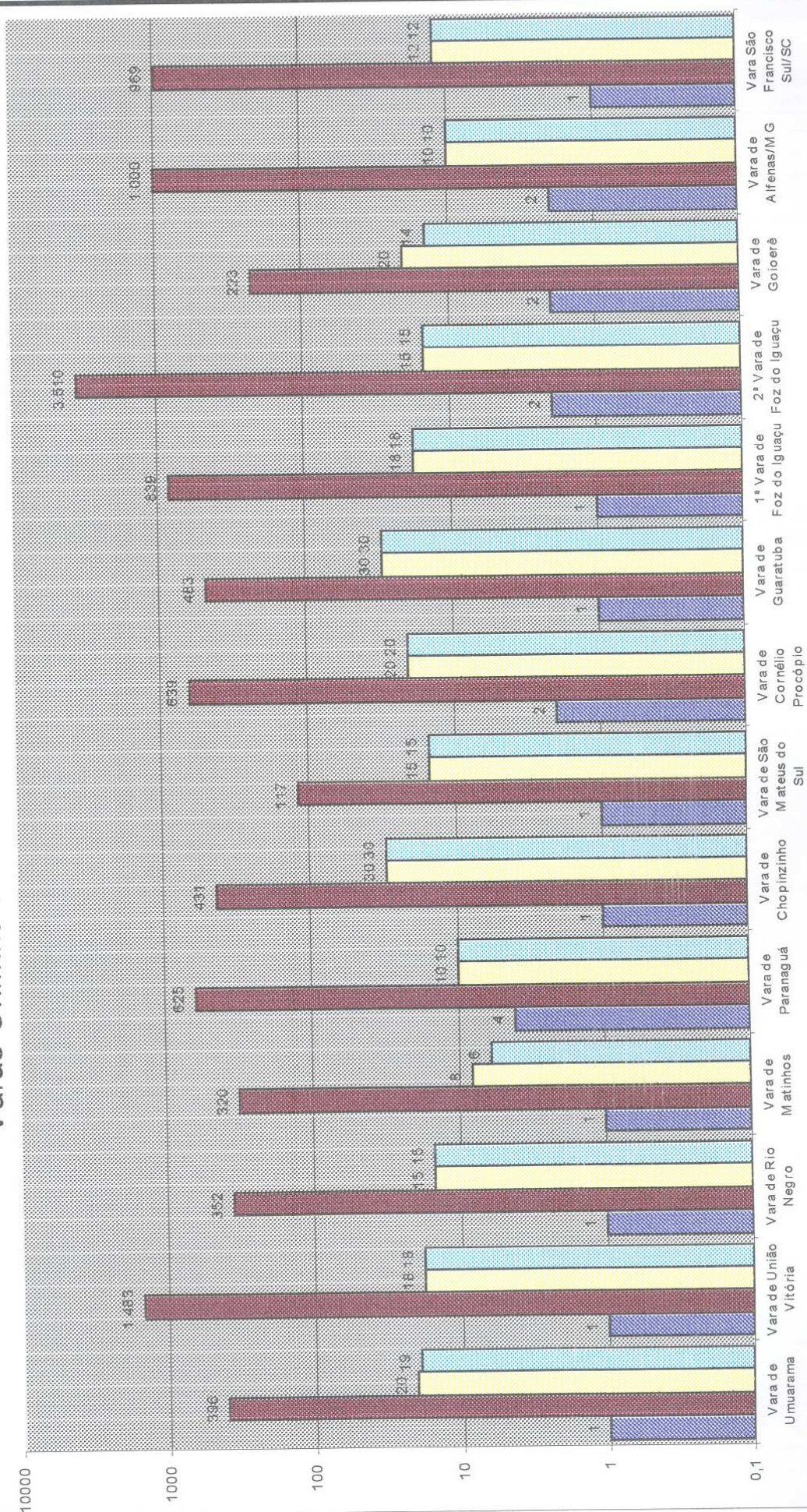
■ Promotores de Justiça
 ■ Autos Criminais na Vara
 ■ Autos Analisados
 ■ Denúncias Expositivas *

Varas Criminais da Região Metropolitana de Curitiba



■ Promotores de Justiça
 ■ Autos Criminais na Vara
 ■ Autos Analisados
 ■ Denúncias Expositivas*

Varas Criminais do Interior e de Outros Estados



■ Promotores ■ Autos Criminais ■ Autos Analisados ■ Denúncias Expos. *

DISTRITOS POLICIAIS DE CURITIBA

	Delegados de Polícia	Escrivães de Polícia	Inquéritos em Andamento	Inquéritos Analisados	Inq. Remetidos Judiciário
1º Dist. Pol. Curitiba	07	07	3600	23	46
2º Dist. Pol. Curitiba	02	03	980	13	26
3º Dist. Pol. Curitiba	03	06	750	10	19
5º Dist. Pol. Curitiba	02	03	300	07	12
6º Dist. Pol. Curitiba	03	04	1500	12	23
7º Dist. Pol. Curitiba	01	04	1170	15	27
8º Dist. Pol. Curitiba	03	05	604	12	22
9º Dist. Pol. Curitiba	02	03	540	20	39
10º Dist. Pol. Curitiba	02	03	1200	13	23
11º Dist. Pol. Curitiba	02	04	989	10	566
12º Dist. Pol. Curitiba	02	04	424	10	14
13º Dist. Pol. Curitiba	02	03	350	17	29

DISTRITOS POLICIAIS DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

	Delegados de Polícia	Escrivães de Polícia	Inquéritos em Andamento	Inquéritos Analisados	Inq. Remetidos Judiciário
Pinhais	01	03	1200	20	350
Campo Largo	01	05	706	06	06
Campina Grande do Sul	01	02	260	17	17
São José dos Pinhais	01	04	1200	14	14
Planta São Marcos	01	01	400	10	10
DP Mulher São J. Pinhais	01	02	310	20	204
Aeroporto Afonso Pena	01	01	05	05	05
Piraquara	01	03	500	10	10
Araucária	01	04	1000	50	600
Colombo	01	03	90	10	30
Alto Maracanã	01	02	800	10	10

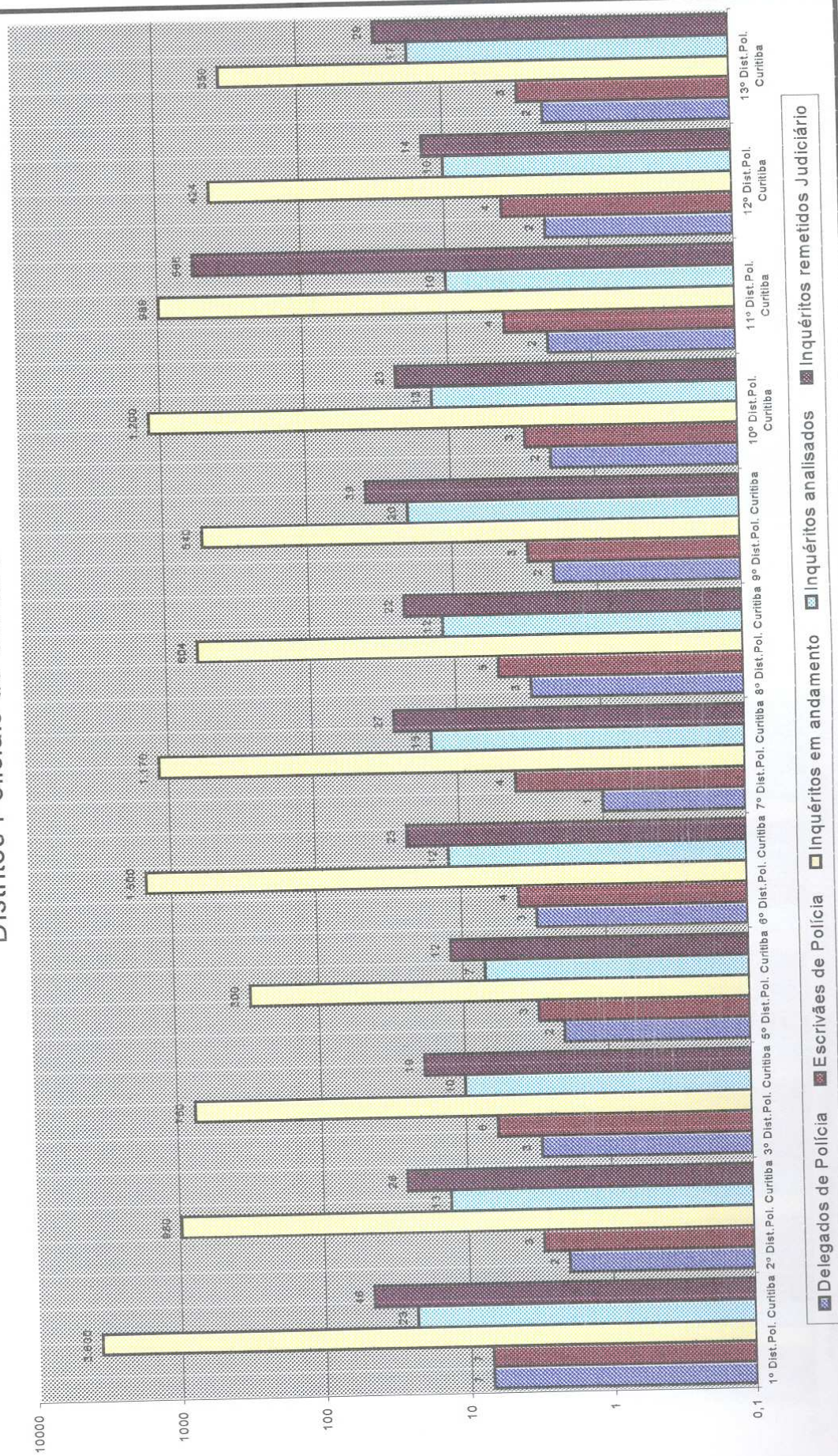
DISTRITOS POLICIAIS DO INTERIOR DO PARANÁ

	Delegados de Polícia	Escrivães de Polícia	Inquéritos em Andamento	Inquéritos Analisados	Inq. Remetidos Judiciário
2º Distrito de Paranaguá	02	02	1300	10	350
15ª DP Iporã	01	01	70	45	06
Campina da Lagoa	01	02	40	35	17
Manoel Ribas	01	02	16	12	14
União da Vitória	02	06	600	10	10

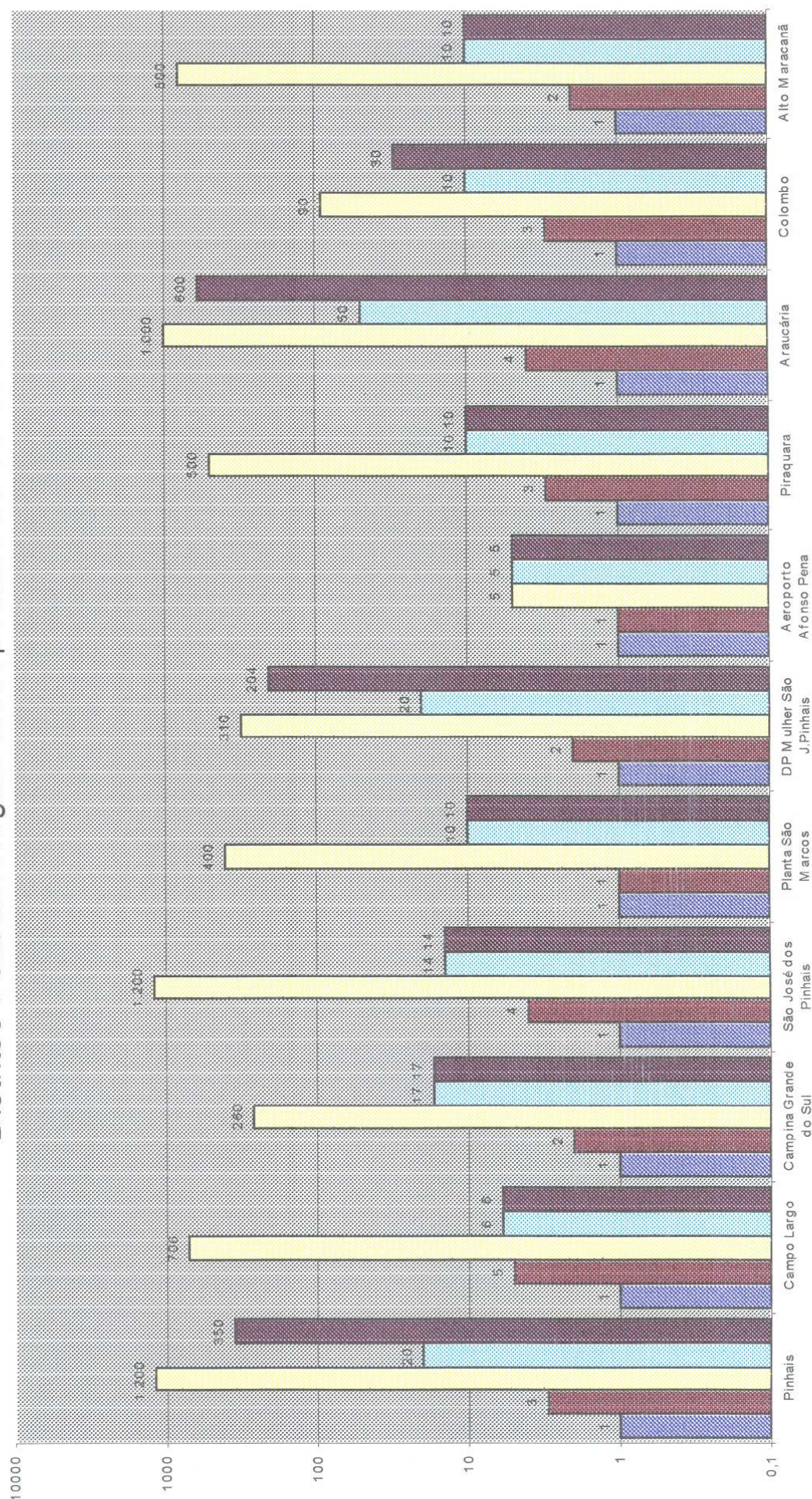
DISTRITOS POLICIAIS ESPECIALIZADOS DE CURITIBA

	Delegados de Polícia	Escrivães de Polícia	Inquéritos em Andamento	Inquéritos Analisados	Inq. Remetidos Judiciário
Antitóxicos	02	03	123	20	32
Del. da Mulher de Curitiba	02	04	109	10	16
DEDETRAN	02	06	5761	10	19
Crimes contra Patrim. Púb.	06	07	4200	10	20
DEAM	01	01	28	04	07
Furtos e Roubos	03	06	1115	20	37
Homicídios	05	05	800	06	12
Meio Ambiente	02	03	130	38	71
Ordem Social	02	02	28	07	35

Distritos Policiais de Curitiba

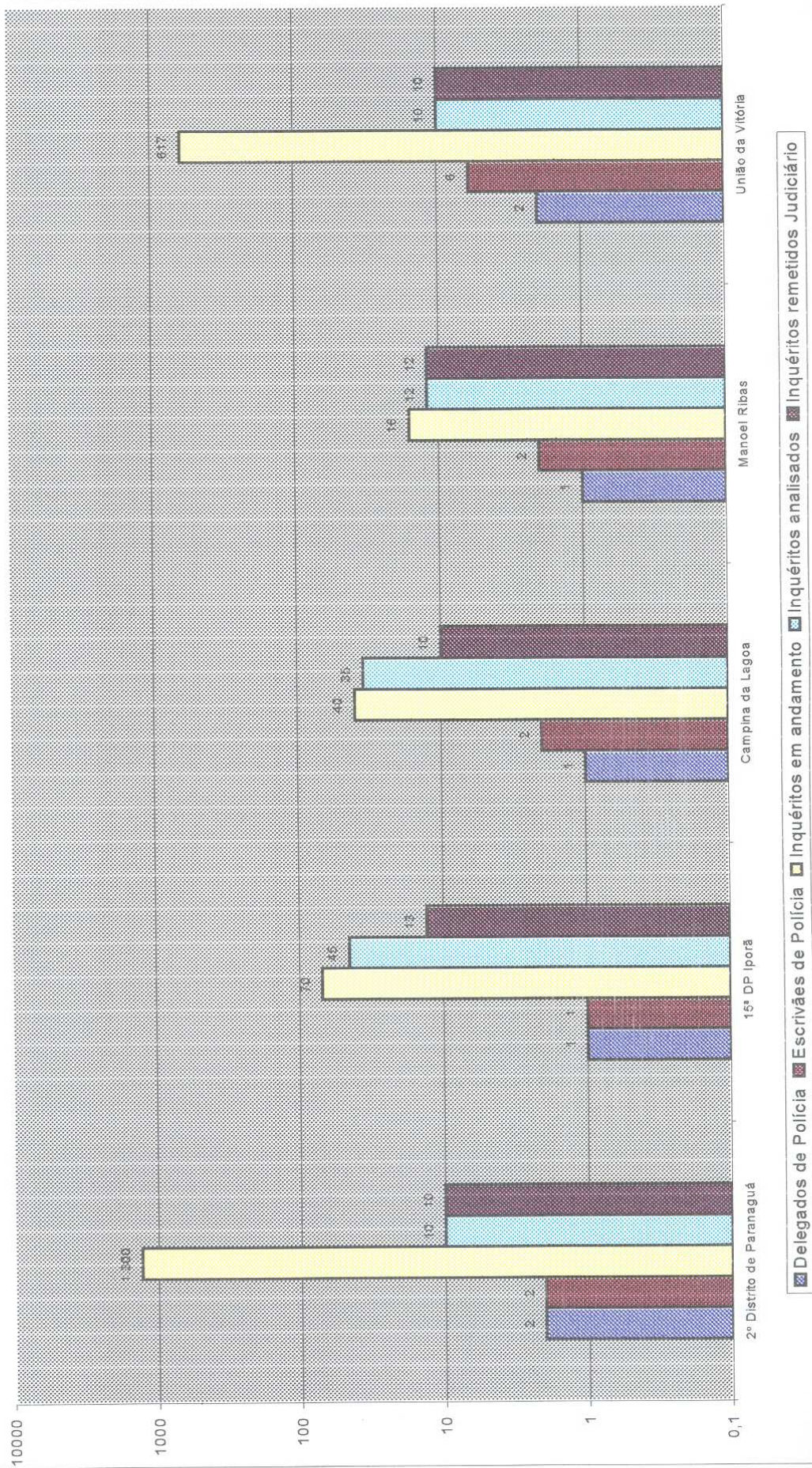


Distritos Policiais Região Metropolitana de Curitiba

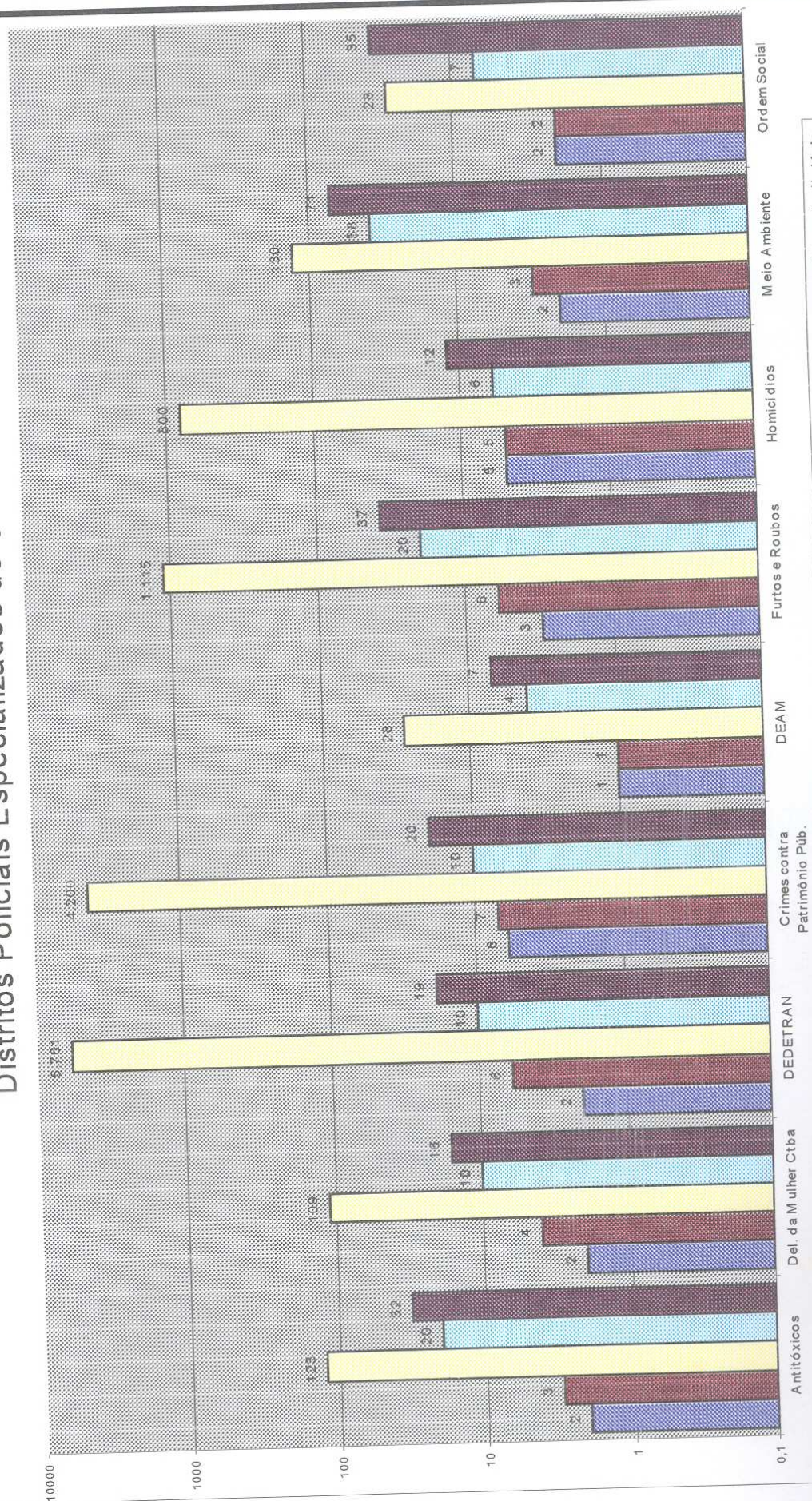


Delegados de Polícia ■ Escrivães de Polícia ■ Inquéritos em andamento ■ Inquéritos analisados ■ Inquéritos remetidos Judiciário

Distritos Policiais do Interior do Paraná



Distritos Policiais Especializados de Curitiba



■ Delegados de Polícia
 ■ Escrivães de Polícia
 ■ Inquéritos em andamento
 ■ Inquéritos analisados
 ■ Inquéritos remetidos Judiciário

ANEXO 2

PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - PROJETO DE LEI 4.209/01

Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"TÍTULO II

DO INQUÉRITO POLICIAL E DO TERMO CIRCUNSTANCIADO

Art. 4º Sendo a infração penal de ação pública, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, de ofício, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou mediante requisição do Ministério Público, procederá na função essencial de Polícia Judiciária ao correspondente registro e à investigação por meio de:

I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

II - inquérito policial, em relação às demais infrações.

§ 1º Quando a ação penal pública depender de representação ou de requisição do Ministro da Justiça, sem ela o inquérito policial não poderá ser instaurado.

§ 2º Nos casos de ação penal de iniciativa privada, a autoridade policial procederá à investigação por meio de uma das modalidades previstas nos incisos I e II do caput, agindo somente mediante requerimento de quem tiver qualidade para ajuizá-la, formulado com observância dos seguintes requisitos:

I - narração do fato, com todas as suas circunstâncias;

II - individualização do autor ou determinação de seus sinais característicos, ou explicação dos motivos que as impossibilitam;

III - dados demonstrativos da afirmação da autoria;

IV - testemunhas do fato e de suas circunstâncias, quando possível com as respectivas qualificações e endereços, ou com anotação dos locais em que possam ser encontradas.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, poderá comunicá-la, oralmente ou por escrito, à autoridade policial, que registrará a ocorrência e adotará as providências cabíveis.

§ 4º O ofendido ou quem tiver qualidade para representá-lo poderá requerer, oralmente ou por escrito, à autoridade policial o início da investigação ou dirigir-se ao Ministério Público para que este a requirite.

§ 5º Da decisão que indeferir o requerimento de investigação, ou quando esta não for instaurada no prazo, poderá o interessado recorrer em cinco dias para a autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público.

§ 6º Tomando conhecimento da ocorrência, a autoridade policial fará, imediatamente, o seu registro, que ficará à disposição do Ministério Público, podendo este requisitá-lo periódica ou especificamente.

§ 7º Tratando-se de infração penal atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao Ministério Público, para as providências cabíveis.”(NR)

“Art. 5º Se a infração for de menor potencial ofensivo, a autoridade lavrará, imediatamente, termo circunstanciado, de que deverão constar:

I- narração sucinta do fato e de suas circunstâncias, com a indicação do autor, do ofendido e das testemunhas;

II - nome, qualificação e endereço das testemunhas;

III - ordem de requisição de exames periciais, quando necessários;

IV - determinação da sua imediata remessa ao órgão do Ministério Público oficiante no juizado criminal competente, com as informações colhidas, comunicando-as ao juiz;

V - certificação da intimação do autuado e do ofendido, para comparecimento em juízo nos dia e hora designados.(NR)

“Art. 6º Não sendo a infração de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito, devendo:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, preservando-o durante o tempo necessário à realização dos exames periciais;

.....

IV - ouvir o investigado;

V - proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas;

VI - determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 159);

VII - providenciar, quando necessária, a reprodução simulada dos fatos, desde que não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

§ 1º Instaurado inquérito, as diligências previstas nos incisos V e VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado.

§ 2º Os instrumentos, armas e objetos materiais que tiverem relação com o fato, necessários para exame pericial complementar, ficarão sob a guarda dos peritos oficiais até a conclusão dos trabalhos periciais.

§ 3º No inquérito, as informações serão colhidas de forma singela e, sempre que possível, celeremente, podendo os depoimentos ser tomados em qualquer local, oral, informal e resumidamente.

§ 4º O registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao Ministério Público o registro original, sem necessidade de transcrição.

§ 5º A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados à autoridade judiciária competente, ao Ministério Público e à família do preso, ou a pessoa por ele indicada.”(NR)”

Art. 7º Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Parágrafo único. Esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório.”(NR)

“Art. 8º Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes.

§ 1º O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.

§ 2º O indiciado será identificado datiloscopicamente nas hipóteses previstas em lei.

§ 3o A autoridade policial deverá colher informações sobre a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, e outros dados que contribuam para a verificação de sua personalidade.

§ 4o A autoridade deverá informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação e intimação, bem como sobre o dever de comunicar qualquer mudança de endereço”(NR).

“Art. 9o O inquérito policial deverá ser instaurado no prazo de dez dias após a autoridade policial tomar conhecimento da infração penal (art. 4o, caput e §§ 1o a 4o).

§ 1o Os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público no prazo de vinte dias, sem prejuízo da continuidade e da realização de outras diligências tidas como necessárias, que serão especificadas pela autoridade policial, cujos resultados serão imediatamente transmitidos ao mesmo órgão.

§ 2o Recebendo os autos, o Ministério Público poderá:

I - oferecer denúncia;

II - promover o arquivamento da investigação, consoante o art. 28;

III - aguardar por até trinta dias as diligências especificadas pela autoridade que presidiu a investigação;

IV- requisitar, fundamentadamente, a realização de diligências complementares, indispensáveis ao oferecimento da denúncia, que deverão ser realizadas em, no máximo, trinta dias.

§ 3o A requisição de diligências, na forma prevista no parágrafo anterior, não obsta, se for o caso, ao oferecimento da denúncia.

§ 4o Encerrada a investigação, a autoridade policial remeterá as demais peças de informação, documentadas em autos suplementares, e com relatório, ao Ministério Público.

§ 5o Recebendo os autos suplementares, após efetivamente realizadas as diligências especificadas ou requisitadas, o Ministério Público somente poderá oferecer denúncia ou promover o arquivamento, consoante o disposto no art. 28. “(NR)

“Art. 10. O inquérito policial, em qualquer caso, deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, contados do conhecimento da infração penal pela autoridade policial, salvo se o indiciado estiver preso, quando o prazo será de dez dias.

§ 1º Excedido qualquer dos prazos assinados à polícia judiciária, o ofendido poderá recorrer à autoridade policial superior ou representar ao Ministério Público, objetivando a finalização do inquérito e a determinação da responsabilidade da autoridade e de seus agentes.

§ 2º As diligências que dependerem de autorização judicial serão requeridas ao juiz competente pelo Ministério Público, autoridade policial, ofendido, investigado ou indiciado.”(NR)

“Art. 11. Os instrumentos da infração penal, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos da investigação.”(NR)

“Art. 12. Os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base.”(NR)

“Art. 13.

IV - requerer, ao juiz competente, a concessão de medida cautelar prevista em lei.”(NR)

“Art. 14. O ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo e o investigado ou indiciado poderão requerer à autoridade policial, ou ao Ministério Público, a realização de qualquer diligência, que será efetuada, se entendida necessária.

Parágrafo único. Quando o pedido for indeferido, o interessado poderá recorrer à autoridade policial superior, ou representar ao Ministério Público, objetivando a requisição da diligência.”(NR)

“Art. 15. Se o indiciado for menor, a autoridade nomeará curador para assisti-lo, preferencialmente advogado, vedada a nomeação de pessoa analfabeta e de servidor da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do Poder Judiciário.”(NR)

“Art. 16. Todos os atos da autoridade policial e do Ministério Público deverão indicar os fatos que os determinaram e ser fundamentados.”(NR)

“Art. 17. A autoridade policial não poderá determinar o arquivamento dos autos da investigação.”(NR)

“Art. 18. Arquivados os autos da investigação, por falta de base para a denúncia, havendo notícia de outras provas, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, de ofício, ou mediante requisição do Ministério Público.”(NR)

“Art. 19. Nas infrações penais, cuja ação seja de iniciativa privada, os autos da investigação serão remetidos ao juízo ou ao juizado criminal competente, onde aguardarão providência do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.”(NR)

“Art. 20. A autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos.

§ 1º Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação.

§ 2º Nos atestados que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer dados referentes à investigação, salvo em caso de requisição judicial ou do Ministério Público.”(NR)

“Art. 21. É vedada a incomunicabilidade do preso.”(NR)

“Art. 22. A autoridade policial poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição territorial, independentemente de requisição ou precatória; assim como tomar as providências necessárias sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição, comunicando-as à respectiva autoridade.”(NR)

“Art. 23. Ao remeter os autos da investigação ao Ministério Público, a autoridade policial oficiará ao órgão competente, transmitindo as informações necessárias à estatística criminal.”(NR)

“Art. 26. Tratando-se de infração penal praticada contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, os elementos de informação serão remetidos pela autoridade administrativa também diretamente ao Ministério Público para as providências cabíveis.”(NR)

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 2º Se as cópias referidas no parágrafo anterior não forem encaminhadas no prazo estabelecido, o investigado, o indiciado ou o ofendido poderá solicitar a órgão superior do Ministério Público que as requirite.

§ 3º Até que, em sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 4o A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.

§ 5o O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.

§ 6o Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

§ 7o Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia.”(NR)

“Art. 30. A ação de iniciativa privada caberá ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, ou às entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva.”(NR)

“Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, ou promoção de arquivamento, estando o indiciado preso, será de cinco dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito, ou de sua complementação, e de quinze dias, se estiver solto ou afiançado.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar a investigação, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou a representação.

.....

§ 3o Descumprido qualquer dos prazos estabelecidos neste artigo:

I - os autos poderão ser requisitados pelo órgão superior do Ministério Público, de ofício, ou a pedido do ofendido, do investigado, ou do indiciado;

II - o ofendido poderá proceder na forma do disposto no art. 29.”(NR)

Art. 2o Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

EM No

Brasília, de de 2000.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de lei que altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de

Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos

2 A presente propositura foi elaborada pela Comissão constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti.

3. A proposta foi amplamente divulgada, tendo sido objeto de diversos debates com os seguidores da sociedade envolvidos com o tema, cujo ponto alto aconteceu na ocasião das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, ocorridas em Brasília, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000.

4. Pelos abalizados argumentos trazidos pela douda Comissão para justificar sua proposta, convém transcrevê-los, na íntegra:

“Este anteprojeto visa a aperfeiçoar a redação dos arts. 366, 383 e 384 do Código de Processo Penal, bem como a alterar os dispositivos a respeito dos procedimentos adotados por este estatuto legal, tratando, ainda, dos efeitos civis da sentença penal condenatória e da função privativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública.

A – A alteração dos arts. 366, 383 e 384:

1. Com relação ao art. 366, objetiva o anteprojeto, no aspecto técnico, superar a falha consistente em ter-se como suspenso um processo ainda não completamente formado, sanando-a na forma preconizada no caput da nova redação. E, quanto ao prático, solucionar, de sorte a evitar conhecidas e desnecessárias discussões, os pontos controvertidos na aplicação da Lei nº. 9271, de 17 de abril de 1996, quais sejam:

a) o referente à situação do acusado que, para não comparecer, propositadamente furta-se ao recebimento da citação inicial;

b) a fixação, com exação, do lapso prescricional determinante da extinção da punibilidade do acusado;

c) a atribuição ao juiz, seja a requerimento do autor da ação penal, seja de ofício, da ordenação da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, e observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

d) a produção dessas provas com a presença, inafastável, do Ministério Público e de defensor nomeado para o acusado;

e) definitiva formação do processo, efetuada a citação por edital, somente quando do comparecimento do acusado em juízo, efetivamente defendendo-se.

Desse modo, como facilmente perceptível, além de tecnicamente aperfeiçoado, o dispositivo ficará livre dos debates que, diuturnamente, têm prejudicado, e muito, sua correta aplicação.

2. Em relação aos arts. 383 e 384, o anteprojeto trata de garantir o contraditório na *emendatio libelli* e de estabelecer nova sistemática para a *mutatio libelli*, exigindo a exata correlação entre acusação e sentença.

B – A alteração nos procedimentos:

3. Os procedimentos previstos no vigente Código de Processo Penal muito se distanciam dos objetivos do processo moderno, especialmente no que diz respeito à celeridade, à defesa efetiva e ao sistema acusatório. O procedimento sumário, conforme estabelecido no Código, permite que a ação penal seja exercida pelo próprio juiz e pela autoridade policial, o que não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, razão pela qual desde 1988 não vem sendo aplicado, tornando letra morta diversos dispositivos do Código.

No atual procedimento ordinário, o fracionamento da instrução jamais encontrou qualquer justificativa que pudesse compensar a demora excessiva que proporciona à prestação jurisdicional. Além disso, a identidade física do juiz, obrigatória no processo civil, não encontra qualquer previsão no processo penal.

Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade.

São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; interrogatório do acusado somente após a produção da prova; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, interrogado o acusado, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença. O juiz poderá rejeitar a acusação, liminarmente ou no momento do recebimento da denúncia ou queixa, bem como absolver sumariamente o acusado, após facultar às partes a produção de provas.

Um destaque deve ser conferido à economia de esforços e recursos que o anteprojeto proporciona, pois se atualmente o acusado comparece quatro vezes em juízo, com a modificação ora proposta comparecerá apenas uma, ocasião em que participará dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, será interrogado e será intimado da sentença. Tratando-se de acusado preso, a nova sistemática implicará economia na ordem de 75% de recursos com viaturas, combustível e escolta, que poderão ser disponibilizados para a atividade policial específica. Mas, em contrapartida, garante-se a requisição do acusado preso, incumbindo ao Estado sua apresentação, como garantia efetiva da autodefesa, exercida em contato direto com o juiz da causa.

O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo, este já adotado pela Lei nº 9099/95 para as infrações penais de menor potencial ofensivo. O procedimento sumário será aplicado no caso de crime punível com pena máxima inferior a quatro anos e o procedimento ordinário nos demais.

No procedimento sumário poderão ser arroladas até cinco testemunhas pelas partes e não se autoriza qualquer exceção para a concentração dos atos em uma única audiência. O procedimento ordinário permite que cada parte arrole até oito testemunhas e que, por exigência da complexidade dos fatos, as alegações finais e a sentença possam ser elaboradas por escrito.

Disposição expressa constante do anteprojeto faz com que normas atinentes à defesa anterior ao recebimento da denúncia sejam aplicáveis em todos os procedimentos penais, ainda que não previstos no Código de Processo Penal. Assim, proporciona-se uma uniformidade de procedimentos, com a inclusão da inovação acima referida a todo o processo penal.

C – O monopólio da ação penal pública pelo Ministério Público

4. Em consonância com a Constituição de 1988, o art. 257 do Código teve sua redação modificada, para deixar claro que o exercício da ação penal pública é privativa do Ministério Público.

D – Efeitos da sentença penal condenatória

5. Em benefício da vítima, que ocupa lugar de destaque no processo penal contemporâneo, o art. 387 do Código de Processo Penal, que cuida da sentença penal condenatória, teve acrescido um inciso (VII), estipulando que nela o juiz fixe, desde logo, valor mínimo para reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; e ao art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, foi acrescentado o parágrafo único, determinando que, transitada em julgado a referida sentença, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação.

6. Na sentença penal condenatória, o juiz deverá, nos termos do novo parágrafo único do art. 387, decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo da apelação que vier a ser interposta.

Assim, a antiga prisão decorrente de sentença penal condenatória, contrária à presunção de inocência tutelada pela Constituição de 1988, só pode subsistir desde que reconduzida à prisão cautelar, não sendo mais considerada a falta de comparecimento para o cárcere ou a fuga requisito de admissibilidade da apelação, em consonância, agora, com a Declaração Americana sobre os Direitos do Homem.

5. Estas são, em síntese, as normas que integram o projeto que ora submeto ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, com elas, estar-se-á dotando o processo penal de instrumentos eficazes e consentâneos com o ordenamento constitucional vigente.

Respeitosamente,

JOSE GREGORI
Ministro de Estado da Justiça